Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 55 (1936)

Artikel: L'évolution des droits individuels de la Constitution

Autor: Favre, Antoine

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895718

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

L'évolution des droits individuels de la Constitution

Rapport de M. Antoine Favre,
Prof. ord. à l'Université de Fribourg.

TABLE DES MATIÈRES:

Avertissement 292a

Chap. I

Esquisse de l'évolution générale des idées et des faits concernant l'affirmation et la garantie des droits individuels 294a

§ 1. L'antiquité païenne 294a
§ 2. La chrétienté 295a
§ 3. Le Moyen Age 296a
§ 4. Les chartes anglaises 297a
§ 5. L'origine littéraire des Déclarations de droits . . 298a
§ 6. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 301a
§ 7. Les droits de l'homme dans les constitutions suisses 304a
§ 8. Les Traités de minorités et les droits internationaux de l'homme 306a
§ 9. Les droits sociaux 308a
§ 10. Les droits individuels et l'Etat totalitaire 310a

Chap. II.

Les droits individuels de la Constitution fédérale. Leur nature. Leur portée 315a

§ 11. Droits individuels et droits fondamentaux de l'homme 315a
§ 12. Le droit naturel et la reconnaissance des droits individuels 316a
§ 13. Les divers droits individuels de la constitution fédérale 320a
§ 14. Droits subjectifs et droit objectif 324a
A. De l'existence du droit subjectif 326a
B. Aperçu de quelques doctrines sur la notion de droit subjectif 329a
C. Situation juridique, rapport juridique, droit subjectif 330a
D. Un droit public subjectif est-il concevable? . . 333a
E. Les éléments du droit public subjectif 334a
F. Intérêt individuel et réflexe du droit objectif . 335a

G. Intérêt et fonction 339a
H. Le problème des „limitations" des droits individuels 347a
I. Variations des droits subjectifs et du droit objectif 352a
§ 15. Ordre moral et ordre juridique 354a

Chap. III.

Observations sur l'évolution de quelques droits individuels 357a
§ 16. L'égalité devant la loi 357a
A. Le principe 357a
B. L'application du principe 358a
§ 17. La libre manifestation de la pensée; la liberté de la presse 360a
A. La libre manifestation de la pensée est-elle garantie par la Constitution fédérale? 360a
B. Historique et notion de la liberté de la presse . 361a
C. Les limitations de la liberté d'exprimer sa pensée; la conception erronée de la liberté individuelle . 363a
D. L'ordre public et les bonnes moeurs 366a
E. L'évolution des idées en matière de liberté d'expression de la pensée dans la législation, la jurisprudence et l'activité de police 368a
§ 18. Les libertés religieuses 374a
A. Historique 374a
B. Notion 375a
C. Les limitations des libertés religieuses 376a
§ 19. La liberté d'association 380a
A. Historique 380a
B. Notion 380a
C. Les limitations de la liberté d'association . . 382a
D. Association et Etat 388a
§ 20. La liberté de mariage 389a
§ 21. La liberté d'établissement 389a
Conclusions. 390a

Avertissement.

Un problème se pose depuis plusieurs siècles au monde civilisé: celui de la position de l'homme dans la cité; des droits de l'homme et des droits de l'Etat; de la liberté et de l'autorité.

Parce qu'il est une personne, un être intelligent et libre, l'homme est responsable de sa destinée; c'est à lui qu'il appartient de la fixer. Mais parce qu'il est un être social et qu'en vertu de l'ordre moral qui commande ses actes, ses rapports sociaux sont régis par la justice, un ordre social réglé par le droit est une exigence de sa nature et cet ordre, dans l'état actuel de l'évolution de l'humanité, c'est essentiellement l'Etat. L'Etat ne peut faire régner le droit qu'en imposant, par ses organes, une discipline sociale, qu'en prescrivant des devoirs. Mais quiconque détient un pouvoir est porté à en abuser. Il est d'ailleurs manifeste que, dans le conflit individu — Etat, c'est l'Etat, c'est le gouvernement qui risque surtout d'abuser. Il convient donc de garantir, à l'égard de l'Etat, les droits des citoyens. C'est ce que la Constitution fédérale s'est efforcée de faire.

La Société suisse des juristes nous a demandé d'introduire une discussion sur l'évolution des droits individuels de la Constitution, à l'exception du principe de la liberté de commerce et d'industrie. La matière est vaste et touffue. On ne saurait l'embrasser tout entière dans un travail du genre de celui qui est ici présenté.

Il nous a paru utile, pour mettre en lumière la position et la nature des droits de l'homme dans la Constitution fédérale, de tracer les lignes générales de l'évolution des idées et des faits ayant trait aux droits individuels. Ce tour d'horizon doit permettre de faire le point, de juger de la légitimité, au point de vue moral et juridique, du système de protection des droits humains aménagé par notre régime constitutionnel.

Mais la protection des droits dépend essentiellement des procédés techniques institués pour en assurer la définition concrète et pratique, pour en garantir, par les voies juridiques, le respect. Il y a donc lieu d'examiner les méthodes suivies, d'en analyser la valeur et la portée, de noter les variations auxquelles elles furent soumises et d'apprécier le caractère de ces variations.

On s'attachera enfin à décrire divers aspects de la vie du droit, en parcourant la législation et la jurisprudence relatives à quelques-uns des principaux droits individuels reconnus par la Constitution fédérale.

En aucune des parties de ce travail nous n'avons prétendu épuiser, par une étude systématique, les problèmes envisagés. Nous avons voulu mettre en relief quelques points qui nous ont paru tout particulièrement dignes de retenir l'attention et de provoquer la discussion.

Chapitre I.

Esquisse de l'évolution générale des idées et des faits concernant l'affirmation et la garantie des droits individuels.

La proclamation des droits individuels, on dit plus souvent des droits de l'homme et du citoyen, est une conquête de la pensée philosophique et juridique des temps modernes. Mais ce mouvement des idées ne peut s'expliquer que par l'effet de circonstances historiques. Il est indispensable de jeter un coup d'oeil sur l'histoire des doctrines politiques et sur certains événements qui ont éveillé l'attention des philosophes et des publicistes pour arriver à pénétrer l'exacte nature et à saisir la portée de la définition juridique des droits de l'homme dans les actes de droit public de la période contemporaine.

§ 1. L'antiquité païenne.

Contrairement à une légende tenace qui prit naissance sous l'empire de préoccupations de parti, l'antiquité païenne a généralement méconnu l'autonomie de la personne humaine à l'égard de l'Etat. Il en fut ainsi même dans les cités où la force créatrice de l'homme a pu se donner le plus vif essor, à Athènes, à Rome. Certains auteurs[1]) ont même cru pouvoir soutenir que le régime

[1]) Bluntschli, Théorie générale de l'Etat, p. 41; Fustel de Coulanges, la Cité antique, livre III, ch. 18; la Bigne de Villeneuve, Traité général de l'Etat, t. I p. 82 ss.

politique et juridique des peuples grecs ne comportait aucune liberté individuelle, que le pouvoir politique se mêlait à tout, inquisiteur et tracassier. C'était aller un peu loin. Il n'est pas douteux que les Grecs, surtout les Athéniens, jouissaient d'une liberté individuelle considérable. Pourtant ce qui est exact, c'est que leur droit ne comporte aucune affirmation, dès lors aucune protection expresse de la valeur personnelle de l'homme, c'est que les Grecs n'ont pas eu conscience de l'autonomie juridique des individus. Pour les citoyens grecs, un pluralisme social, susceptible de provoquer l'éclosion de la notion de liberté personnelle, n'existait sur aucun plan. La liberté de religion qui sera si souvent dans l'histoire le mobile le plus fort de la revendication des droits inhérents à la personnalité humaine, ne se concevait même pas. Le citoyen acceptait la religion établie; il l'acceptait d'autant plus aisément qu'elle était une religion d'Etat ou plus exactement une religion qui se confondait avec le pouvoir politique et que, par sa participation directe aux affaires publiques, tout citoyen exerçait des droits souverains.

Les Romains n'arrivèrent pas non plus à une protection satisfaisante des droits de l'homme. Cependant le citoyen romain jouissait d'une certaine liberté en raison de la puissante sauvegarde qui fut accordée par l'ordre juridique à deux institutions fondamentales: la famille et la propriété privée. Le souvenir ne s'est jamais perdu à Rome que l'Etat était sorti d'une réunion de familles. La famille y conserva toujours une large autonomie. Elle demeura une sorte de royaume intérieur, avec son chef, son juge, ses dieux, ses biens. D'autre part, Rome accorda au droit de propriété une protection quasi absolue.

§ 2. La chrétienté.

Le Christianisme affranchit l'homme à l'égard de l'Etat; une part seulement des facultés humaines restera subordonnée au pouvoir politique, son âme étant libre et ne dépendant que de Dieu. Restreint dès lors dans le champ

de ses activités, dans l'étendue de sa puissance, le pouvoir politique fut magnifié par la doctrine de l'origine divine du pouvoir. Les prescriptions du pouvoir politique reçurent un fondement moral, car la société politique fut reconnue comme une institution inhérente à l'ordre social naturel voulu par le Créateur. L'autorité publique, qui a droit à l'obéissance, dont les ordres légitimes lient la conscience, fut, par une logique contre-partie d'un pouvoir si grand, soumise à des devoirs rigoureux. Le pouvoir n'a été conféré au Prince que pour lui permettre d'assurer le bien général des citoyens. Lorsqu'on parcourt les ouvrages des Pères de l'Eglise et des grands théologiens, on n'y découvre certes pas des exposés systématiques des droits de l'homme et du citoyen; la perspective n'est pas celle du juriste, mais celle du moraliste. La protection des droits humains contre les abus du pouvoir politique y est recherchée, non sous l'angle d'institutions juridiques servant à la garantie des droits, mais du point de vue des lourdes obligations morales auxquelles sont assujettis les gouvernants et qui leur prescrivent de respecter, dans les gouvernés, l'éminente dignité de la personne humaine.

§ 3. Le Moyen-Age.

L'organisation politique du Moyen-Age est dominée par le caractère contractuel des rapports unissant la communauté au monarque, rapports définis souvent par des chartes et qui fixent l'étendue des droits et des obligations des deux parties dont l'union constitue l'organisme politique. „Le pouvoir du souverain n'est donc pas absolu, écrit Otto von Gierke[2]), mais restreint aux limites qui lui ont été fixées. Il a pour tâche d'assurer les progrès du bien commun, de la paix, de la justice et d'étendre le plus possible la liberté de tous ses sujets. Chaque fois qu'il va à l'encontre de ces devoirs ou qu'il franchit les limites qui lui sont assignées, la pouvoir légitime dégénère en tyrannie.

[2]) Les Théories politiques du Moyen Age, trad. de Pange, Paris 1914, p. 162.

C'est pourquoi le Moyen Age ignore complètement la doctrine d'après laquelle les sujets auraient un devoir d'obéissance inconditionnelle . . . Il proclame même le droit de résister, même par les armes, aux mesures injustes et tyranniques."

La société est d'ailleurs organisée au Moyen-Age en une foule d'entités de caractères fort variés. Les fonctions de la vie étatique elles-mêmes sont dispersées en une multitude d'organes indépendants les uns à l'égard des autres. La position de l'individu dans la collectivité n'est pas caractérisée par la reconnaissance de droits individuels, mais par l'idée d'un droit de groupe, spécialement d'un droit corporatif. C'est dans son groupe, dans la corporation à laquelle il appartient nécessairement s'il exerce une activité économique, que l'individu peut mettre en valeur toutes ses facultés. Pour autant qu'il n'est pas, à un titre quelconque, détenteur de l'autorité, l'individu est juridiquement, économiquement et socialement lié par le groupe auquel il appartient. L'idée de droits individuels n'est guère perçue. Elle n'est pas arrivée au stade de la protection juridique.

§ 4. **Les chartes anglaises.**

Les chartes anglaises, soit la grande charte (1205), la Petition of right (1628), l'Act d'habeas corpus (1679), le Bill of rights (1689), ont été considérés souvent comme des précédents des Déclarations de droits. Elles le sont en effet. Mais elles s'en distinguent à bien des égards. Il ne faut pas faire abstraction, lorsqu'on en recherche la nature, du caractère contractuel, féodal, des rapports qui unissaient le Prince aux gouvernés. Ces chartes constituent une sorte de transaction passée entre le roi et le peuple, qui précise en même temps que les obligations du roi les droits du Parlement ou des sujets. Les droits énoncés dans ces Acts sont avant tout des droits politiques. Mais les citoyens peuvent invoquer devant les tribunaux ceux de ces droits qui touchent à la sauvegarde

de la liberté ou de la propriété, tel l'habeas corpus, droits qui sont ainsi constitués en droits subjectifs. Qu'on ne s'avise pas de chercher dans ces Acts un exposé méthodique des droits du citoyen, ni des formules abstraites et dogmatiques. Les droits énoncés en faveur des sujets dans les chartes anglaises le sont d'une manière pragmatique et concrète. C'est sous cette forme qu'ils seront repris par les colons anglais en Amérique et reçus dans leurs lois pour constituer la réglementation des droits individuels des citoyens[3]).

Mais, au régime contractuel du Moyen Age, l'ère moderne va substituer le régime d'Etat, basé sur l'idée d'une institution de droit public, douée de souveraineté, dont le pouvoir, résidant dans le Prince, a une tendance à l'absolutisme.

§ 5. L'origine littéraire des Déclarations de droits.

C'est dans les Déclarations de droits des colonies d'Amérique émancipées de la mère-patrie qu'on trouve pour la première fois l'énonciation formelle de droits individuels promus au rang de principes fondamentaux du droit public; ces droits doivent servir de but et de norme à l'activité tout entière de l'Etat.

Les Déclarations ont une origine littéraire incontestable. Elles se rattachent au mouvement de philosophie politique du XVIIIème siècle dont le représentant le plus influent est Rousseau, mouvement qui est lui-même tribu-

---

[3]) Ch. Beudant: Le droit individuel et l'Etat, p. 135: „La monarchie anglaise n'a jamais été de droit divin, elle repose sur une idée de contrat; le respect des droits de la nation est ainsi la condition du contrat intervenu entre le pays, représenté par le parlement, et le chef qu'il s'est donné. En cas d'inexécution, le contrat est rompu; la garantie suprême des libertés publiques, consacrée par la tradition et les trois actes se trouve placée, au dessus du serment du roi, dans le droit de résistance, qui est la forme constitutionnelle du droit d'insurrection. Rien dans tout cela, malgré certaines analogies de mots, qui ressemble à la Déclaration des droits de l'homme."

taire de la pensée politique anglaise, soit de son principal interprète, Locke.

Locke, qui avait été proscrit de son pays sous la restauration des Stuarts, y était rentré après la révolution de 1688. L'année qui suivit l'établissement du Bill of rights, acte qui confirmait les conquêtes de la révolution et définissait les droits du Parlement et du pays, Locke écrivit son Essai sur le gouvernement civil (1690) qui est une justification de cette révolution en même temps qu'un traité de philosophie politique. Il existe, expose-t-il, une loi de nature, antérieure et supérieure à toutes les lois, commandant aux passions individuelles et obligatoire pour tous les hommes. Dans l'état de nature, qui existe lorsque les hommes n'ont point formé de société politique commune, les hommes sont libres et égaux. Ils possèdent des droits imprescriptibles: le droit de propriété, fondé sur le travail; le droit de liberté personnelle, dont l'esclavage est la négation; le droit de légitime défense, auquel se rattache le droit de punir.

La société civile ou politique se forme lorsque les particuliers renoncent à venger eux-mêmes les injures qu'ils ont subies et remettent le pouvoir de faire justice et de punir à la société tout entière. Le principe de la société civile est le consentement commun, qui peut être exprès ou tacite. C'est le peuple qui institue le gouvernement. Le Prince est son mandataire. Il doit user de son pouvoir en se conformant aux lois de nature. Vient-il à abuser de l'autorité qui lui est confiée pour le bien de tous, le peuple, en qui réside le principe de toute souveraineté, a le droit d'insurrection[4]).

Ainsi Locke a nettement dégagé ces deux idées: que l'homme jouit de droits imprescriptibles dans l'état de nature déjà, droits naturels que la société politique est tenue de respecter et de garantir; que la société politique

---

[4]) P. Janet, Histoire de la science politique, 2e éd. t. II p. 307 ss.

repose sur un contrat passé entre le détenteur de l'autorité et le peuple, contrat qui délimite les attributions du pouvoir et subordonne le devoir d'obéissance des sujets à l'observation par le gouvernement des clauses du contrat.

Au siècle suivant, Blackstone donnera une expression juridique à la pensée de Locke; il traduira les idées de liberté en droits fondamentaux de l'homme, auxquels il attribuera une portée absolue.

Dans le même temps, Montesquieu énoncera dans l'Esprit des lois (1748) la théorie si féconde de la séparation des pouvoirs.

Rousseau, dans son ouvrage: Du contrat social ou principes du droit public (1762), s'est inspiré des idées de droits naturels et de contrat énoncés avec tant de netteté par Locke. Rousseau écrira que Locke a parlé du contrat social „selon ses propres principes" (près d'un siècle avant lui!), ce qui d'ailleurs n'est pas absolument exact puisque, à l'idée de contrat politique définie par Locke, il a substitué celle de contrat social qu'il avait empruntée à Hobbes[5]). C'est à partir du moment où la doctrine de Locke fut interprétée, parfois déformée, puis proclamée avec passion par Rousseau qu'elle exerça dans l'univers la prodigieuse influence que l'on sait.

La théorie des droits naturels de l'homme et du contrat social fut acceptée de la manière la plus formelle dans la Déclaration des droits des colons, comme hommes, comme chrétiens et comme citoyens, qui fut votée, dans un meeting tenu à Boston le 20 novembre 1772, et qui débutait ainsi: „Au nombre des droits naturels des colons est d'abord le droit à l'existence; secondement, le droit à la liberté; troisièmement le droit à la propriété; et comme corollaire, le droit de les maintenir et de les défendre du mieux qu'ils peuvent. Les droits sont évidemment partie intégrante, plutôt que conséquence, du devoir de préservation personnelle qu'on appelle communément la première loi de nature.

[5]) Hauriou, Principes de droit public, 2e éd. p. 216 ss.

„Tous les hommes ont le droit de rester dans l'état de nature aussi longtemps qu'il leur convient et, en cas d'oppression intolérable, dans le domaine civil ou dans le domaine religieux, de quitter la société à laquelle ils appartiennent et d'entrer dans une autre. Lorsque les hommes entrent en société, c'est par consentement volontaire et ils ont le droit de réclamer l'établissement et de veiller à l'exécution des conditions et des limitations préalables que doit contenir un contrat primitif équitable."

Cet esprit et ces considérations vont dominer la déclaration des droits que la Convention de Virginie adoptera le 1 juin 1776 et qui servira de modèle aux autres colonies, ainsi qu'à la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776.

§ 6. **La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.**

Pour justifier la révolution anglaise de 1688, Locke avait édifié une théorie générale de l'Etat, à la base de laquelle il avait placé l'existence de droits naturels des individus, que les gouvernements doivent s'engager par contrat à reconnaître et à garantir. Cette théorie fut accueillie en France avec ferveur et propagée, avec quel élan! par les „philosophes". Les colonies anglaises d'Amérique, insurgées contre la mère-patrie, l'introduisirent dans leurs déclarations, comme une sentence de condamnation du régime établi. Elle dirigea, en même temps que leur émancipation à l'égard de l'Angleterre, l'instauration du régime républicain dont elle traça les principes et les fondements.

Les Déclarations de droits américaines furent traduites et fortement répandues en France. Elles y emportèrent l'adhésion générale des esprits. Lorsque la question se posa à l'Assemblée Constituante de proclamer les droits de l'homme et du citoyen, on put se convaincre que s'il existait des divergences de vues au sujet de l'expression à donner à ces principes ou sur l'opportunité de promulguer

une telle déclaration, tout le monde était pratiquement d'accord sur le fond.

Les 17 articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui furent votés par l'Assemblée constituante le 26 août 1789 et qui servirent de préambule à la Constitution de 1791, contiennent l'affirmation du principe de la souveraineté populaire et „la déclaration solennelle des droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme", dont la conservation est le but de toute association politique. Ces droits sont l'égalité, la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression. La liberté comprend le droit de n'être pas inquiété pour ses opinions, „même religieuses", la libre communication des pensées et des opinions, par la parole, l'écriture et la presse. La loi seule peut constituer une limitation de la liberté individuelle.

La Déclaration des droits des 1789 fut reprise, avec diverses adjonctions, dans les constitutions françaises de 1793 et de 1795; elle servira de base aux Chartes de 1814 et de 1830. Sa substance passera aussi dans les constitutions de 1852 et de 1870. Par contre, la Constitution de 1875, qui régit aujourd'hui la République française, ne la reproduira pas, parce que ses auteurs voudront faire oeuvre pratique, ce qui les dispensera d'affirmer des principes, admis de tous, et qui dominent toute la vie juridique du pays.

Sur le modèle des constitutions de la Révolution française, la Constitution belge de 1831 contiendra une déclaration complète des droits de l'homme; cette constitution et la Charte française de 1830 exerceront une influence considérable sur la Constitution allemande de Frankfort de 1848 et sur la Constitution autrichienne de 1849, qui renferment aussi l'énoncé et assurent la garantie des droits essentiels de l'homme et du citoyen.

Ces principes seront aussi le fondement des déclarations de droits de la plupart des constitutions européennes.

La Déclaration des droits de 1789 a exercé une influence prodigieuse sur le droit public du monde contemporain. On a vu que l'Assemblée constituante, en votant cette déclaration, n'a rien créé d'original. Elle n'a fait, pour l'essentiel, que renouveler la Déclaration des droits de la Convention de Virginie. Cependant, grâce aux transformations sociales et politiques qu'elle dirigera en France, grâce aux ébranlements que la Révolution apportera dans tout l'édifice européen, la Déclaration des droits de 1789 restera le véritable manifeste du nouvel ordre politique et juridique, „le catéchisme politique, l'évangile des temps nouveaux"[6]).

La Déclaration des droits créa un régime politique et social essentiellement individualiste. Elle plaça l'individu au centre de toute l'organisation juridique et en fit le pivot de la vie juridique. Les droits de l'homme, déclarés „supérieurs et antérieurs" aux lois positives, doivent pouvoir s'exercer sans contrainte; aussi l'ordre juridique doit-il assurer à l'homme une sphère d'autonomie qui lui garantisse une indépendance aussi complète que possible à l'égard de l'Etat comme d'ailleurs à l'égard de ses semblables et lui permette de se diriger à sa guise pour assurer le plein développement de toutes ses facultés. „La fin de tout établissement public", disait Sieyès, „est la liberté individuelle" [7]). Et la Déclaration elle-même renferme sur ce point des formules d'une précision remarquable: „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi" (art. 4). „La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société" (art. 5). Comme on voit, la Déclaration élimine toute obligation sociale, si ce n'est celle de

---

[6]) Hauriou, ibid. p. 505.

[7]) Cité par Esmein, Eléments de droit constitutionnel, 7e éd. t. I p. 543.

s'abstenir de causer un dommage à autrui. La société qu'elle crée est une poussière d'individus, réunis sans doute par un lien politique, mais détachés de tout lien et de toute responsabilité sociale. Il n'est pas étonnant que la Déclaration ne garantisse pas le droit d'association, ni ne fasse aucune allusion à cette forme essentielle de la collaboration humaine. Elle institue le régime du chacun pour soi, c'est-à-dire de la primauté reconnue au plus fort.

