

# Droit des libertés fondamentales

3<sup>e</sup> édition

2005

**Louis Favoren**  
*Coordonnateur*

**Patrick Gaïa**  
**Richard Chevontian**

Professeurs à l'Université d'Aix-Marseille III

**Ferdinand Mélin-Soucramanien**

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

**Otto Persmann**

Professeur à l'Université de Paris I

**Joseph Pini**

Professeur à l'Université d'Avignon et des pays du Vaucluse

**André Roux**

Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence

**Guy Scoffoni**

**Jérôme Tremeanu**

Professeurs à l'Université d'Aix-Marseille III



COTE	C 01-2933
REG.	093084
N° EX.	

**DALLOZ**

COORDONNEUR

## CHAPITRE 2

# LES DESTINATAIRES DES DROITS FONDAMENTAUX

107 **Plan** ◇ Une norme de DF est une donnée juridique complexe visant plusieurs ensembles de destinataires : elle attribue aux « *bénéficiaires* » des missions, aux « *titulaires* » une permission qualifiée, l'habilitation de saisir le juge qui pourra annuler une norme valide fautive ou empêcher qu'un acte fautif devienne une norme valide, ou enfin sanctionner l'État auquel une norme ou un acte fautif serait imputable. On appelle « *obligés* » l'ensemble des organes destinataires des obligations correspondantes à chacune de ces permissions : ne pas édicter de normes fautives, en empêcher l'entrée en vigueur ou les annuler (ou condamner l'État) lorsqu'elles ont été produites quand même, respecter les décisions d'annulation et les obligations de réparation, etc.

La construction d'une définition des DF rencontre principalement trois problèmes : il faudra déterminer l'extension des bénéficiaires de ces droits (Section 1), l'articulation entre cet ensemble de bénéficiaires et l'ensemble de ceux qui pourront demander le contrôle d'une norme violant les droits (Section 2) et enfin le rapport entre ceux que les DF obligent et ceux auxquels ils confèrent des permissions (Section 3).

## SECTION 1. LES BÉNÉFICIAIRES

### § 1. L'exigence constitutive d'universalité primaire

108 **Discriminations primaires et discriminations secondaires** ◇ L'idée pré-juridique de DF vise à l'évidence une universalité, mais elle maintient en général une hésitation : ces droits s'adresseraient à tous les hommes ou à tous les « citoyens ». Pourtant les Constitutions introduisent souvent des protections dont ne bénéficient que certains groupes d'individus et les critères d'appartenance à ces groupes peuvent être de nature très différente.

Rien n'empêche en effet qu'un système accorde une protection constitutionnelle à certains groupes de personnes ni que cette protection s'appuie sur un contrôle juridictionnel des normes qui la concrétisent et rien ne s'oppose en soi à ce que l'on qualifie également de « DF » ces phénomènes. Cependant un tel système ne ressemble que par le mécanisme de protection aux structures qui nous intéressent, car ce qui est protégé n'est pas une sphère de liberté de tous les individus, mais une situation privilégiée de certains. Il paraît par conséquent préférable de parler dans ce cas de « privilèges consti-

tionnellement protégés » et de réserver l'appellation de « DF » aux seuls cas où, en principe, une telle protection constitutionnelle concerne toute personne physique relevant de l'ordre juridique en question, c'est-à-dire où, en règle générale, de tels droits reviennent à toute personne humaine sans autre distinction. L'on parlera d'absence de « discrimination primaire » si le seul critère d'appartenance à l'ensemble des bénéficiaires consiste dans le fait d'appartenir, en tant qu'individu, au genre humain. On qualifiera de « discriminations secondaires » les différences introduites entre les éléments de cet ensemble à partir de critères qui ne tiennent pas à des discriminations primaires, c'est-à-dire qui ne sont pas fondés sur des propriétés naturelles, dont la modification est objectivement hors de portée des intéressés. Une distinction entre personnes selon la couleur de leur peau, leur lignage ou leur sexe constitue une discrimination primaire ; une distinction en raison de l'obtention d'un diplôme, d'une qualification professionnelle ou du fait d'être propriétaire de certains biens constitue une discrimination secondaire. Une distinction entre « citoyens » et « non-citoyens » est une discrimination primaire, si la qualité de « citoyen » résulte elle-même de données primaires, une distinction secondaire dans les autres cas.

Un système qui repose uniquement sur des discriminations primaires ne sera donc pas considéré comme comprenant des DF. Il n'y a DF au sens propre ici que si le principe en est l'attribution sans aucune discrimination de telles conditions et à titre exceptionnel (« discriminations positives »). C'est ce qui se produit lorsque des règles visent à compenser par des avantages de droit des ensembles de personnes désavantagées dans les faits. Il ne s'agit pas, là non plus, de se prononcer sur la justification morale de telles mesures, mais uniquement sur leur appartenance à un système de DF au sens retenu ici : en effet, si les DF sont attribués en principe à toute personne en regard pour leurs propriétés naturelles, l'attribution de droits particuliers en raison de telles propriétés, pour autant que ces propriétés ont été la cause d'un traitement effectivement discriminatoire, ne vise pas l'introduction (ou le maintien) de discriminations primaires mais leur élimination factuelle.

109 **Distinction avec le principe d'égalité** ◇ Que les DF soient en principe des droits garantis pour toute personne sans discriminations primaires n'est pas à confondre avec le principe d'égalité. Dans un cas il s'agit du concept d'une structure normative pour laquelle les bénéficiaires sont en général déterminés comme l'ensemble des individus auxquels s'appliquent