§ 7. Les droits de l'homme dans les constitutions suisses.

L'adoption en Suisse du principe des constitutions écrites et de l'affirmation solennelle des droits de l'homme remonte à l'Helvétique, cette constitution qui fut rédigée à Paris et adoptée, sans discussion, le 12 avril 1798 par une Assemblée nationale qu'avait convoquée à Aarau le commissaire français Lecarlier.

Cette constitution, qui est une imitation de la Constitution directoriale de la France, formule plusieurs droits fondamentaux des citoyens. „La liberté naturelle de l'homme est inaliénable; elle n'est restreinte que par la liberté d'autrui et des vues légalement constatées d'un avantage général nécessaire. La loi réprime tous les genres de licence; elle encourage à faire le bien" (art. 5). La liberté de conscience est déclarée illimitée; la manifestation des opinions religieuses et les cultes sont garantis dans les limites de l'ordre public (art. 6). La liberté de la presse, le droit de propriété, l'égalité juridique des citoyens sont également garantis (art. 7, 9, 8). Enfin, les principes fondamentaux de la Constitution comprennent une affirmation curieuse des devoirs du citoyen: „Le citoyen se doit à sa Patrie, à sa famille et aux malheureux. Il cultive l'amitié, mais il ne lui sacrifie aucun de ses devoirs. Il abjure tous sentiments personnels et tout motif de vanité. Il ne veut que l'ennoblissement moral de l'espèce humaine; il invite sans cesse aux doux sentiments de la fraternité; sa gloire est l'estime des gens de bien, et sa conscience sait le dédommager du refus même de cette estime" (art. 14). Cette

déclaration des devoirs du citoyen se distingue absolument des droits énoncés dans les articles qui précèdent; tandis que les droits du citoyen, conçus dans le sens d'un individualisme outrancier, sont garantis par l'ordre juridique, les devoirs dont fait mention l'art. 14 ne peuvent faire l'objet d'une prétention juridique quelconque: ils restent de caractère purement moral.

L'Acte de Médiation du 18 février 1803 abandonna tous les droits proclamés par l'Helvétique à l'exclusion de l'égalité juridique et de la liberté d'établissement (art. 3 et 4), principes que sacrifiera complètement la Pacte fédéral du 7 août 1815.

Le mouvement de la Régénération qui provoqua la revision, en une seule année, 1830—1831, de onze constitutions cantonales, fit proclamer la souveraineté du peuple, le droit du peuple de voter la constitution et d'élire les Conseils, la séparation des pouvoirs, l'égalité juridique et enfin la plupart des droits: le libre établissement, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de conscience et de croyance, la liberté de la presse, le droit de pétition.

Tous les grands cantons une fois „régénérés", le mouvement s'étendit à la Confédération que l'on voulait „régénérer" aussi. Sous cette impulsion, la Diète vota le principe de la revision du Pacte. Le projet d'„Acte fédéral de la Confédération suisse" du 15 décembre 1832, établi en exécution de cette décision, n'énonce qu'un nombre très restreint de droits individuels: liberté d'établissement avec liberté d'industrie selon les lois du canton, droit de pétition, égalité juridique des citoyens. Ce projet laissait aux cantons des compétences très étendues; c'est à eux qu'il aurait appartenu de préciser la position de l'individu à l'égard de l'Etat. L'échec du projet devait laisser la voie libre aux partisans d'une plus forte centralisation.

La Constitution de 1848, qui adopta le plan général du Projet de 1832, élargit d'une manière considérable la

liste des droits individuels que la Confédération était appelée à garantir; ces droits qui seront tous repris dans la Constitution de 1874 et sont mentionnés ici avec l'indication de l'article de la Constitution de 1874 qui les proclame, sont les suivants: égalité juridique des citoyens (art. 4); garantie du secret des lettres (art. 36); libre établissement des citoyens suisses de l'une des confessions chrétiennes (art. 45); la revision partielle de la Constitution, du 14 janvier 1866, étendra ce droit à tous les citoyens suisses; interdiction pour les cantons de priver un de leurs ressortissants du droit de cité (art. 44); libre exercice du culte des confessions chrétiennes (art. 50); liberté d'association (art. 56); liberté de la presse (art. 55); droit de pétition (art. 57); égalité de traitement des citoyens confédérés et des ressortissants du canton (art. 60); droit au juge naturel et au for du domicile (art. 58 et 59); abolition de la traite foraine et du droit de retrait (art. 62 et 63); abolition de la peine de mort pour les délits politiques (art. 65 al. 1).

La Constitution de 1874 institua un certain nombre de droits nouveaux: liberté du commerce et de l'industrie (art. 31); équivalence des certificats de capacité dans les carrières libérales (art. 33 et 5 des dispositions transitoires); garantie du secret des télégrammes (art. 36); interdiction pour les cantons d'expulser leurs ressortissants (art. 44); interdiction de la double imposition (art. 46, al. 2); liberté de conscience et de croyance (art. 49); droit au mariage (art. 54); abolition de la contrainte par corps (art. 59 al. 2); abolition des peines corporelles (art. 65 al. 2).

§ 8. **Les Traités de minorités et les droits internationaux de l'homme.**

La généralisation de la reconnaissance de droits de l'homme fut favorisée, au lendemain de la guerre mondiale par les traités de minorités et autres actes de même portée (déclaration présentée par certains Etats

lors de leur admission dans la Société des Nations). Par ces actes, les Etats minoritaires se sont engagés à accorder à tous leurs habitants pleine et entière protection de leur vie et de leur liberté; ils leur ont reconnu le droit au libre exercice, tant public que privé, de toute foi, religion ou croyance dont la pratique ne serait pas incompatible avec l'ordre public et les bonnes moeurs; ils ont admis l'égalité civile et politique de tous les ressortissants du pays et reconnu que la différence de race, de religion ou de langue ne pourrait nuire à aucun ressortissant du pays pour l'admission aux emplois publics ou pour l'exercice des diverses professions ou industries; ils se sont engagés à n'édicter aucune restriction à l'égard du libre usage de leur langue, par les membres des minorités nationales, dans leurs rapports privés ou publics, et ont consenti à favoriser dans les écoles primaires l'enseignement de leur propre langue aux enfants de leurs ressortissants appartenant à une minorité linguistique. Enfin, ces Etats ont reconnu que la garantie de ces droits serait assurée à leurs ressortissants selon les procédures établies par la Société des Nations.

Il n'est contesté par personne que les droits proclamés par ces documents n'ont pas été complètement respectés. Les préoccupations nationales de bien des gouvernements ne leur ont pas permis de concevoir l'intérêt majeur qui s'attachait à la protection efficace des droits humains de tous les ressortissants de leurs Etats. D'autre part, les tentatives sécessionistes de plusieurs minorités nationales ont logiquement conduit certains gouvernements à procéder à des tentatives d'assimilation forcée des minorités. Enfin, les procédures de garantie internationale se sont révélées inadéquates au but proposé. Aussi, les protagonistes de l'extension de la reconnaissance des droits de l'homme s'efforcent-ils d'obtenir que les droits fondamentaux de l'homme, déjà reconnus par la plupart des Etats, soient considérés comme des principes du droit des gens et sanctionnés comme tels.

C'est dans ce sens qu'a été votée, à la session de New-York, de l'Institut de droit international, en date du 12 octobre 1929, une Déclaration sur les droits internationaux de l'homme, basée sur ces motifs: „L'Institut de droit international, considérant que la conscience juridique du monde civilisé exige la reconnaissance à l'individu de droits soustraits à toute atteinte de la part de l'Etat; que, d'autre part, un certain nombre de traités stipulent la reconnaissance des droits de l'homme; qu'il importe d'étendre au monde entier la reconnaissance internationale des droits de l'homme . . .“ Les droits reconnus par cette déclaration sont les suivants:

„Art. 1. Il est du devoir de tout Etat de reconnaître à tout individu le droit égal à la vie, à la liberté et à la propriété, sans distinction de nationalité, de sexe, de race, de langue ou de religion.

Art. 2. Il est du devoir de tout Etat de reconnaître à tout individu le droit égal au libre exercice, tant public que privé, de toute foi, religion ou croyance, dont la pratique ne sera pas incompatible avec l'ordre public et les bonnes moeurs.

Art. 3. Il est du devoir de tout Etat de reconnaître à tout individu le droit égal au libre usage de la langue de son choix et de l'enseignement de celle-ci.“

Les art. 4 et 5 sont consacrés à l'égalité juridique.

„Art. 6. Aucun Etat n'aura le droit de retirer, sauf pour des motifs tirés de sa législation générale, sa nationalité à ceux que, pour des raisons de sexe, de race, de langue ou de religion, il ne saurait priver des garanties prévues aux articles précédents.“

§ 9. **Les droits sociaux.**

Les convulsions politiques et sociales provoquées par la guerre mondiale ont conduit un grand nombre de peuples à renouveler leur statut juridique fondamental.

Les récentes constitutions des Etats anciens et nouveaux de l'Europe manifestent des tendances qui les dif-

férencient profondement des constitutions libérales du XIXème siècle.

Les libertés individuelles proclamées par les Déclarations des droits avaient pour but de constituer autour de la personnalité humaine un rempart contre les initiatives de l'Etat. Les libertés garanties au citoyen devaient être aussi complètes que possible. La coexistence des sphères individuelles de liberté devait être assurée par la loi seule; et comme celle-ci reposait sur la volonté générale des citoyens, elle ne pouvait tendre qu'à la limitation des droits de chacun, la plus faible qui se pût concilier avec l'ordre public.

Un ordre juridique basé sur de tels principes ne pourrait se soutenir que si tous les citoyens voulaient bien se plier spontanément et sans contrainte au respect des droits de chacun, que s'ils voulaient bien ne se laisser guider dans leurs rapports sociaux que par leurs sentiments altruistes, par cette bonté native que leur prêtaient si naïvement les „philosophes" du XVIIIème siècle et surtout Rousseau, par ces „doux sentiments de la fraternité" qu'escomptait l'art. 14 de la Constitution helvétique. Mais l'homme est autre chose que l'être abstrait conçu par les penseurs de la Révolution. Il est bon que la loi l'aide à être vertueux.

Si nous considérons les déclarations de droits des constitutions de l'Europe nouvelle, en réservant cependant notre jugement sur les influences exercées sur le droit public par les doctrines de l'Etat totalitaire, nous remarquons que la plupart de ces constitutions maintiennent la garantie des principaux droits fondamentaux de l'homme: droit à la vie et à l'intégrité corporelle, liberté de conscience, de croyance et de culte, liberté personnelle et garantie du contrôle des motifs de l'arrestation, droit de réunion et d'association.

De plus, sous l'influence des doctrines sociales, la plupart de ces constitutions formulent des droits sociaux qui ont pour but de garantir en faveur de tous les citoyens

des conditions de vie véritablement humaines. La Constitution de Weimar mérite tout particulièrement d'être signalée ici. Elle affirme les droits et obligations des parents dans l'oeuvre de l'éducation (art. 120); le droit des enfants à une instruction en harmonie avec leurs aptitudes (art. 146); la liberté de coalition pour la défense et l'amélioration des conditions de travail et de la vie économique (art. 159); le droit à un travail productif (art. 163); le droit pour les ouvriers et employés de constituer des conseils d'entreprise (art. 165).

En outre, bien des constitutions récentes, tout en maintenant certaines libertés individuelles couramment reconnues par les constitutions libérales du XIXème siècle, ne les garantissent plus qu'en liant au concept de liberté individuelle un concept d'obligation qui exprime l'aspect social de cette liberté. Ainsi la Constitution de Weimar garantit la liberté économique, mais dans les limites d'une organisation conforme aux principes de la justice et en vue de garantir à tous une existence digne de l'homme (art. 151); elle garantit la propriété, mais précise que la propriété entraîne des obligations: l'usage doit être également dans l'intérêt général (art. 153); elle affirme aussi une obligation qui est la contre-partie nécessaire de toutes les libertés humaines qu'elle reconnaît, savoir le devoir moral de tout Allemand d'employer ses forces intellectuelles et physiques conformément à l'intérêt de la collectivité. On rencontre des dispositions de même nature dans les constitutions de Dantzig, de Pologne, de Roumanie, de Yougoslavie, d'Autriche, d'Espagne, de Portugal[8]).

§ 10. Les droits individuels et l'Etat totalitaire.

La tendance, déjà esquissée dans les déclarations de droits élaborées dans les années qui suivirent la guerre

---

[8]) Voir B. Mirkine-Guetzevitch, les Nouvelles tendances du droit constitutionnel, 2e éd. 1936 p. 81 ss.

Du même auteur: Les Constitutions de l'Europe nouvelle, 2e éd. 1930.

mondiale, de lier des devoirs aux droits individuels va s'accentuer dans l'Etat totalitaire qui cherche à substituer d'une manière presque complète au droit individuel le devoir social de chacun.

Tandis que la doctrine individualiste opposait l'individu à la société et assignait comme but à l'activité de l'Etat la protection des droits individuels, la doctrine de l'Etat totalitaire résout l'antithèse individu-société en traitant l'homme comme un être exclusivement social, en l'intégrant d'une manière aussi complète que possible dans la communauté publique, en affirmant la primauté du facteur social sur l'être humain.

Nous disons bien qu'il s'agit ici de tendance, d'efforts doctrinaux, de commencements de réalisation par la voie de la législation, mais non d'une oeuvre achevée. De fortes résistances naturelles s'opposent à la pleine réalisation de programmes politiques dont bien des postulats portent atteinte aux exigences les mieux fondées de la conscience humaine. Les observations qui vont suivre ont donc pour objet, non de décrire un régime juridique, mais de marquer le sens de l'évolution en cours.

a) La conception fasciste de l'Etat a été définie par Mussolini lui-même[9]). „Le pouvoir essentiel de la doctrine fasciste", dit-il, „est la conception de l'Etat, de son essence, de son rôle, de ses fins. Pour le fascisme, l'Etat est l'absolu devant lequel les individus et les groupes ne sont que le relatif. Individus et groupes ne sont concevables que dans l'Etat . . .

Pour le fascisme, tout est dans l'Etat, et rien d'humain ni de spirituel n'existe et a fortiori n'a de valeur en dehors de l'Etat. En ce sens, le fascisme est totalitaire et l'Etat fasciste, synthèse et unité de toute valeur, interprète, développe et domine toute la vie du peuple . . .

Anti-individualiste, la conception fasciste est pour l'individu en tant que celui-ci coïncide avec l'Etat, con-

---

[9]) Mussolini, Le fascisme, 1933.

science et volonté universelle de l'homme dans son existence historique. Il est contre le libéralisme classique, qui a surgi comme réaction contre l'absolutisme, et qui a épuisé sa fonction historique, lorsque l'Etat s'est transformé en la conscience et la volonté même du peuple. Le libéralisme niait l'Etat en faveur de l'individu; le Fascisme réaffirme l'Etat comme réalité de l'individu."

On aboutit de la sorte à une conception des rapports des individus avec l'Etat dans laquelle les droits des individus ne sont reconnus que dans la mesure où ils servent l'intérêt général. Ainsi, l'art. 2 de la Charte du travail du 21 avril 1927 fixe la portée de la protection du travail:

„Le travail, sous toutes ses formes d'organisation et d'exécution, qu'elles soient intellectuelles, techniques ou manuelles, est un devoir social. C'est à ce titre, et seulement à ce titre, qu'il est protégé par l'Etat. L'ensemble de la production est unitaire au point de vue national; ses objectifs sont d'ordre unitaire pour le bien-être des individus et le développement de la puissance nationale."

b) L'expression la plus précise que nous connaissions dans la littérature national-socialiste, de la négation de la valeur de l'homme en tant que personne est celle contenue dans un discours sur les „Fondements philosophiques du national-socialisme" que prononça à Cologne, le 14 novembre 1934, devant le Congrès des rédacteurs en chef des journaux national-socialistes, de Dr. Dietrich, chef de la presse du parti. „La pensée individualiste", disait-il, „repose sur le postulat que l'homme est un individu. Ce postulat est faux. L'homme n'apparaît dans le monde que comme membre d'une communauté. Dans tous ses actes, l'homme est un être collectif et ne peut être pensé que tel . . . Les seules données réelles du monde sont les races, les peuples, les nations et non les individus . . . Le national-socialisme considère le Volk comme la seule réalité organique . . . Puisque l'individu n'existe que par la communauté, ce n'est que d'elle qu'il peut tenir sa liberté. Si le national-socialisme reconnaît la liberté individuelle,

c'est au profit de la communauté, afin de mettre à son service les forces constructives et les valeurs créatrices de la personnalité. Mais la liberté individuelle n'est pas un droit naturel de l'homme. Ce que l'homme tient de la nature, c'est le sens du collectif, le sentiment de son devoir envers la communauté dans laquelle il est né." Comme le but suprême de l'Etat est la conservation du Volk, c'est en fonction de ce but que va être conçue l'organisation du droit; et l'on pressent déjà qu'un tel „droit" va comporter la négation des valeurs humaines fondamentales. On lit dans le préambule du futur code pénal allemand ce qui suit:

„Le sang et le devoir de fidélité à l'égard de la communauté, à l'égard du peuple et de l'Etat, seront pris, dans le cadre de la communauté, comme point de départ de la protection du membre du peuple considéré isolément." Ainsi, les individus membres de ce peuple seront compris dans le cercle de ce que le droit pénal doit protéger, mais uniquement à raison de l'intérêt que présente pour la communauté la conservation des valeurs qui résident en ces individus.

„C'est", explique le Dr. Krug[10]) „parce que l'individu est dans la situation de „fiduciaire" à l'endroit de la communauté (Treuhänderstellung in Bezug auf die Gesamtheit) que ses intérêts matériels seront protégés; et c'est également en tant que manquements à son devoir de fiduciaire (Verletzung der Treuhänderpflicht) que seront réprimés tous ses actes blâmables y compris ceux auxquels l'auront poussé des mobiles de lucre personnel, tels que l'escroquerie, l'usure ou le chantage."

La tendance actuelle du droit allemand est ainsi de faire de l'intérêt collectif le centre de toutes les activités

---

[10]) Trois problèmes fondamentaux du droit pénal qui vient, in Revue de l'Académie de droit allemand, mars 1935, p. 98, cité par Bernard Perreau: Vers un nouveau droit pénal allemand, in Revue critique de législation et de jurisprudence, 1935, p. 340 ss.

de l'Etat, de protéger l'intérêt individuel dans la mesure seulement où il est l'expression de l'intérêt général et de refuser toute protection aux activités humaines dirigées vers la satisfaction d'intérêts strictement individuels.

c) La Révolution bolchéviste a réalisé, d'une manière beaucoup plus complète que les révolutions fasciste et national-socialiste, le programme doctrinal qui lui a servi de guide. Dans la pensée de Marx, tout l'ordre social est basé sur les rapports économiques, spécialement sur les rapports concernant la production. Sous le régime bolchéviste, qui est l'expression la plus accomplie de cette doctrine, la direction de l'économie nationale est confiée, d'une manière presque exclusive, à la collectivité. L'ensemble de la vie économique, c'est-à-dire, dans la conception marxiste, de la vie sociale, tombe ainsi dans le domaine public. Il n'y a plus place pour une sphère privée d'activité humaine. Les domaines d'action encore libres sont des résidus du régime individualiste. La distinction entre le public et le privé est le signe d'une organisation sociale défectueuse. Elle sera complètement éliminée par la révolution victorieuse.

On objectera que la Constitution de la République socialiste fédérative soviétique russe du 10 juillet 1918, qui fut revisée le 11 mai 1925 et qui est aujourd'hui à nouveau en voie de revision, renferme sous le titre: „Dispositions générales" une Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité qui fut rédigée par Lénine lui-même et qui énonce divers „droits", comme la liberté de conscience, la liberté d'exprimer ses opinions, la liberté de réunion, la liberté d'association. Mais en y regardant de près, on remarque qu'il n'y a pas là trace d'une liberté véritable. Le principe fondamental de la liberté individuelle, qui est la condition de toutes les autres, fait défaut. En outre, aucune garantie n'est instituée en faveur des libertés proclamées. Bien loin de là, la doctrine juridique des Soviets ignore toute limitation du pouvoir public. L'article 1er de la Constitution n'affirme-t-il pas que la

Constitution „se propose de garantir la dictature du prolétariat dans le but d'écraser la bourgeoisie, de supprimer l'exploitation de l'homme par l'homme et de réaliser le communisme, sous lequel il n'y aura ni division en classes, ni pouvoir d'Etat"! Précisément, cette garantie de la dictature est exclusive de toute garantie des droits individuels. Voilà pourquoi „les thèmes qui sont traités dans le droit administratif bourgeois sous le nom de libertés individuelles" ne sont examinées dans le droit public soviétique que „du point de vue de la défense de l'ordre révolutionnaire". Voilà pourquoi la doctrine soviétique nie résolument les „garanties spécifiques de droits individuels quelconques"[11]).

Chapitre II.

Les droits individuels de la Constitution fédérale. Leur nature. Leur portée.

§ 11. Droits individuels et droits fondamentaux de l'homme.

Dans la terminologie traditionnelle du droit public, les droits individuels s'entendent des libertés humaines, libertés reconnues et garanties par l'Etat, qui assurent à l'homme une sphère d'action autonome, soustraite à toute atteinte de la part des organes de l'Etat. C'est en ce sens qu'il est ici parlé des droits individuels, bien que l'expression dont nous nous servons puisse être considérée comme équivoque du point de vue d'une philosophie sociale qui voit dans l'individu l'homme en tant que fragment de la collectivité et subordonné à celle-ci et dans la personne l'homme en tant que substance intelligente et libre dominant toutes les institutions politiques, sociales et économiques qui ne sont que des moyens susceptibles de l'aider à développer et à enrichir sa personnalité. Il voudrait

[11]) Cf. B. Mirkine-Guetzevitch, Les Constitutions de l'Europe nouvelle, 2e éd. 1930, p. 47, citant Elistratov, Le droit administratif de la R.S.F.S.R., Leningrad 1925.

ainsi mieux parler de droits humains ou de droits fondamentaux de l'homme (Grundrechte) et ceci d'autant plus que nous sommes au plus fort du conflit qui tend, par l'absorption de la personne dans l'individu, à anéantir toute protection véritable des droits humains. „Alors que", écrivait récemment Paul Valéry[12]), „depuis bien des siècles, l'humanité occidentale n'a cessé de poursuivre l'édification de la personnalité . . . désormais l'homme est conçu par bien des hommes comme un élément qui ne vaut que dans un système social, qui ne vit que par ce système et pour lui; il n'est qu'un moyen de la vie collective et toute valeur séparée lui est refusée, car il ne peut rien recevoir que de la communauté et ne peut rien donner qu'à elle." C'est donc une concession purement formelle à la terminologie courante que nous faisons en parlant de droits individuels au lieu de droits fondamentaux.

De même est équivoque l'expression de citoyen qui peut signifier l'homme en tant qu'uni à l'Etat par un lien d'allégeance et, d'autre part l'homme conçu en tant qu'il s'oppose à l'Etat; en ce dernier sens le mot citoyen est l'équivalent de celui de sujet; mais on parlera plus facilement, en droit constitutionnel, de citoyen que de sujet et cela en raison de considérations historiques et politiques.

§ 12. Le droit naturel et la reconnaissance des droits individuels.

La théorie du droit de nature et du contrat social avait fait, des droits individuels, des droits antérieurs et supérieurs à toute règle positive, inaliénables et imprescriptibles. Il en était ainsi en tout cas des droits essentiels de l'homme, de ceux que proclame l'art. 2 de la Déclaration française d'août 1789 des droits de l'homme et du citoyen: „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la

[12]) Cité par Gillet, Culture latine et ordre social, 1935, p. 10.

propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression." Cette théorie, foncièrement révolutionnaire et individualiste, s'efforçait de justifier, à l'encontre du régime politique et juridique existant, un droit supérieur aux lois et exprimant la valeur absolue de l'individu, droit dont la violation devait entraîner la dénonciation du pacte unissant le peuple aux gouvernants. Elle conduisait aussi „à la notion d'un droit idéal, absolu, qui serait le même dans tous les temps, dans tous les pays et dont les hommes se rapprocheraient constamment davantage, malgré certains moments de régression partielle"[13]). Ces droits individuels essentiels déployeraient des effets de caractère juridique indépendamment de leur reconnaissance par le droit positif; en cas de contradiction avec celui-ci, ils le mettraient en échec.

Cette théorie, qui a dominé le droit public pendant plus d'un siècle, n'est plus guère défendue aujourd'hui que par des individualistes impénitents. Elle est, en particulier, abandonnée en Suisse, où les droits individuels inscrits dans la Constitution fédérale peuvent recevoir un contenu et une portée variables, en une certaine mesure, au gré de la volonté du constituant. Il est certain, à notre avis qu'il n'y a pas de droit, dans le sens que donnent à ce mot les juristes, si ce n'est sous la forme du droit positif, qu'il soit exprimé dans la coutume ou dans un texte.

On ne regrettera sans doute pas le déclin de la théorie artificielle du droit de la nature. Il est permis par contre de regretter que la faveur dont les circonstances l'ont fait bénéficier un temps ait détourné les esprits de la doctrine du droit naturel qui donne au droit positif une assise et aux libertés humaines une garantie singulièrement puissantes et dont la théorie du droit de la nature ne fut qu'une corruption.

La doctrine du droit naturel, dont la construction a occupé une foule de penseurs, philosophes et juristes,

[13]) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2e éd. I p. 121.

pendant plus de deux millénaires[14]), part de l'idée que l'homme, être doué de raison et de liberté, a une fin personnelle. Cette fin de l'homme comporte un devoir de continuel et harmonieux développement de toutes les facultés que comporte sa nature, perfectionnement qui doit être nécessairement conçu en fonction d'un idéal de moralité. La réalisation de la fin personnelle d'un être libre met donc en jeu sa responsabilité et cette responsabilité entraine l'obligation pour tous ceux qui vivent dans le même milieu de reconnaître à chacun la liberté d'action qui lui est nécessaire pour qu'il réalise sa propre tâche d'homme.

Mais la société n'est point composée d'êtres humains indépendants, jouissant chacun d'un domaine d'activité que l'Etat aurait pour mission exclusive de garantir contre toute atteinte téméraire de la part des voisins. Elle n'est pas „une série de sphères de liberté délimitées comme les cages d'une ménagerie, entourées de barreaux, pour que les bêtes fauves ne puissent s'entredévorer"[15]). La société est un organisme moral au sein duquel chaque être humain, parce qu'il est un être social, doit poursuivre socialement sa fin personnelle. La collaboration, qui est une loi de la nature humaine, doit être organisée en fonction de la finalité humaine. L'expression positive de cette collaboration est l'ordre juridique, élément et condition d'un bien commun qui ne mérite ce nom que s'il est conforme à la morale sociale, à la justice. Le droit naturel, dont il n'est question ici que dans la mesure où il touche aux rapports sociaux, comprend le principe dominant de la morale sociale, savoir qu'il faut reconnaître à chacun ce qui lui est dû, ce qui s'exprime négativement sous cette forme: qu'il ne faut pas faire injustement de tort à autrui,

---

[14]) Voir par exemple: Georges del Vecchio, Leçons de philosophie du droit, 1936; J. Kosters, Les fondements du droit des gens, 1925; J.-B. Jaccoud, Droit naturel et démocratie, Fribourg 1923.

[15]) Jhering, L'évolution du droit, p. 355.

ce qui entraîne comme corollaire: qu'il faut réparer le dommage injuste. Ce respect du bien d'autrui que prescrit la justice doit s'attacher avant tout aux biens essentiels de la vie individuelle et sociale et, sans vouloir faire ici une énumération exhaustive, nous pourrons citer parmi ces biens: le droit à la vie, à l'honneur, à l'intégrité corporelle; la liberté d'aller et venir; le libre choix d'une profession; le droit au mariage; le droit des parents à l'éducation de leurs enfants; le droit de propriété et de sa libre transmission; le droit à une juste rémunération du travail; la liberté de réunion et d'association; le respect des contrats; la subordination à l'autorité légitime; l'inviolabilité de la croyance religieuse. Mais quoi? ne rencontrons-nous pas ici de nouveau l'énonciation de „droits" qui n'ont pas reçu la consécration de la positivité juridique? — C'est que le mot „droit" est équivoque. Il appartient au domaine de la morale comme à celui de la juridicité. Or le droit naturel est une section de la morale. C'est l'ensemble des préceptes fondamentaux de la morale sociale. Ces principes, ces „droits" moraux n'acquerront qualité de droits positifs qu'après leur reconnaissance, coutumière ou légale, par l'autorité compétente pour établir et garantir les conditions du bien commun. Mais l'ordre juridique, qui règle la collaboration sociale d'agents moraux à qui est assignée une fin morale, apparait comme un moyen en vue de la réalisation de cette fin. L'ordre juridique doit donc nécessairement être subordonné à la morale. Le droit naturel n'exclut pas du tout le droit positif; il ne le remplace pas; mais il demande à être reconnu par l'autorité publique et à être sanctionné[16]). Plus encore, il doit pénétrer l'ensemble de la législation, dont les normes principales seront une explication du droit naturel. Le droit naturel revêt une importance non seulement du point de vue de l'explication rationnelle du droit positif, mais aussi comme guide pratique „pour

[16]) Westphalen-Fürstenberg, Das Problem der Grundrechte, 1935, p. 56.

l'application du droit positif lui-même, aussi bien que pour son développement progressif''[17]).

Il nous a paru nécessaire de noter ici la véritable nature des droits fondamentaux, qui seule rend compte de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des droits individuels reconnus par le droit positif et de l'application obligatoire de la protection juridique aux droits fondamentaux des étrangers; qui seule explique le sens dans lequel le législateur a pu donner une réglementation normale à ces droits et le sens dans lequel le juge en doit admettre une interprétation véritablement humaine.

§ 13. Les divers droits individuels de la Constitution fédérale.

Lorsqu'on parcourt la liste des droits individuels proclamés par la Constitution fédérale, on pourrait être surpris de n'y point rencontrer certains droits qui ont été considérés comme essentiels par la plupart des Déclarations de droits. C'est en vain qu'on y chercherait le droit de sûreté, le principe général de la liberté individuelle, dont les libertés reconnues par la Constitution fédérale ne sont que des manifestations particulières, le droit de propriété, le droit de réunion, le droit des parents à l'éducation de leurs enfants. On pourrait être étonné aussi d'observer que les droits proclamés par la Constitution fédérale sont garantis, non pas contre les empiètements provenant des organes de la Confédération, mais uniquement contre les atteintes que peuvent leur faire subir les organes des cantons.

Cependant ces particularités de notre droit s'expliquent d'une manière bien naturelle.

Le constituant de 1848 n'a pas eu du tout l'intention de faire oeuvre systématique en matière de protection des droits. Il a repris le projet de revision du Pacte de 1832, et l'a complété. Ce projet ne comprenait pas de chapitre consacré à la reconnaissance et à la garantie des droits

[17]) Del Vecchio, op. cit. p. 373.

humains. Il n'énonçait que les droits indispensables en vue d'assurer le passage du régime de la Confédération d'Etat à celui de l'Etat fédératif. La Constitution de 1848, accordant de plus larges compétence à l'Etat central, devait conduire à une réglementation plus étendue des droits individuels susceptible d'assurer un développement considérable de l'égalité juridique, condition qui apparaissait comme indispensable en vue d'affermir les liens entre confédérés et de normaliser leur vie commune. En 1874, le constituant se contenta de compléter la catalogue des droits individuels selon les préoccupations du moment.

Or en 1874, comme en 1848, les droits des citoyens étaient garantis dans une large mesure par la législation cantonale. Les codes civils et pénaux, les codes de procédure et les constitutions des cantons précisaient une foule de droits. Les Constitutions fédérales pouvaient ainsi s'en tenir à la déclaration et à la garantie des libertés qui étaient encore contestées par quelques cantons, au plutôt qui l'avaient été dans la période précédant la rédaction du texte constitutionnel. „C'est en effet, remarque Schollenberger[18]), un phénomène paradoxal, qu'une déclaration des libertés publiques n'aboutit que lorsqu'on n'en a plus besoin." La remarque si pénétrante de cet auteur trouve dans les constitutions récentes de l'URSS., de l'Allemagne (Weimar), d'Espagne et de bien d'autres Etats une éclatante confirmation.

Comme d'ailleurs en 1848, et même en 1874, la plus grande partie des tâches étatiques étaient réservées par la Constitution fédérale aux cantons, il n'est pas étonnant que ce soit à l'encontre des cantons seulement que la garantie des droits constitutionnels ait été organisée[19]).

Si l'on reprend la liste des droits garantis par la Constitution fédérale et si l'on y ajoute quelques droits reconnus aux citoyens par la plupart des constitutions cantonales, on obtient un tableau qui, s'il n'a point l'am-

[18]) Politik, p. 206.

[19]) Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 34.

pleur de la Déclaration des droits de Weimar, représente pourtant une défense singulièrement étendue des droits de l'homme et du citoyen.

On peut classer ces droits de la manière suivante[20]):

A. Libertés de l'homme conçu dans ses rapports strictement individuels à l'égard de l'Etat: liberté de conscience (art. 49 Const. féd.); inviolabilité de la propriété et du domicile (const. cantonales): affranchissement de certaines peines (art. 65, 59, Const. féd.).

B. Libertés de l'homme conçu dans ses rapports sociaux: liberté de croyance (art. 49 Const. féd.) et de culte (art. 50); secret des lettres et des télégrammes (art. 36); liberté de la presse (art. 55); liberté d'association (art. 56), de réunion, d'enseignement (presque toutes les constitutions cantonales); droit au mariage (art. 54 Const. féd.); liberté de commerce et d'industrie (art. 31).

C. Droits de l'homme conçu en sa qualité de citoyen de l'Etat: égalité juridique (art. 4); liberté d'établissement (art. 45); droit du citoyen de s'opposer à son expulsion de son canton et de la Suisse (art. 44); droit de pétition (art. 57); droit de vote et éligibilité (art. 74 et 75).

D. Garanties institutionnelles des droits. Elles sont de deux sortes:

a) Limitations des compétences cantonales, en vertu du principe de l'égalité juridique, par des normes constitutionnelles créant des droits en faveur des citoyens: droit au juge naturel (art. 58); droit au for du domicile (art. 59); égalité de traitement des confédérés et des ressortissants du canton (art. 60); interdiction de la double imposition (art. 46); droit à l'exécution dans toute la Suisse des jugements civils devenus définitifs (art. 61); abolition de la traite foraine et du droit de retrait (art. 62, 63); équivalence des certificats de capacité des carrières

[20]) Cf. au sujet de la classification des droits: Carl Schmitt, Verfassungslehre, p. 157 ss.; Giacometti, op. cit. p. 46 ss.

libérales (art. 33 Const. féd. et 2 disp. transitoires); force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 disp. transitoires).

b) Droit au jeu normal de certaines institutions politiques de droit cantonal: autonomie communale; séparation des pouvoirs (constitutions cantonales).

E. Droit à des prestations de la part de l'Etat: gratuité de l'enseignement primaire public (art. 27); droit à la protection judiciaire et administrative (présupposition des art. 58 et 59).

Comme notre étude porte spécialement sur les libertés individuelles, à l'exclusion de la liberté du commerce et de l'industrie, les développements qui vont suivre auront pour objet de mettre en lumière leur nature et l'évolution de leur contenu.

Il convient cependant de remarquer que le principe de l'égalité juridique des citoyens domine toute la réglementation des libertés; on ne saurait en effet concevoir de vraies libertés si on ne les considère pas comme égales. Aussi reviendrons-nous dans notre troisième partie sur le développement de ce droit constitutionnel.

Par contre il n'y aura pas lieu de nous arrêter au secret des lettres et des télégrammes, ni à l'affranchissement de certaines peines, droits qui présentent un intérêt secondaire du point de vue du mouvement des idées dans ces derniers temps.

Une dernière remarque s'impose ici, qui a trait aux rapports des libertés individuelles avec les droits politiques. On distingue, depuis la Verfassungslehre de Carl Schmitt (1928) entre les droits fondamentaux et les institutions servant à la garantie de ces droits. Nous avons repris ci-dessus cette distinction. Nous avons également distingué les droits politiques des libertés individuelles. Mais il nous paraît certain que les droits politiques doivent être considérés comme des institutions servant, non pas exclusivement, mais d'une manière très large à la garantie des droits individuels. Les transformations qui se sont

produites depuis quelques années dans la vie constitutionnelle de plusieurs grands Etats démontrent qu'un lien étroit existe entre les droits individuels et les droits politiques. L'affirmation des droits individuels est généralement contemporaine de la conquête des droits politiques; de même la négation des droits de la personne humaine intervient d'ordinaire au moment où se perdent les libertés politiques. Il est naturel qu'il en soit ainsi. Le régime politique qui reconnaît les droits de la personne humaine et les garantit, reconnaît par là que l'homme a une valeur et une fin qui lui sont propres; il lui réserve la liberté de mouvement qui est nécessaire à l'homme, être conscient et libre, pour qu'il fixe lui-même les conditions de sa destinée. Mais l'homme est naturellement membre d'une collectivité politique, citoyen d'un Etat. L'ordre juridique a comme but primaire de garantir les droits humains tout en favorisant la coopération des membres du corps social dans la ligne de leur bien commun. Il est normal que les bénéficiaires de cet ordre aient le droit de participer, dans une mesure que peut commander le niveau de l'esprit civique, à l'établissement des règles destinées à la sauvegarde de leur personnalité, d'une autonomie dont leur propre condition d'êtres libres et responsables a fait les défenseurs naturels. Ainsi les droits humains fondent les droits du citoyen. Et les droits du citoyen, conditionnés par les droits de l'homme, constituent un moyen singulièrement efficace pour garantir la liberté foncière de l'être humain.

§ 14. **Droits subjectifs et droit objectif.**

Il n'est peut-être pas inutile au moment où nous pénétrons plus avant dans la recherche de la nature juridique des droits individuels de jeter un coup d'oeil sur l'expression qui est donnée à la reconnaissance de ces droits par la Constitution fédérale. Voici les textes les plus importants:

„Art. 45. Tout citoyen suisse a le droit de s'établir sur un point quelconque du territoire suisse, moyennant la production d'un acte d'origine ou d'une autre pièce analogue . . ."

„Art. 49. La liberté de conscience et de croyance est inviolable . . ."

„Art. 50. Le libre exercice des cultes est garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes moeurs . . ."

„Art. 54. Le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération . . ."

„Art. 55. La liberté de la presse est garantie . . ."

„Art. 56. Les citoyens ont le droit de former des associations, pourvu qu'il n'y ait, dans le but de ces associations ou dans les moyens qu'elles emploient, rien d'illicite ou de dangereux pour l'Etat . . ."

Ces textes nous renseignent-ils sur la nature des droits qu'ils proclament? Avons-nous affaire à un pouvoir accordé aux citoyens à l'encontre de la puissance étatique; ou plutôt à des règles de conduite assignées aux organes de l'Etat; le défaut d'observation de ces règles entraîne-t-il pour les citoyens le droit de mettre en oeuvre la puissance publique?

Ces questions comptent parmi les plus vivement débattues du droit public.

Les réponses qu'on leur donne en Suisse sont absolument controversées. Aussi pourrait-on être tenté d'abandonner toute recherche doctrinale pour s'en tenir à un exposé pratique des solutions fournies par la jurisprudence.

Mais le débat présente à nos yeux une portée considérable. Il est nécessaire de prendre parti, non seulement pour rendre compte d'une manière complète et exacte des problèmes techniques posés, mais encore pour justifier la portée et l'évolution des droits individuels.

A. De l'existence du droit subjectif.

Dans sa conception la plus générale, le droit subjectif est la faculté, conférée par le droit à un sujet, d'exiger, à laquelle correspond une obligation de la part d'une autre personne.

Il était réservé à notre temps de voir nier la valeur de cette notion traditionnelle. Duguit et son école lui ont porté des coups hardis, à les croire, décisifs. La critique de Duguit part de cette idée qu'on ne peut concevoir le droit subjectif que comme constitué essentiellement par une puissance de volonté[21]). Or, cette idée de puissance de volonté est de caractère métaphysique; le droit positif ne saurait la retenir. Dès lors l'idée de droit subjectif s'écroule; il ne reste que le concept de règle de droit. La règle de droit impose aux sujets passifs (les seuls que Duguit maintienne) des obligations. La violation d'une obligation n'a point pour effet de créer un droit subjectif tendant à exiger; elle réalisera seulement une condition telle qu'une volonté déterminée agira conformément à la loi en demandant aux détenteurs de la force la réparation et la cessation du préjudice.

Il est donc vain, selon l'opinion de Duguit, de distinguer les droits subjectifs publics et les droits subjectifs privés; ils n'existent ni les uns ni les autres; mais existeraient-ils, ils auraient tous le même caractère. La meilleure preuve, dit-il, de l'inexistence d'une différence véritable entre les droits subjectifs publics et les droits subjectifs privés, c'est que les plus intéressantes tentatives accomplies pour la déterminer, comme celle de Jellinek, ont abouti à un échec complet[22]).

Si l'on examine en effet, et ce n'est pas le lieu de le faire, les explications fournies par Jellinek, soit dans son System der subjektiven öffentlichen Rechte, soit dans son Allgemeine Staatslehre, sur cette divi-

---

[21]) Droit constitutionnel, I p. 295.

[22]) Duguit, op. cit., I p. 531.

sion des droits subjectifs, on arrive à la conclusion que la démonstration entreprise par cet auteur a échoué.

Cette distinction a été tentée depuis par W. Burckhardt, dans son ouvrage: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Burckhardt admet l'existence de droits subjectifs privés, nie la possibilité de droits subjectifs publics. Voici en résumé sa construction.

Recherchant la différence qui existe entre le droit public et le droit privé, il arrive à cette constatation que tout droit impératif est droit public, que tout droit dispositif est droit privé. Sont de droit impératif les normes qui prescrivent une ligne de conduite sans considération de la volonté contraire des intéressés. Sont de droit dispositif les normes qui ne trouvent application que lorsque les parties n'en disposent pas autrement.

En droit privé domine le principe de l'autonomie de la volonté; en droit public celui de l'ordre légal. Le droit subjectif se caractérise en ce que le bénéficiaire se trouve à l'égard de l'obligé dans un rapport particulier en vertu duquel il peut, et lui seul, décider si l'obligé doit lui fournir une prestation et laquelle.

Le droit public, par contre, est dominé par l'intérêt public et ne réserve aucune place à l'autonomie de la volonté; il doit être réalisé de la manière voulue par la prescription impérative et, aussi bien, il doit être réalisé d'office. C'est pourquoi il n'existe pas de droits subjectifs publics, ni des particuliers, ni de l'Etat, car lorsque l'Etat est obligé d'agir, cette obligation est indépendante de la volonté des particuliers, et lorsque la norme qui oblige l'Etat prescrit que le particulier doit prendre l'initiative de requérir la prestation, cet acte ne constitue qu'une condition prévue par la loi, de l'obligation légale de fournir une prestation[23]).

Nous n'avons aucune critique à formuler à l'encontre du développement de la pensée de Burckhardt, dont nous admirons la rigoureuse logique. Si l'on admet les prémisses

[23]) Burckhardt, op. cit. p. 16, 27, 70, 79.

de son raisonnement, on doit admettre ses conclusions. Ces prémisses s'imposent-elles? On pourrait le contester. Nous ne le ferons pas ici. On nous permettra cependant d'exprimer au sujet de cette impressionnante construction une réserve qui nous paraît indispensable. Il ne nous semble pas du tout certain que la délimitation du rôle de la volonté individuelle, considérée par Burckhardt comme une simple condition de la manifestation de la puissance publique, corresponde à la réalité des faits. Celui qui adresse au Tribunal fédéral un recours de droit public pour violation d'un droit constitutionnel fait plus que poser une condition de l'intervention de l'Etat dans le sens de la norme impérative. Il met en jeu une volonté, un pouvoir moral auquel l'ordre juridique a conféré un caractère de positivité, et s'efforce d'obtenir, que la contrainte sociale, mise par la loi au service de son intérêt, annihile les effets d'une atteinte illégale portée à ses droits par un organe étatique ou lui garantisse l'accomplissement d'une prestation qu'un organe étatique lui refuse à tort.

Affirmant ainsi la possibilité de droits subjectifs publics, nous prenons position tant contre la thèse de Burckhardt que contre celle de Duguit et de son école.

Nous pensons d'ailleurs que la distinction entre droits subjectifs privés et droits subjectifs publics n'est point si difficultueuse que l'avait imaginé Jellinek. Cette distinction peut reposer sur la nature de la norme juridique qui définit le droit subjectif: les règles de droit public fondent des droits publics; les règles de droit privé fondent des droits privés, même s'ils se réfèrent à l'Etat. Elle peut reposer aussi sur la qualité des sujets de droit: le droit subjectif est public, lorsque la communauté publique participe en tant que telle au rapport juridique, comme sujet actif ou passif[24])[25]).

---

[24]) R. Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration, p. 45.

[25]) Il n'est peut-être pas inutile de noter ici la parenté étroite qui existe entre la pensée de Duguit et celle des publicistes de

B. Aperçu de quelques doctrines sur la notion de droit subjectif.

Il est utile de parcourir encore quelques théories des droits subjectifs, non point pour donner une idée complète du développement de cette notion, mais pour y puiser les éléments nécessaires à la construction du droit public subjectif.

Ainsi que l'a exposé Duguit[26]), ce sont Windscheid et Jhering qui ont les premiers présenté des doctrines sur le droit subjectif, doctrines opposées qui ont longtemps partagé les juristes. Pour Windscheid, le droit subjectif est une puissance de volonté conférée par l'ordre juridique. Pour Jhering, il est un intérêt juridiquement protégé. Jellinek s'est aperçu que ni l'élément formel de volonté, ni l'élément matériel d'intérêt ne rendait compte à lui seul de la nature du droit subjectif. Un vouloir pur est inconcevable. Un intérêt qui n'est pas rattaché par la volonté au titulaire du droit n'est pas un droit subjectif. Aussi Jellinek en est-il venu à unir les deux éléments de volonté et d'intérêt pour aboutir à la définition: „Le droit subjectif est la puissance de volonté humaine qui, reconnue et protégée par l'ordre juridique, a pour objet un bien ou un intérêt.“[27]) Tandis que Jellinek partait de la conception de Windscheid et la complétait en y ajoutant l'intérêt,

---

l'Etat totalitaire. Duguit qui admet avec une telle aisance doctrinale la suppression de l'idée du droit subjectif, possède sur la valeur de l'homme une opinion qui est bien un peu inquiétante: „Aujourd'hui, écrit-il dans: Transformations du droit privé, p. 157, nous avons la conscience très nette que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'oeuvre sociale.“ Nous ne pouvons nous empêcher de voir dans cette dépersonnalisation de l'homme le point de départ philosophique de la négation du droit subjectif.

[26]) Dr. const. I p. 274 ss.

[27]) G. Jellinek, System, p. 44.

Michoud[28]) partait de la conception de Jhering, y ajoutait le facteur volontaire pour arriver à cette définition: „Le droit subjectif est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre." Une autre théorie doit être signalée encore, c'est celle de Thon[29]), pour qui le droit subjectif est le pouvoir de mettre en mouvement l'action en justice[30]).

Si nous relevons les éléments mis en lumière par ces différentes doctrines, nous aboutissons à une synthèse qui permettrait de voir dans le droit subjectif l'intérêt protégé par le droit d'un sujet, à qui l'ordre juridique attribue le pouvoir de le défendre par une action en justice.

C. Situation juridique, rapport juridique, droit subjectif.

Les règles de droit ont pour objet de régler la conduite des hommes dans leurs rapports réciproques, de les doter de droits, de les assujettir à des obligations. Ces droits et ces obligations constituent des situations juridiques. L'attribution aux individus de situations juridiques peut se faire de plein droit ou en raison d'actes juridiques.

Par la création d'une situation juridique, „il naît une série indéfinie d'impératifs permanents, une situation générale permanente, un état (status) dont l'étendue est exclusivement déterminée par le droit objectif. Il y a une série de choses que cette personne (dotée d'une situation juridique) ne peut pas faire et d'autres qu'elle peut faire et, à son égard, il y a des choses que les autres ne peuvent pas faire ou sont obligées de faire[31])."

---

[28]) Théorie de la personnalité morale, 1906, I p. 99 ss.

[29]) Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.

[30]) Voir sur ces doctrines, un exposé détaillé dans la thèse de Ruth Bernheimer: Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmässigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichtes, Zürich 1930, § 1; et en outre l'ouvrage cité de Bonnard, p. 36 ss.

[31]) Duguit, Dr. const. I p. 255.

Ainsi en est-il de la situation juridique ou qualité, ou pouvoir, ou condition juridique faite à un individu en raison de sa naissance (status civitatis, status familiae).

Le droit subjectif ne saurait se confondre avec la situation juridique. Celle-ci définit la sphère d'exercice de la volonté du sujet. Elle circonscrit le pouvoir juridique interne du sujet considéré isolément.

Pour qu'un droit subjectif puisse s'exercer, il est nécessaire que s'établisse un rapport juridique, créant un lien de droit en vertu duquel un sujet apparaîtra comme le bénéficiaire et l'autre comme l'obligé. Ce rapport juridique peut prendre naissance de deux manières, soit lorsque le titulaire d'une situation juridique posera les conditions prévues à cet effet par la loi (ainsi pour l'établissement: la résidence, le dépôt des papiers), soit lorsqu'il subira un acte contraire au droit, qui engendrera la faculté pour le lésé de demander une réparation.

Dans le cadre du rapport juridique, le premier sujet pourra exiger de l'autre une action ou une abstention. Ce pouvoir d'exiger qui découle du rapport de droit et de la situation juridique dont il est l'élément externe, constitue le droit subjectif[32]).

Le droit subjectif, pour être un droit véritable, parfait, doit comporter la faculté pour son titulaire de mettre en mouvement l'action en justice. Mais à l'encontre de Thon qui définissait le droit subjectif en partant de la faculté de mettre en oeuvre l'action judiciaire, nous pensons qu'il n'y a action en justice que comme conséquence de l'existence d'un droit subjectif. C'est parce que l'ordre juridique reconnaît et protège un intérêt en rapport avec des sujets, c'est-à-dire une situation juridique dotée d'un pouvoir d'exiger, d'un droit subjectif, que les sujets pourront mettre en mouvement l'action en justice chaque fois que le droit subjectif sera contesté.

---

[32]) A propos des rapports de droit privé, voir Bonnard, op. cit. p. 44.

Ainsi un citoyen a le droit, en vertu d'une situation juridique découlant de la Constitution, de se faire rendre justice par les tribunaux compétents. Il n'y a encore aucun droit subjectif. Ce citoyen entre en rapport de droit avec le tribunal par le dépôt d'un mémoire. Par là naît le droit subjectif, le pouvoir juridique d'exiger que justice soit rendue, droit qui d'ailleurs demeure latent s'il est donné régulièrement suite à la demande et ne deviendra effectif qu'en cas d'opposition; c'est alors que la garantie juridictionnelle pourra intervenir.

Un citoyen fribourgeois entend, en vertu de la situation juridique qui appartient à tous les citoyens suisses de par l'art. 45 de la Constitution fédérale, s'établir dans le canton de Thurgovie. Le droit subjectif ne se confond pas avec l'exercice du pouvoir juridique qui appartient au citoyen de se transporter en Thurgovie. Mais lorsque ce citoyen entrera en rapport avec l'Etat de Thurgovie en portant sa résidence en Thurgovie ou en se présentant à l'autorité pour déposer ses papiers, un droit subjectif naîtra qui lui permettra d'exiger l'établissement dans le pays de son choix et en cas d'opposition de l'imposer par voie de droit.

Un citoyen édite un journal dans une ville suisse. En le faisant, il jouit simplement de la situation juridique qui découle de l'art. 55 pour lui comme pour tous les citoyens. Il n'exerce aucun droit subjectif découlant de cette situation juridique. Mais dès le moment où les autorités cantonales mettront des entraves injustifiées à l'exercice de son activité, un rapport juridique se formera, dans lequel surgira un droit subjectif, qui pourra se traduire en acte sous la forme du recours à la voie juridictionnelle.

Ainsi les droits individuels de la Constitution ne sont point simplement des droits subjectifs. Ils expriment des situations juridiques, complexes de droits auxquels sont souvent jointes des obligations. Ces situations juridiques définissent une sphère de vouloir et d'agir; elles constituent à la fois une limitation et une protection juridiques. Pour

protéger cette sphère de libre activité, l'ordre juridique accorde, aux titulaires du pouvoir juridique, des droits subjectifs qui pourront fonder le recours à la voie de droit[33]).

D. Un droit public subjectif est-il concevable?

La construction de la notion de droit public subjectif nous paraît difficile si l'on considère comme élément essentiel du concept celui de la puissance de volonté. Le droit subjectif comprend normalement l'élément d'intérêt et celui de faculté juridique. Mais la faculté ne se conçoit qu'en liaison avec un intérêt exprimé dans une norme juridique. C'est dans la mesure où le droit objectif circonscrit et protège le pouvoir des sujets que ceux-ci peuvent mettre en mouvement en leur faveur l'instance judiciaire. Il n'est pas douteux que, dans le domaine dont nous nous occupons, le droit objectif réalise une délimitation de la sphère juridique privée et de la sphère juridique de l'Etat. Cette délimitation se fait par une règle impérative qui fonde des devoirs (d'abstention) et des prétentions, rattachées à une situation juridique objective, permettant à leur titulaire d'exiger le respect de la norme.

---

[33]) Sans entrer dans de grandes précisions, W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1e éd. p. 182/83, arrive à la même notion: „On doit distinguer du rapport de droit la situation de droit (Rechtszustand) qui précède le rapport de droit. La situation de droit est la possibilité de rapports juridiques futurs rattachée à un sujet de droit, par suite une qualité du sujet de droit, ou, pour se servir d'une expression du droit classique: un statut. Cette étroite liaison de la situation de droit avec la personnalité explique un certain nombre de ses particularités et surtout l'invalidité d'une renonciation."

Voir en outre E. Kirchhofer, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs, Z. S. R. 1936, p. 139: „Die verfassungsmässigen Rechte sind Persönlichkeitsrechte. Es sind von der Verfassung anerkannte Qualifikationen, Kompetenzen der Persönlichkeit. Sie befinden sich zunächst in einem abstrakt-potentiellen Zustand. Gegebenenfalls geht daraus ein konkret-aktueller Anspruch hervor, dies namentlich, wenn die öffentliche Gewalt das Recht verletzt."

Sans doute l'Etat est-il plus puissant que le particulier; dans les rapports de droit public, et les droits publics subjectifs procèdent de tel rapports, l'Etat intervient certainement à l'égard des citoyens comme persona potentior. Seulement le citoyen peut lui imposer le respect de la norme objective, d'abord parce que l'Etat est lié à son droit, puis parce que le régime politique de la séparation des pouvoirs permet l'établissement de procédures à l'aide desquels un des pouvoirs peut arrêter un autre pouvoir[34]).

E. Les éléments du droit public subjectif.

Les droits individuels, ou libertés publiques, proclamés par la Constitution fédérale sont énoncés non point sous la forme de prescriptions adressées aux organes étatiques pour diriger leur activité dans leurs rapports avec les citoyens, mais bien sous la forme de facultés reconnues aux citoyens à l'encontre du pouvoir étatique. Cependant les dispositions constitutionnelles qui énoncent ces droits individuels n'ont pas seulement pour objet de créer des droits publics subjectifs; elles constituent une partie essentielle de l'ordre juridique de la Confédération; elles règlent la conduite des pouvoirs publics de la Confédération et des cantons; elles légitiment l'intervention d'office des pouvoirs fédéraux pour prévenir les atteintes et réprimer les violations qui pourraient être portées à ces normes[35]).

On ne saurait aussi bien concevoir la création de droits subjectifs qui ne reposeraient pas sur l'obligation assignée par l'ordre juridique aux organes étatiques d'adopter une ligne de conduite déterminée. Lorsque le citoyen

---

[34]) Cf. Bonnard, op. cit. passim; R. Bernheimer, op. cit. p. 26 ss.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, p. 194: „Comme nous avons affirmé, notamment en considération de la séparation des pouvoirs, la possibilité d'un droit administratif comme d'un droit liant de part et d'autre, la possibilité d'un droit subjectif de l'individu contre l'Etat ne présente aucune difficulté."

[35]) Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 280.

s'oppose à l'atteinte qui est portée par l'Etat à une liberté reconnue par la Constitution, il le fait non pas en vertu de sa puissance de volonté individuelle, mais en vertu de la règle objective qui fonde en même temps sa faculté juridique d'agir et l'obligation pour l'Etat d'adopter une attitude correspondante. „Le fondement du droit subjectif est dans la règle le droit qui vient prévoir et imposer ce qui peut être exigé.''[36])

Mais cette faculté qui appartient à un sujet d'exiger de l'Etat une attitude déterminée ne saurait se concevoir qu'en rapport avec un objet; l'objet de la volonté est toujours un bien et le bien, conçu en rapport avec le sujet qui y tend, prend le nom d'intérêt[37]).

Ainsi la faculté d'exiger, essence du droit subjectif, doit avoir pour objet un intérêt.

Cet intérêt, protégé en faveur du sujet actif, dont le respect est imposé au sujet passif, l'Etat, doit présenter certains caractères. Il doit être précisé par le texte légal. Il doit être défini de manière à pouvoir être rattaché à un individu: ce doit être un intérêt individuel. Le bénéficiaire de l'intérêt doit être déterminé par le texte légal. Enfin celui qui exige le respect de la norme fondant un droit individuel doit avoir un intérêt personnel à élever sa prétention[38]). Ainsi en est-il dans la règle.

F. Intérêt individuel et réflexe du droit objectif.

Le droit objectif, en prescrivant aux pouvoirs publics une attitude déterminée, pourvoit à la sauvegarde de l'intérêt général. Cet intérêt peut ne pas correspondre avec l'intérêt immédiat des sujets. Mais il arrive souvent que la mise en oeuvre des normes du droit objectif assure, en même temps que la défense de l'intérêt collectif, l'intérêt individuel des citoyens. En ce cas, les effets de l'observation

---

[36]) Bonnard, op. cit. p. 49.

[37]) Del Vecchio, op. cit. p. 255.

[38]) R. Bernheimer, op. cit. p. 39 ss.; Bonnard, op. cit. p. 49 ss.

par l'autorité des règles du droit objectif peuvent d'être de deux sortes. Ou bien les bénéficiaires acquièrent le droit d'exiger la prestation imposée par la loi à l'autorité et alors ils pourront, le cas échéant, faire valoir des droits subjectifs de la même manière que le créancier peut contraindre son débiteur à lui fournir une prestation. Ou bien les bénéficiaires acquerront simplement la faculté de demander que les lois établies en leur faveur reçoivent application, sans qu'aucune sanction juridique ne leur permette d'exiger la prestation, et alors l'avantage qui leur appartient n'est qu'un effet réflexe du droit objectif.

Cette distinction, entre une situation juridique assortie de droits subjectifs et une situation qui n'est que le bénéfice, non exigible, d'une activité impartie par la norme à l'autorité, a eu pour initiateur Jhering[39]). D'après lui, tous les intérêts ne réclament pas une protection juridique; il est même des intérêts que cette protection ne saurait couvrir. Plus encore, toute loi qui protège un intérêt ne confère pas nécessairement un droit. Ainsi une loi qui, dans l'intérêt de certaines industries, établit des droits protecteurs, profite certainement aux fabricants, mais ne leur donne aucun droit. C'est qu'on se trouve ici en présence d'un effet juridique réflexe, qui sans doute présente la plus grande analogie avec le droit, mais qui en doit être soigneusement distingué. En fait, l'Etat établit les lois douanières dans son intérêt; mais l'intérêt de l'Etat coïncide avec celui des fabricants. Les fabricants n'acquièrent pas un droit à l'exécution de la loi douanière. L'application de celle-ci ne dépend en aucune façon de leur volonté. Ce sont les autorités compétentes qui en décident[40]).

C'est évidemment au législateur qu'il appartient de déterminer si les prescriptions adressées à l'autorité, de prendre une mesure déterminée, légitiment les bénéficiaires à en exiger l'accomplissement. Mais il n'est pas

---

[39]) Jahrbücher für Dogmatik, X p. 245.

[40]) Voir aussi Fleiner, Droit administratif allemand, p. 111 ss.

toujours facile de distinguer si l'on se trouve en présence d'une règle purement objective ou d'une règle créant des droits subjectifs. On a recherché des critères. Jellinek en particulier, qui a développé la pensée de Jhering, en a proposé plusieurs. Ils n'ont pas paru décisifs. Le Tribunal fédéral[41]) a constaté qu'il n'y avait pas accord à ce sujet dans la doctrine. Dire avec Jellinek qu'il y aura droit subjectif lorsqu'il y aura, au profit du sujet considéré, une reconnaissance expresse du droit, une protection juridique assurée par l'ouverture d'une voie de droit (critère formel), c'est précisément laisser ouverte la question de savoir si un droit subjectif ne peut pas exister sans avoir été reconnu d'une manière formelle. A cette question Jellinek a répondu en disant que le doute pouvait être dissipé à l'aide du critère matériel, qui ne peut consister que dans la reconnaissance expresse ou implicite d'un intérêt méritant protection juridique. Mais un tel intérêt n'est pas nécessairement assorti d'un droit subjectif. Il s'agira donc de déterminer si in casu l'ordre juridique attribue aux particuliers la faculté de rechercher par des voies juridiques la réalisation d'un but protégé par le droit. S'il en est ainsi, pense le Tribunal fédéral dans l'arrêt cité, on est en présence d'un droit subjectif. On peut être d'avis que le Tribunal fédéral n'a pas trouvé, en énonçant ces caractères du droit subjectif, le critère qu'il se flattait de proposer, et que la question reste ouverte de savoir quand, dans le silence de la loi, on doit admettre qu'un intérêt reconnu par le droit donne au bénéficiaire la faculté d'agir en justice pour en obtenir la réalisation. A notre avis, il n'y a pas de critère matériel de l'existence d'un droit subjectif; l'existence d'un tel droit ne peut être établie que par l'interprétation[42]).

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral il est trois sortes de normes constitutionnelles: a) les normes qui ont „pour seul but d'organiser rationnellement et dans

[41]) ATF 27 I n° 87.

[42]) Sic Fleiner, dr. adm. all. p. 114.

l'intérêt général le fonctionnement des pouvoirs publics"; en ce cas, „il ne saurait appartenir à chaque citoyen de protester, par la voie du recours de droit public contre les atteintes qui peuvent y être portées par les actes ultérieurs de l'autorité; en effet c'est cette dernière qui est chargée d'apprécier et de représenter les intérêts de la communauté, le simple particulier ne peut lui opposer sa propre conception du bien général et il est tenu de se soumettre à ce qu'elle décide à cet égard, du moment que la règle constitutionnelle soi-disant violée ne renferme aucune garantie en sa faveur et qu'il ne possède pas d'intérêt personnel à son observation";

b) les normes qui, comme en matière de droits individuels proprement dits, sont édictés essentiellement dans l'intérêt des citoyens et visent à garantir au citoyen une prérogative, „à mettre sa liberté à l'abri des empiètements de la puissance publique"; de ce nombre sont les libertés publiques;

c) les normes qui servent tant l'intérêt de la collectivité que l'intérêt individuel, qui s'inspirent „non seulement des intérêts généraux de la collectivité, mais aussi des intérêts particuliers du recourant personne privée ou de la corporation qu'il représente"[43]).

Seules les normes b et c peuvent légitimer l'exercice de droits subjectifs; leur violation fonde le recours de droit public.

Il est une tendance hostile au maintien dans notre droit public suisse tant du concept de droit public subjectif que de la notion d'effet réflexe du droit objectif.

Nous pensons que, quoiqu'on puisse dire contre ces notions, elles s'imposent invinciblement; on peut changer les expressions si l'on veut; on ne saurait méconnaître les réalités qu'elles interprêtent. La doctrine a pu les condamner, la pratique y est restée fidèle. En feuilletant les arrêts du Tribunal fédéral, on retrouve à tout instant l'expression de droit subjectif.

[43]) ATF 46 I n° 63.

En effet on doit convenir que s'il existe une norme assurant la protection d'un intérêt et si l'ordre juridique reconnaît au titulaire de ce droit la faculté d'exiger la prestation et au besoin de mettre en mouvement l'action judiciaire pour contraindre le sujet passif à s'exécuter, la notion de droit subjectif, qui précisément représente cette faculté, ne saurait être éliminée.

Pour couper court aux controverses doctrinales, on pense pouvoir admettre que dès l'instant où la norme est violée et qu'un intérêt individuel, de ce fait, est lésé, il y a lieu de reconnaître la légitimation du lésé au recours de droit public; dès lors tant l'idée de droit subjectif que celle d'effet réflexe du droit objectif pourraient être écartées du vocabulaire juridique.

Nous estimons qu'une telle opinion pourrait se soutenir à la rigueur d'un point de vue strictement judiciaire pour situer la nature et la portée d'un recours de droit public.

Mais l'action en justice n'est qu'un accident dans la vie du droit. La plupart des droits publics subjectifs ne donnent pas lieu à l'ouverture de procès. Des prétentions sans nombre qui découlent de situations juridiques créées par le droit objectif sont exercées à l'occasion des rapports juridiques dans lesquels les sujets actifs font valoir sans conflit leurs droits propres. Et pour parler de cette faculté des sujets actifs, qu'on ne peut ignorer ni taire, le mieux n'est-il pas de s'en tenir à l'expression traditionnelle de droits subjectifs, qui a l'incontestable mérite de dire fort bien ce qu'elle veut dire?

G. Intérêt et fonction.

En principe, le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels des citoyens n'est recevable que si un intérêt personnel, actuel et pratique, est en jeu, c'est-à-dire s'il a été porté atteinte par une mesure de l'autorité aux droits ou aux intérêts juridiquement reconnus du recourant. Cet intérêt, en matière de libertés publiques,

n'est pas autre chose que la sauvegarde de la sphère privée du citoyen.

Mais ici se posent des questions d'une importance grandissante: peut-il y avoir des droits subjectifs servant des intérêts strictement individuels; ou peut-être les droits sont-ils toujours et nécessairement doublés de devoirs; ou enfin les droits individuels, reconnus pendant la phase libérale de l'histoire de l'humanité, ne doivent-ils pas être considérés désormais comme l'expression de devoirs sociaux?

Il n'y a pas lieu de s'attarder à examiner les deux positions extrêmes. Il sera plus utile de nous arrêter à l'opinion intermédiaire. On trouvera d'ailleurs dans cet examen les moyens servant à la réfutation des opinions divergentes.

De tels problèmes ne peuvent se résoudre d'un point de vue exclusivement juridique; ils dépendent de l'opinion que l'on se fait de la valeur de l'homme et de la société et de leurs rapports respectifs. Or, on a vu que nous reconnaissions à l'homme, non à la société, une valeur substantielle; que nous considérions le service de la personne humaine comme le but de toute l'activité sociale et politique; que nous professions cette idée que si l'homme a une fin supérieure à celle de la société, cette fin ne peut être réalisée que socialement: l'homme est donc un centre de droits et d'obligations. Mais ces droits et ces devoirs sont-ils absolument corrélatifs?

Dans sa Grammaire de la Politique, H. J. Laski[44]) répond comme suit: „Mes prétentions proviennent de ce que je m'associe à autrui pour poursuivre un but commun. Mes droits sont des pouvoirs accordés pour que je puisse, avec autrui, tenter d'atteindre ce but commun. Ma personnalité borne et limite, pour ainsi dire, la loi de l'Etat. Mais ces bornes et ces limites sont imposées à condition que, en cherchant à me réaliser autant que possible, je vise,

[44]) p. 60 ss.

en vertu du but commun que je poursuis avec autrui, son bien-être dans le mien.

Droits et fonctions sont donc corrélatifs. J'ai des droits afin de contribuer au dessein social. Je n'ai nul droit d'agir autrement. Je n'ai aucun titre à recevoir sans tâcher au moins de payer ce que je reçois. Ainsi le droit implique la fonction. En retour des commodités dont je suis pourvu, je cherche à effectuer un apport qui enrichisse le fonds commun. Et cette contribution doit être personnelle ou elle n'est pas . . .

Je n'ai donc pas le droit de faire ce qui me plaît. Mes droits sont toujours fondés sur le rapport entre ma fonction et le bien-être social; et mes revendications, c'est assez clair, doivent être nécessaires à l'accomplissement régulier de ma fonction."

Westphalen-Fürstenberg[45]) de son côté, repousse l'idée de libertés absolues de l'individu à l'encontre de la société et de l'Etat; il ne saurait admettre que des droits fondamentaux qui ne s'épuisent pas dans l'idée d'une sphère individuelle, mais qui ont une face individuelle et une face sociale, une face touchant au bien individuel, l'autre au bien commun, qui ne signifient pas seulement une limitation de caractère négatif, mais une ordination vers la collectivité, même dans la liberté.

Combien cette conception des choses nous écarte des docteurs de l'individualisme libéral, d'un Beudant, qui écrivait que „le droit, c'est l'autonomie de l'être humain, la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes", d'un Bastiat, pour qui la loi „est uniquement l'organisation du droit individuel préexistant de légitime défense"[46]).

Mais nous ne pensons pas qu'il soit possible d'adhérer indistinctement à cette liaison étroite, presque absolue des droits et des devoirs humains qu'affirment tant de publicistes contemporains. Il n'est pas douteux que l'homme,

[45]) Das Problem der Grundrechte, p. 40.

[46]) Cf. Ch. Beudant, Le droit individuel et l'Etat, p. 146/47.

parce que être sociable, doit rechercher socialement la poursuite de sa fin personnelle. Mais il n'est pas possible de soutenir que tout droit a comme contre-partie un devoir du même ordre et que c'est ce devoir qui fonde le droit. Les libertés fondamentales de la personne sont reconnues à un homme non pas à cause des obligations qui le lient à ses semblables, mais en raison de l'obligation qui lui appartient de réaliser par son énergie, sous sa responsabilité, son oeuvre de perfectionnement personnel.

L'erreur commise par Laski et par bien d'autres dérive d'une équivoque déjà signalée. Tout homme est lié à son prochain par des obligations que commandent la justice et la charité. Ce sont là des obligations d'ordre moral. Elles ne revêtiront le caractère de droit, au sens juridique du mot, que dès le moment où la communauté publique leur aura conféré la positivité, c'est-à-dire les aura définies et sanctionnées. Or, c'est normalement par la loi qu'est aménagée la participation de chacun au bien commun, si bien qu'on appelle justice légale la vertu qui dirige l'effort individuel dans le sens de l'intérêt général. La loi en effet a pour but, non seulement „de réaliser l'accord et l'équilibre des libertés"[47]), mais d'assurer la coopération humaine en vue du bien de tous.

En principe les libertés humaines sont donc des droits; elles sont des devoirs dans la mesure où la loi le prescrit.

Mais il est des exceptions à la règle. „Il y a des droits publics", remarque Hauriou[48]), qui sont eux-mêmes, et par une certaine face, des devoirs parce qu'ils sont des fonctions sociales. C'est ainsi que c'est à la fois un droit et un devoir d'être soldat, d'être juré, d'être témoin, et, ici même, le devoir moral est fortifié d'une obligation." Ne pourrait-on pas ajouter que les réunions publiques, la presse, surtout dans une démocratie, servent l'intérêt social, et le servent parfois au moins autant qu'elles servent l'intérêt individuel? Et ceci ne nous fait-il pas pressentir

[47]) Beudant, ibid.

[48]) Précis de droit constitutionnel, 2e éd. p. 635.

que le titulaire de tels droits, parce qu'il exerce en même temps que son droit une fonction d'intérêt social, pourrait être légitimé à défendre aussi bien que son intérêt personnel, l'intérêt collectif, et même, si l'intérêt personnel n'est pas en cause, l'intérêt collectif tout seul?

L'article 178 ch. 2 OJF avait déjà institué un droit de recours généralisé, dans lequel les recourants n'avaient pas à faire la preuve d'un intérêt concret et actuel pour obtenir l'annulation d'une mesure anticonstitutionnelle; c'est l'hypothèse dans laquelle l'empiètement de l'autorité sur la sphère des droits constitutionnels provient d'un arrêté de portée générale. Or, voici que la jurisprudence du Tribunal fédéral, depuis quelques années, en vient à élargir d'une manière considérable la portée de l'exercice de certains droits constitutionnels. Un bon nombre d'arrêts ont été publiés qui manifestent en ce sens une évolution remarquable des idées.

Sous réserve de l'exception signalée ci-dessus, de l'art. 178 ch. 2 OJF concernant l'annulation d'une mesure de portée générale, il était jadis admis et reconnu, en droit public, comme en droit privé, que l'intérêt était la condition et la mesure de l'exercice de l'action judiciaire. L'intérêt individuel était particulièrement lié à la notion des droits „individuels".

Or, dans plusieurs arrêts auxquels renvoie Kirchhofer, dans son étude déjà citée sur la „Légitimation dans le recours de droit public"[49]), le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur le droit du citoyen actif de former un recours de droit public pour violation des principes constitutionnels relatifs à l'exercice des droits politiques ou pour violation de la garantie constitutionnelle ou législative de l'autonomie communale. Il est donc de jurisprudence constante qu'en ces cas, tout citoyen est légitimé à intenter un recours de droit public, peu importe la manière dont l'acte attaqué peut le toucher personnelle-

[49]) P. 162 ss.

ment. „Le recours", ajoute Kirchhofer[50]), „met en jeu un droit individuel, mais souvent il ne poursuit aucun intérêt individuel; d'après le but de l'action, il n'est pas rare qu'on ait affaire à une action populaire."

L'absence d'intérêt individuel est mieux marquée encore dans un certain nombre d'arrêts concernant des violations, alléguées par le recourant, de droits constitutionnels, mais dont les effets n'existent plus au moment où le cas est porté à la connaissance du Tribunal fédéral ou au moment où la décision juridictionnelle doit être prise. On se représente sans peine que si, en vue de sauvegarder l'ordre public, l'autorité cantonale a interdit une assemblée ou empêché la publication d'un journal, la décision du Tribunal fédéral ne pourra pas, dans la règle, intervenir à temps pour écarter l'atteinte au droit constitutionnel du citoyen. Or, passée la date à laquelle ou bien l'assemblée devait avoir lieu ou bien le journal devait paraître, il n'y a le plus souvent plus aucun intérêt pour les personnes visées par la mesure de l'autorité cantonale à provoquer une décision portant révocation de cette mesure. Pourtant le Tribunal fédéral entre en matière, parce qu'il s'agit en de tels cas, a-t-il prononcé, d'examiner le bien-fondé de mesures qui peuvent être prises de temps à autre par les autorités cantonales et qui ne seraient pratiquement jamais soumises à la juridiction constitutionnelle si le Tribunal refusait de s'en saisir à partir du moment où l'intérêt direct et pratique des citoyens n'est plus en jeu. En de telles affaires, la sentence du Tribunal fédéral n'a plus nécessairement comme but de sauvegarder l'intérêt d'une personne en raison de ses droits constitutionnels; plusieurs arrêts précisent au contraire que la décision du Tribunal doit servir aux autorités cantonales de direction pour l'avenir. Comme on voit, le recours de droit public ne sert pas en ce cas à protéger un intérêt individuel; mais l'invocation d'un droit constitutionnel

---

[50]) Loc. cit.

conduit à la défense d'un intérêt collectif, à la protection de l'ordre juridique établi par la Constitution[51]).

D'après l'art. 178 OJF, non seulement les particuliers, mais aussi les corporations, plus exactement les personnes juridiques, ont qualité pour former recours pour cause de violation des droits constitutionnels, et cela lorsqu'elles sont lésées par des décisions ou arrêtés qui le concernent personnellement ou qui sont de portée générale.

Mais on peut concevoir la légitimation d'une personne juridique sous différents aspects.

La personne juridique peut recourir pour défendre ses intérêts propres; ainsi peut-elle s'opposer aux mesures injustifiées qui restreindraient à son détriment la liberté d'association, de presse, de commerce. Elle agit alors de la même manière que le ferait un particulier pour sauvegarder les mêmes droits.

Elle peut agir aussi en tant que représentant des intérêts de ses membres, qu'elle a, par ses statuts, reçu pour mission de défendre. En ce cas, elle ne défend pas ses propres intérêts, mais les intérêts de ceux de ses membres qui sont touchés par la mesure entachée d'inconstitutionnalité. Effectivement ce sont ses membres qui sont partie recourante[52]).

La personne juridique, spécialement l'association, peut agir encore en une autre qualité. Kirchhofer pense qu'il est des cas dans lesquels une personne juridique peut intenter le recours de droit public comme représentant des parties, pour un nombre indéterminé de personnes non désignées nommément[53]). Effectivement le Tribunal fédéral est entré en matière sur bien des recours dans lesquels l'association ne faisait valoir que les droits constitutionnels de ses membres. Mais n'y a-t-il pas quelque difficulté à admettre l'idée d'une représentation, d'un

---

[51]) Cf. Giacometti, op. cit. p. 170/71; Kirchhofer, op. cit. p. 164, note 65; et les ATF cités par ces auteurs.

[52]) Kirchhofer, op. cit. p. 175.

[53]) Ibid.

mandat émanant de personnes qui ne sont pas déterminées d'une manière exacte? Ne peut-il pas se trouver des circonstances dans lesquelles une association, par exemple un syndicat, dont les organes sont chargés de veiller à la défense du but social, sera engagé dans un recours de droit public en l'absence d'un consentement exprès de ses membres, ou peut-être malgré l'opposition d'un certain nombre de ses membres, opposition sourde ou formelle? N'est-il pas artificiel de soutenir que, dans toutes les hypothèses où l'association agit en vertu du but social par la voie du recours de droit public, les véritables parties en cause sont les membres de l'association?

Dans un arrêt du 8 juin 1928, en l'affaire Verband schweizerischer Motorlastwagenbesitzer und 13 weiterer Rekurrenten gegen den Grossen Rat des Kantons Bern[54]), le Tribunal fédéral a formellement admis que l'association, en agissant pour la défense des intérêts de ses membres, défendait son droit propre. Il a considéré qu'une personne juridique (en l'espèce une association professionnelle) qui a, de par ses statuts, la mission de sauvegarder les intérêts professionnels de ses membres, doit être considérée comme atteinte dans ses droits par les mesures qui empiètent sur les intérêts de ses membres qu'elle a pour tâche de défendre; qu'elle est légitimée à attaquer une telle mesure par le recours de droit public dès que l'atteinte que cette mesure porte aux intérêts de ses membres les légitimerait eux-mêmes à intenter le recours de droit public.

Cette théorie a été considérée comme contestable[55]), ou comme fausse[56]).

Nous y voyons un progrès, la reconnaissance de réalités qui ne pouvaient être méconnues plus longtemps. Il est certain que dans bien des cas, l'exercice de l'action judiciaire en vue de la garantie d'un droit constitutionnel présente un intérêt collectif. L'autorité juridictionnelle a

---

[54]) ATF 54 I p. 146.

[55]) Giacometti, op. cit. p. 173, note 28 in fine.

[56]) R. Bernheimer, op. cit. p. 134.

pour mission de protéger l'intérêt individuel sans doute. N'est-il pas normal qu'elle se soucie plus encore de l'intérêt collectif? Or, la personne juridique à but idéal, précisément parce que son but est idéal, défend des intérêts non point individualisés, mais collectifs ou même généraux. La légitimation de la personne juridique comme telle au recours de droit public doit être admise parce qu'elle assure la défense d'intérêts collectifs; elle doit l'être en vertu du droit qui s'attache à l'exercice d'une fonction reconnue par la loi[57]).

Nous concluons sur ce point en remarquant que la jurisprudence du Tribunal fédéral associe de plus en plus la défense de l'intérêt collectif à la protection du droit individuel; l'exercice du droit individuel tend à déborder le cadre de l'intérêt individuel pour revêtir le caractère de service social.

H. Le problème des „limitations" des droits individuels.

La liberté individuelle a reçu, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 une définition qui a fait, pendant plus d'un siècle l'admiration de toute l'école individualiste[58]).

„La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi." (Art. 4 de la Déclaration.) Dans cette conception des rapports des hommes entre eux et des citoyens à l'égard de

---

[57]) Voir sur cette question, les conclusions de Giacometti sur l'évolution du principe de la légitimation au recours de droit public, spécialement sur le glissement du recours de droit public vers l'action populaire, op. cit. p. 175/76; Kirchhofer, op. cit. IV p. 159 ss.; P. Cuche, En lisant les juristes philosophes, passim, spécialement p. 102 ss.

[58]) Cf. Esmein, op. cit. I p. 545.

l'Etat, la loi n'a qu'un unique objet: assurer la coexistence des sphères de liberté individuelle. La liberté, le maximum de liberté, tel est le bien suprême. Aussi toute limitation de la liberté apparaît-elle comme un pis-aller, une entrave à cette autonomie naturelle de tous les hommes. „Toute loi en soi est un mal", dira Beudant[59]); car elle ne peut avoir pour objet que de régler l'usage des droits, et régler l'usage d'un droit, c'est évidemment le limiter. Mais, d'autre part, toute loi est bonne qui consacre un droit, le préserve de toute atteinte, le soustrait à un péril, car elle répond par là à son but légitime. Si donc la loi est un mal, elle est un mal nécessaire." Il n'y a rien à reprendre à cette exégèse de la définition révolutionnaire de la liberté qui correspond pleinement à la doctrine asociale de la „philosophie" du XVIIIe siècle.

Mais la liberté, l'indépendance à l'égard de l'Etat, n'est pas une fin en soi. Les libertés sont des moyens (sans doute nécessaires, indispensables, mais enfin des moyens) permettant à l'homme de rechercher le plein développement de sa personnalité. Or, l'homme ne peut poursuivre que socialement sa fin personnelle. Les moyens auxquels il recourra prendront nécessairement un aspect individuel et social; les libertés individuelles devront donc être ordonnées en fonction du bien commun; et cette ordination, qui exprimera la participation de chacun au bien social, sera normalement précisée par la loi si elle doit comporter une obligation que la société entend assigner impérativement à ses membres. Il est ainsi évident que plus grande sera la complexité de la vie sociale, plus nombreuses aussi seront les exigences que la solidarité imposera aux membres de la société, plus nombreux dès lors les commandements que l'ordre juridique formulera par ses divers organes pour diriger rationnellement l'effort de tous vers cet intérêt commun, dont pourront ensuite bénéficier, en conformité de règles juridiques encore, tous les membres du corps social. L'homme possède des devoirs

[59]) Op. cit. p. 148.

envers soi-même, sans doute; il en possède aussi à l'égard de ses semblables. La loi, instrument du bien commun, doit reconnaître et assurer, en coordonnant les libertés pour réaliser harmonieusement la collaboration sociale, la hiérarchie des valeurs humaines. „Quand je parle des restrictions apportées à l'exercice de la liberté individuelle", disait P. Rossi[60]), qui joua un si grand rôle dans la rédaction du Projet d'acte fédéral de 1832, „je n'entends nullement prendre ce mot de restriction dans le sens de perte ou de sacrifice d'une partie de nos droits. A mes yeux, il n'y a ni perte ni sacrifice quelconque, il y a d'un côté des devoirs, de l'autre des droits, et le droit n'est pas mutilé, mais le droit n'existe pas lorsqu'il se trouve en conflit avec un devoir supérieur."

Il faut ainsi conclure que la législation n'a pas seulement une fonction de défense; elle a aussi une fonction positive, qui consiste à aménager les conditions variées et délicates d'une coopération nécessaire, loi de la nature humaine.

Les droits humains ne s'étendent donc que jusqu'au point où commencent les devoirs; les activités individuelles ne pourront pas être absolument libres. „La liberté, comme droit", a dit Bluntschli[61]), „n'est donc pas l'expression suprême de la liberté, mais la somme de liberté que le droit et les lois protègent réellement."

Seulement le contenu des libertés proclamées par la Constitution n'est pas défini positivement par la loi. Dès le moment où une liberté individuelle est garantie, elle bénéficie d'une présomption d'étendue illimitée; cette présomption ne peut être combattue qu'à l'aide d'un texte constitutionnel ou légal qui doit cette fois-ci délimiter la réserve imposée à la liberté individuelle[62]).

Cette réglementation des libertés individuelles, qui doit exprimer les exigences du bien commun, est chose si

---

[60]) Cours de droit constitutionnel, II p. 68.

[61]) Op. cit. p. 381.

[62]) Carl Schmitt, Verfassungslehre, p. 166.

naturelle[63]) que le droit français ne garantit d'ordinaire un droit constitutionnel que sur la base d'une loi d'application[64]). Aucun principe de notre droit public n'impose un tel mode de faire. Mais la réglementation des libertés s'impose si fortement que pratiquement toutes les libertés tendent à se traduire en institutions objectives définies par la loi ou par la coutume.

Ainsi la Constitution fédérale affirme la liberté d'établissement (art. 45) et la réglemente dans le même article; elle pose le principe des libertés religieuses et les réglemente dans les art. 49 et suivants; elle consacre le droit au mariage (art. 54), pose dans le même article quelques normes de réglementation et le code civil réglera ce droit d'une manière détaillée; l'art. 55, qui garantit la liberté de la presse prévoit que les cantons statuent les mesures nécessaires à la répression des abus; l'art. 56, relatif à la liberté d'association ne dit guère davantage, mais le code est venu réglementer ce droit, tout en édictant parmi les règles de droit strictement privé qui sont consacrées aux personnes juridiques, mainte prescription d'ordre public; quant à la liberté du commerce et de l'industrie . . .

Mais la question se pose ici de savoir si le législateur peut apprécier discrétionnairement les exigences du bien public auxquelles est subordonné l'exercice des droits constitutionnels; en d'autres termes existe-t-il un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois?

Il faut distinguer s'il s'agit des lois fédérales ou des

---

[63]) „C'est une donnée de la nature des choses humaines que la liberté civique ne va pas sans contrainte pas plus que la liberté intellectuelle sans axiomes et postulats. Il faut croire à la raison pour discuter, et rien ne se démontre qu'en partant de l'indémontrable; il faut se fier aux sens pour expérimenter, au témoignage pour écrire l'histoire; . . . il faut s'assujettir à une discipline pour être libre. Obéir à une règle: c'est la condition de la liberté morale; obéir à des chefs: c'est la condition de la liberté politique." G. Renard, Souveraineté et parlementarisme, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 4, 1925, p. 102.

[64]) Esmein, op. cit. p. 561 ss.

lois cantonales. Quant aux premières, la réponse est donnée par l'art. 113 al. 3 CF et par l'art. 178 OJF: le Tribunal fédéral doit appliquer les lois votées par l'Assemblée fédérale; les recours de droit public pour violation des droits constitutionnels ne peuvent être dirigés que contre une décision ou un arrêté cantonal.

La législation cantonale peut, dans le cadre de l'art. 3 CF, réglementer les droits garantis par les constitutions fédérale et cantonale; mais ces lois peuvent être soumises par la voie du recours de droit public au contrôle juridictionnel du Tribunal fédéral.

Cette différence de traitement est-elle fondée? Les opinions sont divergentes[65]). Nous ne voulons point rouvrir le débat. Il suffira de présenter ici une remarque. C'est un fait reconnu partout que, de toutes les menaces d'atteinte aux droits constitutionnels des citoyens, les plus graves sont celles qui proviennent du pouvoir exécutif[66]). Pourtant le législateur peut aussi prendre avec la constitution de singulières libertés. Mais on peut douter que le Tribunal fédéral soit mieux placé que l'Assemblée fédérale pour apprécier cette question précise de la convenance d'une réglementation donnée d'un droit individuel. Le Tribunal fédéral, contrôlant les mesures prises par les cantons pour appliquer des dispositions constitutionnelles consacrant des droits individuels, a toujours jugé qu'il ne devait pas s'écarter sans nécessité de l'interprétation donnée par l'autorité cantonale à un texte constitutionnel, qu'il ne s'en écarterait que s'il résultait, à l'évidence, du texte de la disposition en question ou de l'emploi des autres règles d'interprétation que la décision attaquée était inadmissible[67]). On peut ainsi être partisan du contrôle juridictionnel des mesures prises par les organes de la Confédéra-

---

[65]) Cf. Rapports de Fleiner et de Rappard à la Session de 1934 de la Société suisse des juristes.

[66]) Voir G. Jèze, Les libertés individuelles, in Annuaire de l'Institut international de droit public, 1929, p. 177.

[67]) Cf. Répertoire des ATF 1915—1924, p. 947.

tion, mais penser qu'un tel contrôle n'aurait pas beaucoup d'efficacité quand il porterait sur les dispositions légales réglementant les droits individuels.

I. Variations des droits subjectifs et du droit objectif.

„Le terrain du droit", disait ces jours derniers M. Spaak, ministre belge des affaires étrangères, „est essentiellement mouvant; le droit est en perpétuelle évolution."

S'il est un domaine du droit où les variations sont particulièrement sensibles, c'est bien celui dans lequel évoluent les rapports réciproques du droit public subjectif et du droit objectif.

Un droit subjectif est toujours basé sur une norme. Mais la norme peut consister dans un principe; elle peut revêtir aussi la forme d'un complexe de règles, d'une institution juridique objective[68]) comme dans notre droit concernant le mariage, l'association.

C'est un fait d'expérience que le droit subjectif basé sur une norme énoncée sous forme de principe ne peut pas d'ordinaire être garanti d'une manière facile et sûre. Aussi l'histoire de la législation de tous les Etats révèle-t-elle une tendance constante à renfermer dans un texte la réglementation d'un droit subjectif reconnu en principe par la coutume ou par la constitution. Cette réglementation sert d'ailleurs à préciser, en même temps que l'intérêt particulier, les exigences de la collaboration sociale et de l'ordre public.

Ainsi le droit subjectif pousse-t-il à un élargissement de sa base objective.

Un phénomène absolument inverse se produit d'ailleurs incessament. Tandis que le droit subjectif tend à s'objectiviser davantage, bien des normes strictement objectives à l'origine, évoluent vers la subjectivisation de l'intérêt auquel elles s'appliquent.

---

[68]) Hauriou, Droit constitutionnel, p. 618 ss.

Une disposition constitutionnelle est purement objective lorsqu'elle constitue un article de programme législatif ou „lorsqu'elle a pour seul but d'organiser rationnellement et dans l'intérêt général le fonctionnement des pouvoirs publics"[69]). Mais il peut arriver que de telles normes objectives apparaissent dans la pratique comme touchant si directement la sphère d'intérêt des particuliers que la conscience juridique tende à la reconnaissance par l'ordre juridique aux citoyens d'un droit individuel à la sauvegarde de cet intérêt.

Ainsi l'art. 46 al. 2 CF avait conféré à l'autorité législative fédérale la compétence d'établir une loi réglementant le principe de l'interdiction de la double imposition. La législation projetée n'a pu aboutir. Mais le Tribunal fédéral a considéré que la disposition constitutionnelle contenait la reconnaissance d'un droit individuel et a accueilli les recours de droit public tendant à le faire respecter. La jurisprudence du Tribunal fédéral a d'ailleurs provoqué la formation d'une réglementation coutumière détaillée qui supplée, imparfaitement il est vrai, à la loi.

La norme de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale qui fonde la force dérogatoire du droit fédéral, a été reconnue elle aussi comme la base d'un droit subjectif qui d'ailleurs ne donne lieu au recours de droit public qu'à titre absolument subsidiaire.

Les normes essentiellement objectives de droit cantonal qui instituent la séparation des pouvoirs et l'autonomie communale ont engendré de même des droits subjectifs légitimant au recours de droit public non seulement les citoyens actifs, mais toutes les personnes que la violation de ces normes lèse sinon dans leurs droits formels, du moins dans leurs intérêts personnels[70]).

---

[69]) ATF 46 I n° 63.

[70]) R. Bernheimer, op. cit. p. 89 ss.; Kirchhofer, op. cit. p. 151 ss.; Giacometti. op. cit. p. 57/58, 66 ss. et l'abondante jurisprudence du TF qu'ils citent.

On trouvera dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en cette matière si délicate et si curieuse des exemples frappants d'une interprétation par l'intérêt qui s'efforce d'assurer un judicieux équilibre des droits en présence dans les conditions mouvantes de la vie publique.

§ 15. **Ordre moral et ordre juridique.**

Les libertés humaines sont des moyens nécessaires en vue du développement de la personnalité, qui est une prescription fondamentale de l'ordre moral. L'ordre juridique, qui ne peut se concevoir qu'en étroit rapport avec une conception de la nature et de la valeur de l'homme, doit nécessairement protéger les règles essentielles de la vie sociale, qui toutes participent de l'ordre moral. Il le fera tout d'abord parce que l'intérêt personnel des hommes le commande. Comme d'ailleurs tout homme est nécessairement inséré dans un complexe de rapports sociaux, et comme la plupart des actes individuels ont une incidence sur la vie sociale, l'ordre juridique protégera ces droits humains comme un élément particulièrement précieux de ce bien commun dont il est le facteur essentiel et le gardien.

Cette liaison de l'ordre juridique à l'ordre moral domine toute la réglementation des libertés individuelles.

L'ordre juridique ne peut pas protéger l'exercice d'une liberté qui irait à l'encontre de l'ordre moral. Aussi le code des obligations prévoit-il en ses articles 19 et 20 qu'un contrat est nul s'il a pour objet une chose contraire aux moeurs. Il prévoit le droit pour l'employé de résilier après dix ans un contrat conclu pour une plus longue durée, une telle convention portant atteinte à la personnalité humaine (art. 351). Le Code civil dispose que l'autorité compétente, ou un intéressé, peut demander la dissolution d'une association dont le but est contraire aux moeurs (art. 78). La Constitution fédérale statue que le libre exercice des cultes est garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes moeurs (art. 50).

Il n'est pas douteux, et nous le ferons spécialement remarquer dans la troisième partie de cet exposé, que le respect de la personnalité humaine doit servir de guide à l'interprétation de toutes les dispositions légales consacrant les libertés individuelles. Ce qui se conçoit sans peine puisque la reconnaissance en droit des libertés individuelles n'a pas d'autre but que de servir directement, ou indirectement par l'intermédiaire du bien commun, la destinée de la personne humaine.

C'est en raison de la valeur morale des libertés humaines que l'ordre juridique refuse de reconnaître une reconciation au bénéfice de ces libertés et qu'il les déclare imprescriptibles „par nature". La jurisprudence du Tribunal fédéral en cette matière est constante[71]). Nous nous référons spécialement à l'arrêt qui a défini de la manière la plus précise la portée de ces droits[72]):

„La Constitution fédérale garantit un certain nombre de droits, imprescriptibles par leur nature, et au bénéfice desquels les citoyens ne sauraient renoncer; il s'ensuit que leur exercice ne peut être rendu dépendant de l'observation de certains délais de procédure; ces droits constitutionnels ont été proclamés, en effet, aussi bien en vue d'assurer l'ordre public et l'intérêt général, que dans l'intérêt des individus; leur violation par des décisions d'autorités cantonales ne peuvent jamais revêtir l'autorité définitive de la chose jugée, précisément parue qu'une telle violation implique une atteinte aux principes fondamentaux à la base de l'Etat lui-même; comme les actes d'exécution de décisions prises à l'encontre de ces droits primordiaux ne peuvent être combattus que par la voie du recours de droit public, ce remède doit pouvoir être appliqué en tout temps, contre tout nouvel acte d'exécution, même alors que la violation commise daterait elle-même de plusieurs années en arrière.

---

[71]) ATF 60 I p. 76; 40 I p. 308.
[72]) ATF 28 I p. 129 rem. 4.

Ces droits constitutionnels sont, entre autres, ceux qui ont trait à la garantie de la liberté de conscience et de croyance, à la liberté de prendre part ou non à tel ou tel enseignement ou acte religieux, de disposer de l'éducation religieuse des enfants, à l'interdiction du renvoi d'un citoyen hors du territoire de son canton d'origine, au droit au mariage tel qu'il est réglé à l'art. 54 de la CF, à l'abolition de la contrainte par corps, à la réserve de la peine de mort (ibid. 65), et en particulier au droit, dont il est question dans l'espèce, de tout citoyen suisse jouissant de ses droits civiques, de s'établir librement sur un point quelconque du territoire de la Confédération (ibid. 45 al. 1 et 2)."

Et dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a reconnu la même portée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie[73]).

C'est enfin le fondement moral des libertés publiques qui explique le droit pour les étrangers de les invoquer, même en l'absence de prescriptions formelles. Il est vrai que la liberté d'association n'a pas été reconnue par certain arrêt du Tribunal fédéral qui remonte à plus d'un demi-siècle[74]). Mais toute la doctrine contemporaine s'inscrit en faux contre l'interprétation donnée par cet arrêt à l'art. 56 de la Constitution[75]). D'autre part, le principe de la liberté de commerce et d'industrie n'est pas reconnu en faveur des ressortissants des Etats qui n'accordent pas aux Suisses la réciprocité. Mais cette limitation d'un droit individuel incontestable, basé sur la Constitution ou sur la coutume,

---

[73]) ATF 42 I p. 26.

[74]) ATF 7 p. 516.

[75]) Giacometti, op. cit. p. 158; Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 368; Burckhardt, Kommentar, p. 526.

Dans son message du 18. 7. 1924, concernant la loi sur le statut des fonctionnaires, (FF 1924, t. III p. 5), le Conseil fédéral s'exprime comme suit: „En vertu de l'art. 56 de la Constitution fédérale, le citoyen suisse et l'étranger établi en Suisse ont le droit de former des associations . . ."

doit être considéré avant tout comme une mesure de rétorsion[76]).

Chapitre III.

Observations sur l'évolution de quelques droits individuels.

§ 16. L'égalité devant la loi.

A. Le principe.

L'article premier de la Déclaration française des droits de l'homme affirme que „les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits". Il y a dans cette courte phrase bien des équivoques. Sans doute, en raison de l'identité de leur nature, tous les hommes ont la même obligation fondamentale de perfectionnement personnel, et, comme conséquence, le pouvoir moral de mettre en oeuvre les moyens nécessaires à l'accomplissement de cette tâche. Cette égalité foncière de tous les hommes n'exclut pas une inégalité considérable des conditions, intellectuelles, morales, physiques, économiques, qui est, dans une large mesure un fait de nature. L'ordre juridique, qui a pour mission de protéger les êtres humains et les formes variées de leurs activités, doit, pour correspondre aux valeurs morales auxquelles il s'applique, reconnaître le principe de l'égalité en droit de tous les hommes, malgré les conditions diverses qui les différencient. Mais la réalisation de ce principe est chose fort délicate. „Il ne faut pas se le dissimuler", enseignait P. Rossi[77]), „il y a dans le fait de l'inégalité des conditions une tendance constante à se transformer en droit et en privilège." C'est à une législation prévoyante qu'il appartient, non certes de réaliser une impossible égalité des conditions, mais d'établir, en faveur de tous les membres du corps social, des institutions juri-

[76]) Giacometti, op. cit. p. 159.
[77]) Dr. const. t. I p. 258.

diques et économiques favorisant l'accomplissement normal de leur mission personnelle.

L'histoire n'enseigne pas que tous les hommes naissent et demeurent égaux en droits. Elle enseigne qu'à toutes les périodes de la vie de l'humanité des révolutions se sont déchaînées pour tenter de réaliser une égalité des conditions économiques toujours fuyante et une égalité juridique que la variété des conditions a sans cesse compromise.

Le postulat de l'égalité a été défendu en Suisse en vue d'atteindre à des objectifs divers. Il s'agissait de réformer le régime constitutionnel en éliminant la supériorité politique de certaines classes de la population sur d'autres, des villes sur la campagne, de certaines parties du pays sur d'autres. Il s'agissait aussi d'assurer l'égalité politique des citoyens, soit leur droit égal à élire et à être élus. Il s'agissait enfin de réaliser l'égalité civile, l'égalité devant la loi.

La deuxième phrase de l'article 4 de la Constitution rappelle la liquidation de l'ancien régime. Elle n'a plus qu'un intérêt historique.

L'égalité devant la loi, principe qui domine tout le droit, consiste dans l'obligation pour l'Etat d'appliquer à tous les citoyens les mêmes normes juridiques, soit dans la législation, soit dans l'administration et devant les tribunaux.

B. L'application du principe.

L'égalité juridique postule le régime de l'administration légale. Il ne peut y avoir d'égalité de traitement si la loi ne précise pas la conduite que doit observer l'autorité.

Mais la loi elle-même doit être conforme au principe de l'égalité juridique. Elle n'y peut déroger qu'en application des restrictions énoncées par la Constitution elle-même, ou par la loi en fonction d'inégalités résultant de la nature des choses (ex. exclusion du droit de vote des femmes).

„Le principe de l'égalité devant la loi", dit le Tribunal fédéral, „exige un traitement égal des citoyens non seulement dans l'hypothèse où sont données des circonstances de fait absolument identiques, mais encore dès que se trouve réalisée l'égalité de toutes les circonstances de fait présentant un intérêt juridique. Pour qu'une inégalité dans le traitement juridique des citoyens soit justifiée, il faut qu'il y ait une différence non seulement dans certaines circonstances de fait, mais dans des éléments qui, d'après les principes de l'ordre juridique déterminants pour la réglementation du domaine du droit dont il s'agit, peuvent présenter un intérêt juridique."[78])

La violation du principe constitutionnel de l'égalité juridique légitime au recours de droit public. A la faveur de ce droit fondamental des citoyens, qui pénètre toute la législation et toute l'application du droit, le Tribunal fédéral est devenu une instance de contrôle juridictionnel portant sur toute l'activité des autorités cantonales. Le recours pour déni de justice est devenu la suprême ressource des justiciables, la voie de droit directe ou subsidiaire leur permettant de parer aux abus commis par les autorités cantonales.

Si l'égalité juridique consiste dans l'application à tous les citoyens des mêmes normes juridiques, il est manifeste qu'il y a inégalité lorsque le citoyen ne peut obtenir justice, soit que l'autorité refuse de l'entendre ou de statuer sur sa réclamation, soit qu'elle applique la loi d'une manière si déraisonnable qu'on doive interpréter son attitude comme un refus de rendre justice.

Dans le premier cas, c'est le déni de justice formel. Dans le second, c'est le déni de justice matériel, ou arbitraire. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a arbitraire lorsqu'une règle précise et claire du droit est violée d'une manière si évidente que l'on peut présumer que l'autorité qui a pris la décision a pu se laisser guider par d'autres préoccupations que des motifs objectifs.

[78]) ATF 6 p. 172.

Le recours de droit public pour déni de justice est une institution si pratique et si populaire que le Tribunal fédéral a dû instituer une Cour spéciale pour enconnaître.

Mais notre Haute Cour est encombrée de recours basés sur l'article 4 de la Constitution; si bien qu'elle devient de plus en plus exigeante pour reconnaître le caractère d'arbitraire aux décisions des autorités cantonales. Cependant cette institution a rendu de si précieux services qu'on ne saurait désormais s'en passer.

§ 17. La libre manifestation de la pensée; la liberté de la presse.

A. La libre manifestation de la pensée est-elle garantie par la Constitution fédérale?

La Constitution fédérale ne garantit pas d'une manière générale la liberté individuelle, c'est-à-dire le pouvoir qui appartient à tout homme de développer son activité physique, intellectuelle et morale à l'abri de la contrainte étatique. Mais toutes les libertés publiques énoncées dans la Constitution ne sont que des manifestations de cette faculté fondamentale. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il pu prononcer que la sphère soustraite à l'action de l'Etat n'est pas circonscrite aux domaines au sujet desquels la Constitution prévoit expressément que la contrainte publique ne peut s'exercer et que le citoyen jouit d'une liberté de mouvement garantie par le droit; aussi tout citoyen possède-t-il le droit de s'opposer à toute contrainte étatique, touchant à sa personnalité psychique ou morale, qui ne se justifierait pas par un intérêt public éminent, par des considérations de police et de moralité publique[79]).

Les dispositions de la Constitution fédérale ne contiennent pas non plus le principe général de la liberté de manifester ses opinions. Mais ce droit est garanti par les articles qui proclament la liberté de croyance, la liberté des cultes, la liberté d'association et surtout la liberté

[79]) ATF 45 I p. 133 rem. 6.

de la presse. La liberté des échanges d'ordre intellectuel, moral et religieux est une exigence si essentielle et si profonde de la nature humaine qu'on ne saurait la couvrir totalement et la protéger d'une manière complète avec les normes des art. 49 et 50, 55 et 56 de la Constitution fédérale. Il faut remarquer ici aussi que la protection de ces manifestations diverses de la liberté humaine présuppose la reconnaissance et la protection, par une norme coutumière, d'un principe général, savoir la liberté de manifester ses pensées, ses opinions, par les moyens les plus variés. Fleiner estime à juste titre que la libre manifestation de la pensée est garantie dans l'Etat de droit même en l'absence d'une garantie légale[80]).

B. Historique et notion de la liberté de la presse.

La liberté de la presse fut proclamée pour la première fois en Suisse par la Constitution helvétique. L'Acte de Médiation et le Pacte fédéral de 1815 n'y firent aucune allusion. La liberté de la presse fut presque complètement abolie sous la Restauration, qui connut le régime de l'autorisation gouvernementale et de la censure préalable. Avant même la Révolution de Juillet, la liberté de la presse, spécialement de la presse politique, devint un des principaux articles du programme libéral. Le succès de la Régénération fit prévaloir dans les Constitutions nouvelles des cantons le principe positif de la liberté de la presse, complété souvent par l'interdiction formelle de la censure préalable. La liberté de la presse devait s'étendre non seulement au contenu des imprimés, mais aussi au mode de publication et de diffusion, qui devait être dégagé de toute contrainte étatique. Pourtant plusieurs cantons conservèrent l'emploi de moyens préventifs tels que l'engagement obligatoire de cautions, un certain contrôle de police, de la poste, même l'autorisation[81]). La proclamation,

[80]) Schw. Bundesstaatsrecht, p. 372.

[81]) His, Geschichte des neuern schweiz. Staatsrechts, II p. 380 ss.

dans la Constitution fédérale, du principe de la liberté de la presse avait pour but de libérer la presse des quelques entraves dans lesquelles la législation de maint canton la retenait encore, de supprimer toute mesure préventive de contrôle portant sur les publications par la voie de la presse.

Cette liberté devait être reconnue en faveur de toute communication de la pensée à l'aide d'un procédé technique de reproduction.

Cependant si la Constitution entendait faire confiance aux citoyens en les libérant de tout contrôle préalable de la presse, elle ne voulait pas les affranchir des conséquences civiles ou pénales de leur faute. Elle prévoyait expressément que la loi statuerait les mesures nécessaires à la répression des abus.

La doctrine et la jurisprudence ont affirmé la distinction entre la censure et la confiscation des imprimés. La censure est cette institution en vertu de laquelle l'autorité de police autorise la publication d'un écrit par la presse ou peut la refuser en considération de son contenu, alors que la publication n'aurait pas nécessairement constitué une action punissable[82]). La confiscation s'en distingue en ce que la défense de répandre les imprimés est prononcée lorsque les autorités de police, civiles ou pénales compétentes sont fondées à admettre que la publication constituerait un acte illicite ou même un délit; elle a toujours un caractère provisoire en ce sens que la personne qui a subi la confiscation conserve le droit d'exiger que l'autorité judiciaire se prononce sur la légitimité de cette mesure[83]).

Si d'après la norme de l'art. 55 de la Constitution fédérale, toute mesure préventive est abolie, la législation cantonale peut cependant prescrire l'observation de cer-

---

[82]) Cf. Burckhardt, Kommentar, p. 514; Oscar Beer, Der rechtliche Schutz des Zeitungsinhalts, Diss. Zürich 1930, p. 6.

[83]) Cf. Burckhardt, Kommentar, p. 515; Beer, op. cit. p. 58/59; ATF 55 I n° 39.

taines règles susceptibles de faciliter la mise en jeu des responsabilités encourues; ainsi elle peut exiger l'indication sur l'imprimé du lieu de publication, du nom de l'imprimeur, de l'éditeur ou du rédacteur responsable.

C. Les limitations de la liberté d'exprimer sa pensée; la conception erronée de la liberté individuelle.

D'après la notion de l'Etat de droit, les limitations de l'exercice d'une liberté proclamée par la Constitution ne peuvent résulter que de la loi.

Ce fut un principe généralement reconnu pendant le XIXe siècle que la loi ne devait intervenir que pour défendre la sphère juridique de chaque particulier et l'intérêt public contre les incursions illicites des membres du corps social. La loi ne devait réprimer que les actes dommageables injustes. C'est pour correspondre à ce but que furent établies les dispositions du Code pénal fédéral de 1851, des codes pénaux des cantons, des lois cantonales sur la presse, du Code des obligations relatives aux actes illicites, dispositions qui constituent l'exécution des principes énoncés aux alinéas 2 et 3 de l'art. 55 de la Constitution fédérale.

Mais le législateur, comme d'ailleurs le juge, s'est longtemps inspiré, pour définir la sphère individuelle qu'il se proposait de protéger par le droit, d'une idée erronée de la liberté humaine. Cette erreur ne fut certes pas propre à la Suisse; elle fut partagée par tous les Etats où la doctrine individualiste du droit de la nature et du contrat social exerça son influence et fit accréditer l'idée d'une volonté humaine absolument indépendante de toute inclination préalable, l'idée d'une liberté comparable à celle d'un pur esprit. Une volonté d'une pareille puissance n'avait pas à être protégée contre des influences psychiques néfastes provenant du milieu ambiant. Elle leur était supérieure; elle les dominait toujours.

Saleilles a décrit cette curieuse notion de la liberté. „Le libre arbitre", écrit-il en combattant cette idée, „est le pouvoir de choisir également entre deux partis, tout en étant bien entendu inspiré par des motifs entre lesquels le choix doit se faire, mais sans être déterminé, ni conditionné par eux, sans que l'impulsion vienne d'un état de subjectivité préalable, autrement que d'un acte souverain de liberté. Le libre arbitre, c'est comme un acte de création souveraine, par lequel le moi, avant chaque volition à prendre, vient décider en maître, en dehors de toute pression qui s'impose. Cet acte créateur participe de l'absolu; il est forcément le même pour tous en face d'un même acte."[84]) Si la liberté est cette puissance souveraine, il est parfaitement inutile de limiter ou d'empêcher la diffusion des idées les plus pernicieuses et les plus violemment immorales. Chaque homme, en présence d'une suggestion contraire à l'ordre moral ou à l'ordre juridique, a la faculté de prendre une décision conforme à son devoir; s'il fait un mauvais usage de sa liberté, c'est qu'il le veut bien; il est responsable de son acte et lui seul.

Lorsque, de notre côté, nous affirmons la réalité du libre arbitre, nous n'entendons pas parler d'une volonté qui se détermine d'une manière absolue, ou d'une volonté qui se tient impassible entre des représentations diverses qui ne sauraient exercer aucune pression sur elle et sur l'acte volontaire. La liberté psychologique est toujours relative. Elle n'est que le pouvoir de choisir, entre divers moyens, celui qui apparaît comme susceptible de procurer un bien. Or, l'action des tiers peut jouer un rôle considérable pour représenter un objet comme constituant un bien et pour incliner la volonté à le rechercher. N'empêche que ce choix, qui caractérise la liberté humaine, la volonté peut l'accomplir en vertu d'un jugement et d'une détermination autonome. On n'est en présence d'un acte libre que si la volonté n'a pas été contrainte par les sollicitations

[84]) R. Saleilles, L'individualisation de la peine, 3e éd. p. 55.

que l'auteur de l'acte a pu subir soit de sa propre nature désordonnée, soit des influences externes.

Si la liberté est relative, si les influences extérieures peuvent l'incliner plus ou moins fortement vers tel acte, l'autorité qui a la charge du bien commun devra veiller à ce que les influences favorables au maintien de l'ordre social puissent se déployer sans contrainte; elle devra aussi veiller à ce que les influences néfastes soient contenues.

Plus encore. Il peut arriver que la publication d'un écrit ou de gravures, même sans conduire immédiatement à des actes antisociaux positifs, constitue un désordre, une atteinte d'ordre psychique aux bases morales de la société et de l'Etat. Cette atteinte sera d'ordinaire d'autant plus grave qu'elle portera sur des sujets dont l'intelligence n'est pas suffisamment formée ou dont la volonté n'est pas encore aguerrie, qui donc mériteraient de bénéficier d'une sauvegarde intellectuelle et morale particulière. Aussi la jeunesse doit-elle être protégée plus fortement que les personnes d'âge mûr, parce que le dommage qu'elle risque de subir en raison de publications malsaines apparaît comme singulièrement élevé, puis parce que l'incidence de ce désordre sur la vie sociale risque d'être désastreuse.

Enfin les individus peuvent se trouver dans des situations morales, politiques, économiques qui les rendent particulièrement accessibles aux sollicitations extérieures. Il est normal qu'ils bénéficient d'un secours plus efficace qu'à l'ordinaire en faveur de l'accomplissement de leur devoir. Cette protection entraînera souvent l'intervention de l'autorité responsable de l'ordre public et du bien commun.

Comme il est naturel, si c'est la communauté publique elle-même dont les intérêts sont mis en péril par la manifestation désordonnée des opinions, elle a l'obligation de recourir aux moyens appropriés pour écarter la cause d'un tel danger; ces moyens seront conçus en fonction de la puissance de nuire telle que la révèlent les procédés de diffusion de la pensée, les intentions poursuivies, les con-

ditions morales et matérielles de la vie du peuple et de l'Etat.

D. L'ordre public et les bonnes moeurs.

Les textes constitutionnels, la doctrine et la jurisprudence, en déterminant le domaine réservé à la liberté individuelle, précisent souvent que les manifestations de la liberté ne sont protégées que dans la mesure où elles ne heurtent pas l'ordre public et les bonnes moeurs. Cette réserve est généralement admise à propos de la liberté de manifester ses opinions.

Mais il est impossible de donner une définition pratique de l'ordre public. On pourra admettre la notion que propose Capitant; l'ordre public serait l'„ensemble des institutions et des règles destinées à maintenir dans un pays le bon fonctionnement des services publics, la sécurité et la moralité des rapports entre particuliers". Mais une telle définition ne nous apprend rien d'utile. Elle embrasse des éléments si variables, elle couvre des situations si complexes qu'elle ne permet pas d'établir quand l'ordre public doit être considéré comme violé ou troublé. S'il est indispensable de se tenir à la notion d'ordre public, condition de la protection des libertés publiques, il est non moins nécessaire de rechercher dans chaque cas particulier, en considérant la nature et le but de l'activité exercée, des circonstances de temps et de lieu, du degré de culture intellectuelle et morale, quelle est la portée pratique de cette notion, quel est le point à partir duquel il convient d'admettre que l'ordre public est violé. On tiendra compte des principes; on en mesurera l'application avec tact.

La notion d'ordre public est d'autant plus difficile à saisir qu'elle comprend l'idée de moralité, idée au sujet de laquelle règnent bien des confusions. On trouve des arrêts du Tribunal fédéral[85]) dans lesquels l'idée de moralité joue un rôle capital. Mais on ne rencontre nulle part de précisions au sujet du contenu de cette notion. Dire que

[85]) Tel l'arrêt 51 II n° 81.

„le concept de droit fédéral de moralité comprend simplement l'ordre moral reconnu comme fondement nécessaire de l'Etat, c'est-à-dire juridiquement protégé"[86]), c'est tracer un cadre, ce n'est pas définir le contenu. De fait il n'y a qu'une morale, parce qu'il n'y a qu'une nature humaine et qu'il ne peut y avoir en conséquence qu'une seule norme du perfectionnement de la vie humaine. Mais si les principes de la morale sont immuables, on peut enregistrer de multiples variations dans l'application de ces principes, tout d'abord parce qu'ils peuvent régler des réalités mouvantes, puis parce que l'homme est sujet à des défaillances tant dans l'ordre de l'intelligence que dans celui de la volonté.

S'il n'y a en fait qu'une règle des moeurs, l'Etat, qui doit s'en soucier, ne peut cependant en assurer le respect que dans la mesure où les actes de ses sujets touchent au bien commun. En outre, l'autorité publique, qui n'a pas de moyen d'agir directement sur les consciences, ne saurait porter très haut son effort tendant à sauvegarder les bases morales de la société, sans encourir le risque d'un grave échec, qui constituerait une atteinte à ce bien commun qu'elle a précisément pour tâche de promouvoir, comme ce fut le cas aux Etats-Unis avec la prohibition de l'alcool; elle doit ainsi tenir compte de l'opinion régnante, qui certes n'est pas la règle du bien ou du juste, et qui doit être consultée „non comme une maîtresse qui décide, mais comme un témoin qui indique ce qui peut être supporté"[87]). Les bonnes moeurs, au sens constitutionnel de cet expression, ne sont autre chose que le degré de la moralité admise à un moment donné dans un milieu déterminé. Mais puisque l'ordre moral est un élément essentiel de l'ordre public, l'Etat, gardien de l'ordre public s'efforcera de

---

[86]) ATF 34 I p. 260/61.

[87]) Mgr. d'Hulst, Conf. de N.-D. 1895, p. 139, cité par Maurice Gand, Principes et technique d'une politique de la moralité publique, in Compte rendu des Cours et conférences des Semaines sociales de France, session de 1933, p. 373 ss.

favoriser la moralité; il le fera en plaçant son objectif un peu au dessus du niveau général des moeurs: ce qui sera particulièrement facile à la juridiction constitutionnelle qui n'est saisie en cette matière que des recours contre les mesures de salubrité publique prises par les autorités cantonales.

E. L'évolution des idées en matière de liberté d'expression de la pensée, dans la législation, la jurisprudence et l'activité de police.

a) La censure du cinéma. Logiquement l'exploitation du cinéma, procédé technique de diffusion de la pensée, aurait dû bénéficier de la même protection que la presse et être soumis aux seules restrictions appliquées à la presse. Il n'en a pas été ainsi. L'expérience a démontré quels graves dangers entraîne la projection sans contrôle du film. La censure du cinéma s'impose comme une exigence inéluctable de l'ordre moral et de l'ordre juridique. Mais comme la liberté de la presse est essentiellement l'affranchissement de tout contrôle préalable, il était nécessaire de soumettre l'exploitation du cinéma à d'autres règles que celles applicables à la presse. Aussi a-t-on considéré le cinéma comme une industrie et lui a-t-on appliqué les règles plus souples de l'article 31 de la Constitution. Les cantons ont établi dans le cadre de cette disposition constitutionnelle des lois instituant la censure et prévoyant d'autres mesures de protection du public. La jurisprudence du Tribunal fédéral a donné une large approbation aux lois et aux mesures de police des cantons. L'exploitation des cinémas, précise un arrêt[88]), constitue une libre industrie, protégée par l'art. 31 de la Constitution fédérale. Des restrictions sont autorisées par l'art. 31e dans la mesure où elles sont fondées sur l'intérêt public. Mais elles ne doivent pas s'étendre au delà de ce que cet intérêt exige.

---

[88]) ATF 53 I p. 268 ss.

b) Liberté de la presse, fonction de la presse. Dans une démocratie, la presse joue un rôle essentiel. On ne conçoit pas l'exercice normal des libertés politiques sans la discussion publique des problèmes d'intérêt général, sans la libre critique des actes des autorités publiques. Aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral a-t-elle constamment prononcé que cette critique constituait une fonction normale de la presse; elle l'a protégée en disposant que la personne poursuivie pour diffamation par la voie de la presse a le droit de fournir la preuve de l'exactitude des faits allégués; en outre elle a régulièrement admis l'exception de bonne foi en faveur de celui qui a formulé une critique objectivement non fondée, mais émise dans des conditions telles qu'elle pouvait être considérée de bonne foi par leur auteur comme répondant à la réalité[89]).

c) Publications obscènes. Il tombe sous le sens que l'Etat ne pourrait, sans trahir sa mission, accorder sa protection à la publication d'oeuvres imprimées poursuivant l'exploitation, dans un but lucratif, des passions humaines. Et même une attitude passive des pouvoirs publics à l'égard de ce débordement actuel de publications corruptrices des imaginations et des sentiments pourrait être considérée, à certains point de vue, comme un acte de complicité. Aussi la loi fédérale sur la régale des postes interdit-elle le transport des imprimés ayant un caractère immoral; cette prescription est commandée par le „principe général qui veut que l'Etat ne permette pas qu'on se serve de ses institutions pour des buts immoraux"[90]). En outre la Confédération a adhéré à la Convention internationale du 12 septembre 1923 relative à la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes; une loi fédérale du 30 septembre 1925[91]) a introduit en Suisse les principes de cette Convention. Cette loi statue les mesures préven-

---

[89]) Burckhardt, Kommentar, p. 509/10; Fleiner, op. cit. p. 376/77.

[90]) Décision du Cons. féd. Salis-Burckhardt, n° 533 III.

[91]) R. O. 42 p. 9.

tives et répressives de lutte contre les publications qui blessent la pudeur sexuelle. Ainsi, loin de pouvoir invoquer en sa faveur la liberté de presse, cette production industrielle constitue un délit.

d) Mesures de guerre. Pendant la guerre mondiale, le Conseil fédéral, soucieux de prévenir les conséquences fâcheuses pour l'indépendance du pays des excès de presse, prit, tout d'abord sur la base de l'art. 102 ch. 8 de la Constitution et de l'arrêté fédéral du 3 août 1914 concernant les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité, un certain nombre de mesures allant à l'encontre du principe constitutionnel de la liberté de la presse, soit des avertissements à plusieurs journaux et même la suspension de quelques organes. Une ordonnance du Conseil fédéral du 27 juillet 1915[92]) rgéularisa le contrôle politique de la presse auquel fut appelée à participer une „Commission fédérale du contrôle de la presse" dont les fonctions durèrent jusqu'à la fin de la guerre. Ce contrôle aboutit aussi au prononcé d'avertissements et à la suspension de plusieurs journaux, mais non à la censure. Par contre le contrôle militaire institué par l'ordonnance du Conseil fédéral du 10 août 1914 sur la publication de renseignements militaires[93]) comporta la censure des nouvelles intéressant la défense nationale. Ces mesures prirent fin avec la fin de la guerre. Elles avaient permis de favoriser la sauvegarde des intérêts majeurs du pays.

e) L'évolution de la jurisprudence. En vertu du principe de l'Etat de droit, une restriction à l'exercice d'une liberté consacrée par la Constitution ne peut se baser que sur une loi, qu'elle soit constitutionnelle ou ordinaire. Il est d'ailleurs de jurisprudence constante que l'autorité de police est toujours compétente, en vertu d'une habilitation explicite ou implicite de la Constitution, pour

[92]) R. O. 31 p. 247/48.
[93]) R. O. 30 p. 380/82.

prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public. Mais dans l'Etat de droit ces mesures doivent être conformes aux normes légales. En aucun cas elles ne peuvent déroger aux règles constitutionnelles. Or, le principe constitutionnel de la liberté de la presse consiste dans l'abolition de toute mesure préventive.

Notre droit public a été pénétré jusqu'à ces dernières années de cette idée que la liberté d'exprimer sa pensée devait comporter le droit de propager des doctrines immorales ou même illicites et que ce droit cessait d'exister à partir seulement du moment où la propagande tendait à déterminer les lecteurs ou les auditeurs à l'accomplissement d'actes immoraux ou illicites. Mais une idée, une image, sont souvent un acte en préparation, parfois même un acte commencé. Faire pénétrer dans les esprits des doctrines qui créent une mentalité propice à la réalisation d'actes antisociaux, c'est créer un désordre social.

Le Conseil fédéral a, en été 1920, interdit l'entrée en Suisse de missionnaires mormons. Sa décision était contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral en l'affaire Baer[94]), dans laquelle il avait été jugé que la propagande des Mormons ne pouvait pas être interdite tant qu'elle défendait la polygamie uniquement comme une institution conforme à l'Ecriture sainte, mais ne la recommandait pas positivement. Le Conseil fédéral estima qu'il était pratiquement impossible de distinguer entre la défense d'une institution et son apologie[95]).

Le Tribunal fédéral a commis une erreur de même genre le 20 mai 1932 dans la cause Humbert-Droz c. Conseil d'Etat neuchâtelois[96]) lorsqu'il a annulé un arrêté de ce gouvernement interdisant la propagande communiste, en alléguant „qu'on ne peut s'opposer à la propagande communiste si elle reste dans les limites d'un exposé de doctrine et s'efforce de gagner de nouveaux adhérents sans les

[94]) ATF 34 I p. 259 ss.
[95]) Salis-Burckhardt, n° 503.
[96]) ATF 58 I n° 14.

inciter directement à se livrer à des actes de violence immédiats". Mais le Tribunal fédéral en est venu lui aussi à reconnaître le dynamisme propre à certaines doctrines, le désordre social immédiat qu'elles produisent en pénétrant dans les esprits, par les déterminations qu'elles suggèrent et la mentalité qu'elles créent, favorisant l'accomplissement d'actes illicites ou immoraux. Dans l'arrêt du 20 septembre 1935 en la cause Graber, Humbert-Droz et Müller contre Conseil d'Etat vaudois[97]), le Tribunal fédéral a, en fait, désavoué sa jurisprudence antérieure pour se placer sur la plateforme du réalisme psychologique et social.

En ce qui touche plus directement la liberté de la presse, on peut remarquer que le Tribunal fédéral a admis qu'il est des circonstances dans lesquelles l'interdiction de paraître et la censure préalable ne sont pas en contradiction avec le principe constitutionnel de la liberté de la presse; bien plus que l'autorité peut recourir à ces mesures, sans s'appuyer sur des dispositions légales, lorsqu'il s'agit d'écarter un danger grave menaçant l'ordre public et la sécurité et cela même lorsque les publications envisagées ne renferment aucun propos constituant un délit[98]).

Il faut reconnaître que des mesures préventives de ce genre ne peuvent plus se défendre selon les règles régissant l'Etat de droit, car elles vont à l'encontre de la norme constitutionnelle; elles ne se justifient plus que par le recours à la notion du droit de nécessité. Elles révèlent d'une manière éclatante que le Constituant, sous l'empire d'une doctrine erronée, a méconnu la portée de la manifestation de la pensée. Rien n'est plus éloquent dans cet ordre d'idées que la page 125 de l'arrêt précité, page qu'il faudrait citer tout antière. La conclusion qui se dégage de ces constatations, c'est que la notion constitutionnelle de la liberté de la presse n'est pas en harmonie avec les exigences actuelles de la vie publique.

---

[97]) ATF 61 I n° 39.

[98]) ATF 60 I n° 16.

f) L'arrêté du 26 mars 1934 et les réactions qu'il détermine.

Craignant les complications internationales que les attaques extrêmement violentes de la presse de gauche et spécialement de la presse communiste contre les gouvernements allemand et autrichien pouvaient provoquer, le Conseil fédéral a pris, en date du 26 mars 1934, un arrêté, basé sur l'art. 102, ch. 8 et 9 de la Constitution, statuant que les journaux et périodiques qui, en outrepassant d'une manière particulièrement grave les limites de la critique, menacent de troubler les bonnes relations de la Suisse avec d'autres Etats recevraient un avertissement; si cet avertissement devait rester inopérant, la publication de ces organes serait interdite pour une période déterminée. L'arrêté prévoit en outre le séquestre et la confiscation de certaines publications, mesures de caractère exclusivement administratif.

L'art. 102 de la Constitution qui énonce les attributions du Conseil fédéral, le charge des relations extérieures, de la sauvegarde de la sûreté extérieure de la Suisse, du maintien de son indépendance et de sa neutralité. Mais il prévoit expressément que le Conseil fédéral doit exercer ces compétences dans les limites de la Constitution. Or, les mesures préventives prévues par l'arrêté en question constituent une dérogation certaine au principe constitutionnel de l'art. 55. Elles ne peuvent se justifier qu'en considération du droit de nécessité.

La publication de cet arrêté détermina l'Association de la presse suisse à intervenir auprès du Conseil fédéral en vue d'obtenir, dans l'application des mesures prévues par l'arrêté, une certaine protection des droits de la presse. Sur la suggestion de cette Association, le Conseil fédéral consentit, par arrêté complémentaire du 15 mai 1934, à instituer une Commission consultative de presse appelée à collaborer à l'exécution de l'arrêté de mars 1934.

D'autre part le parti socialiste, par décision du 27 janvier 1935, lança une initiative populaire tendant à une

revision de l'article 55 de la Constitution, en vue d'interdire toute mesure préventive dirigée contre la publication d'imprimés suisses et de soumettre à la juridiction du Tribunal fédéral les mesures et arrêtés portant atteinte à la liberté de la presse et pris par le Conseil fédéral ou d'autres autorités fédérales ainsi que par l'Assemblée fédérale avec clause excluant le referendum.

Enfin, par mémoire du 10 avril 1935, l'Association de la presse suisse s'est adressée au Département fédéral de Justice et Police et lui a demandé l'élaboration d'un nouvel art. 55 de la Constitution statuant le principe de la liberté de la presse, le droit pour la Confédération de légiférer en matière de presse, le principe selon lequel tout abus de la liberté de la presse doit être soumis au juge. La législation fédérale sur la presse devrait préciser le rapport entre la liberté de presse et la sauvegarde des relations extérieures et de la situation internationale du pays; elle devrait préciser aussi le rapport entre la liberté de la presse et le maintien de l'ordre public ainsi que la protection de la discipline militaire; elle devrait unifier la notion de responsabilité pénale de la presse; enfin elle devrait donner à la profession de journaliste un statut juridique correspondant à la responsabilité que cette profession assume à l'égard de la collectivité[99]). Mais l'idée d'une législation fédérale sur la presse se heurte en Suisse romande à une forte opposition dictée par des motifs fédéralistes.

§ 18. **Les libertés religieuses.**

A. Historique.

Tandis que la Constitution helvétique proclamait la liberté de conscience, en des termes qui, de fait, n'attribuaient pas une entière liberté à l'Eglise catholique[100]),

[99]) Cf. La Presse suisse, Année 1934 n° 2 p. 17 ss.; Année 1935 n° 2 p. 17 ss.; Année 1935 n° 3 p. 33 ss.

[100]) Burckhardt, Kommentar, p. 437; Fleiner, op. cit. p. 328.

l'Acte de Médiation et le Pacte fédéral de 1815 laissaient en principe les cantons souverains dans la réglementation des affaires religieuses.

Sous la Restauration, les cantons entièrement catholiques ou protestants observèrent le principe, traditionnellement respecté sous l'ancien régime, de l'unité de la foi. Dans les cantons où une minorité religieuse résidait dans une région déterminée, cette minorité bénéficiait de la tolérance religieuse, qui était souvent basée sur des traités. Les cantons mixtes admettaient la parité, c'est-à-dire l'égalité de droit des deux confessions chrétiennes. La tolérance de fait de la minorité religieuse était de règle dans les grandes villes. Le principe de la liberté de croyance n'était reconnu nulle part, sauf à Neuchâtel et encore avec cette restriction que la liberté de croyance n'était acquise qu'en faveur des deux confessions chrétiennes.

Lorsque la Régénération réclama la liberté de croyance, elle le fit aussi en faveur des deux confessions chrétiennes.

C'est encore en ce sens que fut proclamée la liberté religieuse dans la Constitution de 1848.

Le projet de revision constitutionnelle de 1865/66 énonça le principe de la liberté de conscience et de culte. Il échoua. C'est la Constitution de 1874 qui fit prévaloir la liberté de conscience sans faire de distinction entre les professions de foi.

B. Notion.

Les libertés publiques sont normalement affirmées à l'égard de l'Etat. Elles fixent une limite aux empiètements de l'autorité publique dans la sphère d'activité des citoyens. Les libertés religieuses proclamées par la Constitution fédérale sont aussi définies à l'encontre du pouvoir étatique. Mais l'article 50 apporte une dérogation au principe: il entend garantir „les droits des citoyens et de l'Etat" „contre les empiètements des autorités ecclésiastiques".

La Constitution garantit: la liberté de conscience, en vertu de quoi l'Etat n'a pas le droit d'imposer à un citoyen une profession de foi ni l'accomplissement d'un acte quelconque que celui-ci jugerait contraire à ses principes religieux ou moraux;

la liberté de croyance, c'est-à-dire le droit de n'être pas contrarié par l'Etat dans l'affirmation et la diffusion d'une croyance religieuse;

la liberté de culte, soit le droit pour tout citoyen de professer publiquement et en commun les actes de sa religion; mais comme le culte comporte l'exercice d'actes de caractère collectif, la liberté de culte est aussi la liberté pour une communauté religieuse d'accomplir publiquement les actes du service divin, spécialement les cérémonies religieuses, dans les formes établies par elle sans qu'elle ait à solliciter une autorisation de l'Etat ni à subir un contrôle de sa part.

La liberté de conscience, de croyance, de culte n'est pas une doctrine dogmatique, mais un principe juridique, une position pratiquement nécessaire dans un pays divisé au point de vue religieux[101]).

C. Les limitations des libertés religieuses.

a) Les Constitutions de 1848 et de 1874 ont apporté plusieurs restrictions à la liberté d'une des confessions chrétiennes. De leur nature, ces mesures constituent des limitations non de la liberté de conscience ou de croyance, mais de l'autonomie de l'Eglise dans le domaine de son organisation. Cependant elles ont une incidence évidente et voulue sur la liberté de croyance. Elles ont été imposées à la minorité religieuse dans la vue de garantir la paix confessionnelle[102]).

---

[101]) Lampert, Staat und Kirche, p. 165.

[102]) Ce n'est pas le lieu d'examiner si le but proposé a été atteint par ces mesures. Remarquons seulement que la réponse à cette question est controversée. Beaucoup pensent que la paix confessionnelle a été obtenue essentiellement en raison

b) On a souvent considéré la liberté de conscience comme illimitée[103]). L'Etat, a-t-on soutenu, n'a pas qualité pour dicter au citoyen la manière dont il doit concevoir ses rapports avec Dieu; et d'ailleurs il ne dispose pas de moyens efficaces pour exercer une contrainte portant sur le fond de la conscience. Le principe est certainement juste.

Pourtant la Constitution elle-même apporte des restrictions à la liberté de conscience.

1. Elle confère au détenteur de l'autorité paternelle le droit de disposer de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans révolus[104]). Il convient de remarquer que le droit des parents à l'éducation de leurs enfants se double du devoir de leur assurer une formation convenable. Cette obligation résulte clairement des dispositions des art. 273 et suivants du Code civil, spécialement de l'art. 275, al. 2. Mais il n'existe aucune obligation civile prescrivant aux parents de donner à leurs enfants une éducation religieuse. Cependant le droit reconnu aux parents en matière d'éducation religieuse, comme d'une manière générale en matière de formation intellectuelle, professionnelle et morale, doit être considéré comme une fonction qui leur est conférée dans l'intérêt de l'enfant. Aussi le détenteur de l'autorité paternelle ne saurait-il disposer d'une manière arbitraire de l'éducation religieuse de l'enfant. La personnalité de l'enfant, but de l'éducation, s'oppose en particulier à ce que le détenteur de l'autorité paternelle contraigne un enfant, qui a reçu une formation religieuse avancée quoique n'ayant pas encore atteint la majorité religieuse légale, à changer de religion, si cette mesure n'est pas dictée par

---

de l'évolution des moeurs et de la prudence des gouvernants. Les restrictions apportées à l'autonomie d'une des confessions apparaissent comme une conséquence des divisions religieuses et comme un effet de la divergence des conceptions canoniques relatives à la nature et à l'organisation de l'Eglise.

[103]) Voir p. ex. Rossi, Dr. const., t. II p. 371/72.

[104]) Const. féd. art. 49 al. 3.

des raisons sérieuses. Ce principe se dégage nettement d'un arrêt non publié du Tribunal fédéral[105]).

2. La Constitution dispose en outre que nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique[106]). Une question toujours actuelle est celle de l'objection de conscience. Elle n'est pas susceptible de solution juridique puisqu'elle oppose l'ordre moral au droit positif, droit que les organes étatiques sont obligés de faire respecter.

c) Quand bien même la Constitution n'apporte pas de limitations formelles à la liberté de croyance, ce droit ne peut s'exercer sans restrictions. La pratique a précisé que la liberté de croyance n'existe que dans les limites tracées par l'ordre public et les bonnes moeurs[107]). Mais tandis que d'après une jurisprudence ancienne[108]), il fallait, pour que l'expression des convictions religieuses, heurtât la moralité, qu'elle portât atteinte aux bases morales de l'Etat sanctionnées par la protection pénale et, en ce sens, représentât une action punissable, il n'est plus nécessaire aujourd'hui que la propagande soit punissable pour qu'elle soit privée de la garantie constitutionnelle, il suffit qu'elle soit illicite. „La jurisprudence du Tribunal fédéral a précisé que la critique est permise dans la limite où sa forme et son contenu, ainsi que les circonstances qui l'entourent, notamment le milieu où elle s'exerce et les personnes auxquelles elle s'adresse, la font apparaître comme une argumentation objective et sérieuse, défendant des convictions religieuses personnelles, et non pas lorsque la critique dépasse ce but légitime et vise à blesser la conviction d'autrui, laquelle a droit à une égale considération. La critique, en d'autres termes, ne doit pas dégénérer en une atteinte illicite portée aux sentiments religieux d'autrui.

---

[105]) Arrêt du 19 avril 1923, cité dans Lampert, op. cit. p. 272 ss.

[106]) Constitution féd. art. 49 al. 5.

[107]) Voir entr'autres ATF 56 I p. 439; 57 I p. 116.

[108]) ATF 34 I p. 260/61.

Cependant, observe le Tribunal fédéral, on ne peut traiter d'illicite toute manifestation d'opinion ressentie comme une offense faite à son sentiment religieux par celui qui professe une opinion différente, mais seulement l'attaque sortant du cadre d'une discussion objective, compatible avec le respect dû aux convictions et à la personne d'autrui."[109])

d) En principe la liberté des cultes est astreinte aux mêmes limitations que la liberté de croyance; de même que l'individu ne doit pas, en affirmant et en propageant sa croyance lui donner une forme d'expression illicite, ainsi les communautés religieuses doivent s'abstenir, dans l'accomplissement des actes de culte, de toute atteinte à l'ordre public et aux bonnes moeurs. La conception de l'ordre public a subi dans ce domaine une évolution sensible, correspondant à l'évolution des moeurs dans le sens de la tolérance et du respect réciproques à l'égard des membres des différentes communautés religieuses.

Une cérémonie religieuse ne peut plus être considérée comme une provocation. Il n'y a provocation que lorsqu'on pose des actes dictés par une intention non équivoque de blesser les sentiments et les convictions d'autrui[110]).

La liberté des cultes étant garantie, les communautés religieuses remplissent une fonction nécessaire, qui mérite protection. Une atteinte à la liberté du culte touche directement la communauté religieuse, indirectement les fidèles. Elle légitime au recours de droit public non seulement les fidèles, mais aussi la communauté comme telle, représentée par ses organes[111]).

---

[109]) ATF 57 I p. 116/17.

[110]) Arrêt du T. F. du 3 mars 1923 dans l'affaire de la commune de Wald (Canton de Zurich), Praxis XII n° 77, cité par Lampert, op. cit. p. 231 ss.

[111]) ATF 36 I p. 374.

§ 19. **La liberté d'association.**

A. Historique.

La Révolution française avait sanctionné les idées de Rousseau en matière sociale comme en matière politique. Elle avait supprimé tout intermédiaire organique entre l'individu et la communauté publique. La loi Le Chapelier de 1791 avait interdit tant aux employeurs qu'aux employés de s'associer et même de se réunir pour discuter „de leurs prétendus intérêts communs". Ces idées exercèrent une influence considérable en Suisse soit sous le régime de l'Helvétique, soit sous celui de l'Acte de Médiation. Sous la Restauration, le droit d'association n'est généralement reconnu que moyennant l'autorisation gouvernementale. Et cette autorisation n'est guère accordée qu'aux sociétés artistiques et patriotiques, non aux groupements professionnels et politiques. La tendance vers la reconnaissance de la liberté d'association qui se dessina sous la Régénération aboutit à la proclamation du principe dans un nombre restreint de Constitutions revisées. Mais elle inclina la plupart des gouvernements à une tolérance de fait dont jouirent particulièrement les associations professionnelles et politiques. La liberté d'association fut pratiquement reconnue, dans les limites de l'ordre public et des bonnes moeurs. La Constitution fédérale de 1848 affirmé le droit d'association dans les termes qui seront repris par la Constitution de 1874, art. 56.

B. Notion.

La liberté d'association est le droit pour les particuliers, affirmé à l'encontre de l'Etat, de s'unir, sous une forme d'organisation durable, pour chercher à réaliser un but commun[112]). La notion d'association se distingue de celle de réunion, celle-ci se caractérisant comme une organisation passagère[113]). Le concept d'association dans le sens de

[112]) Cf. Burckhardt, Kommentar, p. 522.

[113]) Cf. Fleiner, op. cit. p. 368; Burckhardt, Kommentar, p. 526.

l'art. 56 de la Constitution ne correspond d'ailleurs pas à la notion d'association du code civil; il est plus large qu'elle, puisqu'il peut comprendre des formes variées d'organisation, spécialement celle de la société.

La question est controversée de savoir si le droit d'association comprend nécessairement celui de réunion et si, par suite, la liberté de réunion est protégée en droit fédéral malgré le silence de la Constitution. Plusieurs auteurs, notamment Bonhôte[114]), Fleiner[115]), partant de l'idée que l'association est simplement la forme durable de la réunion, professent l'opinion que la liberté de réunion est incluse dans le droit d'association. Par contre le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte[116]). Burckhardt estime de son côté que le droit de réunion est autre chose que le droit d'association[117]). Et lorsqu'on songe à la nature de certaines réunions dont l'interdiction par l'autorité cantonale a donné lieu au recours de droit public au Tribunal fédéral, telles que les cortèges noctures et les réunions noctures en plein air, les concentrations du genre de la Marche des chômeurs sur Berne[118]), on en vient nécessairement à considérer que la réunion, l'assemblée, peut être quelque chose de fort différent de l'association. Est-ce à dire que la liberté de réunion n'est pas protégée par le droit fédéral? Nous ne saurions tirer des considérations émises une telle conclusion. La liberté de réunion, qui est proclamée par un grand nombre de constitutions cantonales, doit être considérée aussi sur le plan fédéral comme une exigence naturelle de la liberté individuelle, comme aussi une condition de l'exercice normal des libertés politiques. Si elle n'est pas énoncée dans la Constitution fédérale, elle appartient au droit constitutionnel coutumier. Il nous paraît certain que le Tribunal fédéral n'hésiterait

---

114) La Liberté d'association, thèse Neuchâtel, 1920, p. 122/23.
115) Op. cit. p. 368.
116) ATF 53 I p. 354; 58 I n° 14; 60 I n° 30.
117) K. p. 526 Note 1.
118) ATF 61 I n° 14; 61 I n° 3.

pas à casser une décision cantonale qui violerait ouvertement cette liberté.

C. Les limitations de la liberté d'association.

En reconnaissant aux citoyens le droit de former des associations, la Constitution fait cette réserve qu'il ne doit y avoir dans le but de ces associations ou dans les moyens qu'elles emploient, rien d'illicite ou de dangereux pour l'Etat; elle prévoit que les lois cantonales statueront les mesures nécessaires à la répression des abus.

a) Les cantons n'ont pas fait usage des compétences qui leur ont été accordées par l'art. 56 de la Constitution. Par contre le législateur fédéral a réglementé la liberté d'association, spécialement par les dispositions du Code civil relatives aux personnes morales.

L'illicéité ou l'immoralité du but d'une association n'entraîne pas par elle-même sa dissolution. Mais l'association qui poursuit un tel but ne peut plus invoquer la garantie constitutionnelle. L'autorité cantonale devra se conformer, pour obtenir la dissolution de l'association, à la disposition de l'article 78 CC.

Des limitations de l'exercice de la liberté d'association peuvent être fondées sur le rapport de subordination spéciale du citoyen à l'égard de la puissance publique[119]). Ainsi la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927, dispose-t-elle qu'il est interdit au fonctionnaire de faire partie d'une association qui prévoit ou utilise la grève des fonctionnaires ou qui, autrement, poursuit des buts ou emploie des moyens illicites ou dangereux pour l'Etat[120]). Ainsi encore, le Conseil fédéral a-t-il pris un arrêté[121]) excluant les communistes de l'administration fédérale.

Soucieux de sauvegarder la sûreté extérieure et intérieure du pays, le Conseil fédéral, se basant sur l'art. 102

---

[119]) Bonhôte, op. cit. p. 277.

[120]) Art. 13 al. 2.

[121]) Du 2 décembre 1932, R. O. 48 p. 800.

ch. 9 et 10 de la Constitution, avait édicté, en vertu des pleins pouvoirs, une ordonnance sur la répression des menées contre l'ordre militaire, qui prohibait les associations et organisations (conseils de soldats et créations analogues) dont le but ou l'activité tendaient à ruiner la discipline militaire et menaçait d'une peine celui qui entrait dans une telle association ou organisation, prenait part à leurs délibérations, accueillait ou suivait leurs instructions. Cette ordonnance fut rapportée par arrêté du Conseil fédéral du 24 mai 1923.

La même préoccupation amena le Conseil fédéral à établir l'arrêté du 12 mai 1933 qui interdit aux membres de groupements politiques de Suisse et de l'étranger de porter, sur territoire suisse des uniformes, des parties d'uniforme, des brassards ou des insignes frappants qui indiquent que le porteur est affilié à une organisation politique.

b) Si la réglementation légale de la liberté d'association attribue au juge la dissolution de l'association dont le but est illégal ou immoral, l'autorité de police conserve la compétence d'intervenir pour empêcher que l'activité de l'association ne porte atteinte à l'ordre public et le juge pénal est chargé de réprimer les actes délictueux commis par les organes de l'association[122]).

En vertu de la conception juridique qui régnait jusqu'à ces dernières années, des mesures préventives ne pouvaient en aucun cas être adoptées par les autorités cantonales. „La législation cantonale", prévoyait le Conseil fédéral[123]), „doit se borner à réprimer les abus du droit d'association; elle ne peut statuer des mesures préventives sous aucun titre, et les mesures nécessaires pour la répression des abus ne doivent pas dépasser leur but." Si bien que Bonhôte n'hésitait pas à écrire: „Les idées les plus subversives sont donc susceptibles d'être répandues tant

[122]) Burckhardt, Kommentar, p. 527/28.

[123]) F. F. 1853, t. III p. 145, cité par A. Babel, La liberté syndicale, Genève 1927, t. II, Suisse, p. 379.

que la provocation à la pratique de ces idées n'aura pas été articulée."[124])

C'était là une politique de suicide. La jurisprudence du Tribunal fédéral admet aujourd'hui le droit pour l'autorité de police de prendre des mesures préventives. „La police", dit un arrêt récent[125]), „n'est pas obligée d'attendre qu'une association réalise le but illicite qu'elle s'est proposé, mais peut déjà intervenir contre la formation d'associations avec un pareil but."

Un autre arrêt approuve la dissolution de troupes de protection d'un parti politique conçues sur le modèle militaire, quand bien même elles n'ont fait usage d'aucun moyen illicite[126]). Enfin, il résulte de l'arrêt déjà cité concernant l'affaire du Cours marxiste de Lausanne[127]), que la provocation, dans une réunion, à une attitude en contradiction avec les obligations militaires est illicite, même si elle n'est pas punissable; elle fonde l'intervention de l'autorité de police. „L'ordre public institué dans le pays", dit le même arrêt[128]), „exige pour son maintien non seulement qu'on empêche par l'intervention de la police les actes qui troublent la paix et la sécurité publiques, mais également qu'on prévienne la commission d'actes illicites ou délictueux." Aussi bien, d'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il n'est nullement nécessaire que l'autorité de police soit autorisée spécialement par une loi à prendre les mesures propres à assurer l'ordre public; c'est là un devoir élémentaire de l'Etat[129]).

c) La liberté d'association comporte le droit de s'unir pour tendre par l'effort collectif à la réalisation d'un but commun; elle comporte aussi le droit pour les citoyens

---

[124]) Op. cit. p. 221.
[125]) ATF 60 I n° 30.
[126]) ATF 60 I n° 53.
[127]) ATF 61 I n° 39.
[128]) Ibid. p. 269.
[129]) ATF 61 I n° 3, et les arrêts cités.

de ne pas faire partie d'une association, droit qu'on a appelé, dans les milieux ouvriers, la liberté syndicale.

Le Tribunal fédéral ayant été saisi d'un recours de la Commune de la Chaux-de-Fonds contre le Conseil neuchâtelois qui avait refusé de donner sa sanction à un règlement communal obligeant les employés de la commune à adhérer à un syndicat, constata que le syndicat n'a pas pour but de collaborer avec les autorités, mais de défendre les intérêts des ouvriers; que ces intérêts peuvent être contraires à ceux de la commune; qu'en outre le syndicat en question peut être affilié à des fédérations dont les doctrines pourraient être en désaccord avec celles de certains ouvriers; en conséquence le Tribunal fédéral débouta la commune, statuant que l'affiliation forcée à un syndicat était illicite[130]).

Si la jurisprudence du Tribunal fédéral a été d'emblée favorable à la liberté syndicale en ce sens que l'employeur n'y pouvait porter atteinte, elle devait lui être bien moins favorable lorsque la pression exercée sur l'employé allait émaner des organisations syndicales elles-mêmes.

A. Babel a retracé[131]) l'intéressante évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui va de la méconnaissance de l'intérêt individuel en conflit avec l'intérêt collectif représenté par le syndicat jusqu'à l'affirmation de la supériorité des intérêts moraux de l'employé sur l'intérêt économique du groupe.

Tout d'abord le Tribunal fédéral a considéré comme licite la pression du syndicat tendant à forcer l'employé à adhérer au syndicat, même lorsque cette pression allait jusqu'au boycott. „La vie économique actuelle, disait-il, est basée sur le principe de la liberté; la liberté peut conduire au monopole de fait. Le but idéal du syndicat, pour diminuer la concurrence, est de gagner les employeurs à sa cause et d'obtenir que les patrons s'engagent à ne prendre à leur service que des ouvriers syndiqués. Il n'y a rien là

[130]) ATF 40 I p. 272 ss.

[131]) Op. cit. p. 371 ss.

de répréhensible . . .“[132]) Quelques années plus tard, une première concession était faite à la rigueur de cette théorie: une entente par laquelle plusieurs patrons s'engagent, par esprit de solidarité, à ne pas donner de travail à tel ouvrier déterminé, si elle est déclarée „licite en principe, peut cependant devenir illicite en raison du but qu'elle poursuit et des effets qu'elle déploie, c'est-à-dire lorsqu'elle tend à priver totalement les ouvriers de leur gagne-pain et à compromettre leur existence. Cette jurisprudence tient compte à la fois des nécessités des luttes économiques et de la protection nécessaire de la personnalité humaine.“[133])

Après la guerre mondiale, le groupement des ouvriers en différentes organisations syndicales reposant sur des bases philosophiques et politiques nettement définies devait conduire à une concurrence syndicale dont les excès seront portés à la connaissance des Tribunaux. Il s'agira de savoir si une organisation syndicale peut se servir du boycott comme d'un moyen licite pour forcer un employé à adhérer à un syndicat dont il ne partage pas les tendances, et cela sous peine de perdre sa situation.

Dans les arrêts Joder contre la section biennoise de la Fédération des ouvriers métallurgistes et horlogers (FOMH)[134]) et Joly c. la FOMH[135]), le Tribunal fédéral a répondu à cette question en disant: „En soi, l'acte qui consiste à déposséder quelqu'un de sa situation n'est pas illicite, car la loi ne garantit pas à l'individu le droit d'utiliser en toute liberté sa force de travail. L'acte peut toutefois devenir illicite et engendrer l'obligation de réparer. Ce sera le cas lorsque l'acte va à l'encontre des bonnes moeurs, soit que le but poursuivi ou les moyens employés fussent contraires aux usages que l'homme juste et équitable observe dans la lutte sur le terrain économique, soit que la mise en oeuvre des moyens cause au lésé un

[132]) ATF 30 II p. 271 ss.
[133]) ATF 37 II p. 380 ss.
[134]) ATF 51 II p. 525 ss.
[135]) ATF 54 II p. 142 ss.

dommage hors de proportion avec l'utilité qu'elle présente pour l'auteur de l'acte." Quant au but poursuivi, „il serait contraire aux bonnes moeurs que la défenderesse voulût contraindre le demandeur par la menace de la perte de son emploi à adhérer à la Fédération alors qu'il a d'autres tendances politiques. Du point de vue des bonnes moeurs, la propagation d'idées politiques ne doit s'opérer que par la persuasion, par la libre discussion et en éclairant le peuple." Quant aux moyens, „même si l'on considérait que la contrainte exercée n'a pas été illicite, on devrait la considérer comme contraire aux moeurs, parce que l'atteinte portée aux intérêts individuels du demandeur était disproportionnée par rapport à l'avantage recherché par la défenderesse . . . Est contraire aux bonnes moeurs et, partant illicite, le fait de vouloir sacrifier sans scrupule à son propre intérêt, proportionnellement moins important, les intérêts d'autrui plus précieux et plus vitaux."

Ainsi l'association est une institution correspondant à la nature sociable de l'homme et sans laquelle il ne lui est pas possible de développer pleinement sa personnalité. L'Etat doit la reconnaître et la protéger, précisément en fonction du service qu'elle rend à la personne humaine et à la collectivité. Mais le rôle de l'association trace les limites de son action. Cette action ne peut être approuvée et protégée que lorsqu'elle sert, non lorsqu'elle nuit. Il arrive qu'il y ait conflit entre les intérêts poursuivis par l'association et d'autres intérêts. Ce conflit ne peut se résoudre qu'en fonction d'un idéal de moralité, imposant une hiérarchie des valeurs, à défaut de quoi on ne saurait concevoir, même sur le plan du droit, le concept de personnalité. L'évolution de la jurisprudence dans le domaine de la liberté syndicale a mis en pleine lumière les caractères hiérarchisés de cette notion de la personnalité sans laquelle le principe de la liberté d'association et les limitations que le texte constitutionnel apporte à cette liberté ne peuvent recevoir d'interprétation rationnelle ni véritablement humaine. C'est là son inoubliable mérite.

D. Association et Etat.

Au début du XIXe siècle l'Etat considérait l'association comme une institution dangereuse. Il lui était le plus souvent hostile. L'évolution des faits politiques et sociaux l'amena à en reconnaître la légitimité. La liberté d'association fut proclamée dans la Constitution. Elle signifia l'absence de toute contrainte et de toute immixtion de la part de l'Etat. Le droit d'association fut donc affirmé contre l'Etat.

Une profonde transformation s'opère aujourd'hui dans les rapports des associations, spécialement des associations professionnelles, et de l'Etat. De plus en plus ces associations participent aux activités étatiques. Elles sont consultées à l'occasion de l'élaboration des lois. Qu'on songe au „parlement" du blé; au „parlement" économique réuni lors de la préparation de la loi sur l'assurance-vieillesse, invalidité et survivants; aux consultations qui ont précédé la rédaction de la loi sur le statut des fonctionnaires; dans ces circonstances et normalement lors de l'élaboration d'un texte législatif ou même d'un arrêté touchant à des intérêts particulièrement représentés par des associations professionnelles, celles-ci sont appelées à exprimer leurs opinions et leurs voeux. En outre de nombreuses associations participent à l'exécution des lois. Qu'on pense à la conclusion des contrats collectifs de travail, à l'exécution des lois fédérales sur la formation professionnelle, sur les fabriques, sur l'assurance maladie et accidents, sur l'assurance-chômage, etc. De plus, de nombreuses organisations professionnelles s'efforcent de réglementer, dans le cadre de la législation actuelle, les conditions du travail, de la production, de la distribution même des marchandises; et elles tendent souvent, pour rendre plus effectif leur effort de rationalisation du marché du travail et de la vie économique, à obtenir que l'Etat rende obligatoire pour des branches entières de l'économie nationale les ententes professionnelles ou les décisions des corps de métiers:

ainsi la Confédération a-t-elle déjà fait pour l'industrie laitière et pour l'industrie horlogère. Donc l'association assume de plus en plus une fonction d'intérêt public; elle subit une évolution décisive qui exerce déjà une profonde influence sur le principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie.

§ 20. **La liberté de mariage.**

Le droit au mariage, tel qu'il est énoncé à l'art. 54 de la Constitution, ne présente guère qu'un intérêt historique. La réglementation uniforme qui a été donnée à ce droit par le code civil suisse et par l'Ordonnance sur les registres de l'état-civil du 25 février 1910, accorde aux citoyens une sécurité juridique singulièrement plus grande que celle résultant des principes de la Constitution. En fait l'art. 54 de la Constitution n'est plus autre chose qu'une tête de chapitre du Code civil.

§ 21. **La liberté d'établissement.**

La liberté d'établissement est un droit dont la réglementation si particulière en Suisse s'explique en raison du régime fédéraliste du pays.

Sous l'ancien régime l'établissement était normalement lié au droit de cité. L'Acte de Médiation proclama la liberté d'établissement et de commerce dans toute la Suisse. La Restauration fit retour aux limitations de l'ancien régime; mais le droit cantonal accorda généralement le libre établissement aux ressortissants du canton.

Ces restrictions, qui étaient en harmonie avec le régime traditionnel de la production manufacturière, avec l'esprit corporatif opposé naturellement à une liberté d'établissement qui aurait apporté un trouble sensible dans le marché du travail, ne correspondaient plus à la situation économique créée par le développement du machinisme. Tandis que les fabricants avaient besoin d'une main d'oeuvre accrue et si bon marché que possible, les populations campagnardes s'efforçaient de trouver du travail

dans les centres industriels. Il devint ainsi nécessaire de faciliter l'établissement. Un concordat de 1819 prépara les voies. Le projet d'Acte fédéral de 1832 proclama la liberté d'établissement. Le rapport Rossi qui l'accompagnait contenait des pages pathétiques en faveur de cette liberté que l'essor de l'industrie faisait apparaître comme primordiale. La Constitution de 1848 allait introduire définitivement le principe.

La liberté d'établissement, dont le fondement naturel est incontestable, est cependant, en droit constitutionnel suisse affectée de multiples limitations. Le droit d'établissement est subordonné à des conditions formelle et fiscale (production d'un acte d'origine, paiement d'un émolument); il est soumis à des restrictions pour les condamnés et pour les personnes à la charge de l'assistance publique; il est limité par des obligations qui sont la contre-partie de ce droit: ainsi le citoyen établi peut être astreint à l'obligation de voter, d'accepter certaines fonctions publiques, de payer certains impôts, par exemple l'impôt d'assistance[136]).

La liberté d'établissement a été introduite en Suisse en fonction de l'évolution de l'activité industrielle. La perte de tant de débouchés de notre industrie, le resserrement de la vie économique qui en est la conséquence, entraînent la nécessité de rajuster à des conditions nouvelles la répartition sur le sol national des masses ouvrières. Des conflits intercantonaux sont latents. Il n'est pas exclu que la solution de ces conflits soit liée à une réglementation nouvelle de la liberté d'établissement.

Conclusions.

1. Les droits individuels, soit les droits fondamentaux de l'homme, ont été conçus, dans la doctrine révolutionnaire et individualiste, comme des facultés inhérentes à l'être humain, antérieures et supérieures à l'Etat, dé-

[136]) Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 126/27.

ployant des effets juridiques indépendamment de leur reconnaissance par le droit positif. La seule limitation que ces droits pouvaient recevoir devait être définie par la loi qui devait alors avoir pour but exclusif d'assurer la coexistence des sphères de liberté individuelle.

Mais les limitations apportées par la loi ont eu de plus en plus pour objet de favoriser la coopération sociale. La loi a assujetti les bénéficiaires des droits individuels à des obligations multiples, exprimant la variété des formes de la collaboration sociale dirigée vers le bien commun.

Les Constitutions d'après-guerre ont affirmé en même temps que les libertés publiques des citoyens, leurs devoirs sociaux et leurs prétentions sociales à l'égard de l'Etat.

La tendance de l'Etat totalitaire est de substituer à l'affirmation des droits individuels celle des devoirs sociaux des citoyens.

2. L'affirmation dans la Constitution fédérale, la garantie, la réglementation légale et l'interprétation j'udiciaire des droits fondamentaux de l'homme ne peuvent s'expliquer qu'en fonction du concept moral de la personnalité humaine. C'est au service de l'homme que sont ordonnées toutes les institutions étatiques; les limitations des libertés sont commandées par la nature de l'homme, être social, qui ne peut réaliser que socialement sa fin personnelle.

3. Il n'y a pas eu en Suisse d'évolution des droits fondamentaux considérés dans leur essence. L'évolution que révèlent les textes constitutionnels, la législation et la jurisprudence, marque les variations du régime social, spécialement la complexité croissante de la vie culturelle et économique, et exprime les exigences que la coopération sociale a dû poser pour correspondre à ces variations.

4. La garantie des droits individuels proclamés par la Constitution fédérale est d'autant plus précieuse pour les citoyens que ces droits sont réglementés. Le pouvoir législatif fédéral apprécie discrétionnairement les exigences du

bien public auxquelles est subordonné l'exercice des droits constitutionnels. Il ne semble pas que ces droits seraient mieux garantis si le Tribunal fédéral pouvait contrôler la constitutionnalité de la réglementation qui en est faite par le pouvoir législatif, le Tribunal fédéral ayant constamment affirmé, en contrôlant les mesures de ce genre prises par les cantons, qu'il ne devait pas s'écarter sans nécessité de l'interprétation donnée à un texte constitutionnel par l'autorité chargée de l'appliquer, qu'il ne s'en écarterait que s'il était évident que la disposition attaquée était inadmissible.

Dès le moment où un droit constitutionnel est réglementé par la loi, il perd la plus grande partie de son intérêt pratique.

5. Une évolution caractéristique s'est dessinée dans l'ajustement à la réalité psychologique et sociale des notions constitutionnelles relatives à la liberté d'exprimer ses opinions. Cette évolution est fonction de la reconnaissance pratique de cette idée que l'ordre public est avant tout un ordre moral et qu'un désordre moral existe dès le moment où s'opère la propagation de doctrines immorales ou antisociales. Le pouvoir d'intervention de l'Etat à l'encontre de la provocation d'un tel désordre dépend d'ailleurs de la condition intellectuelle et morale des sujets, des circonstances de lieu et de temps.

6. Les droits individuels sont des situations juridiques consistant en un pouvoir d'agir défini par le droit objectif, et dotées de droits subjectifs permettant à leur titulaire d'exiger de l'Etat une action ou une abstention.

Dès qu'on admet que le droit objectif reconnaît, en faveur des sujets, des intérêts et qu'il accorde à ces sujets le pouvoir d'en exiger le respect, le cas échéant par voie de droit, on est en présence de la notion de droits subjectifs, quelque soit d'ailleurs le nom qu'on donne à ce pouvoir.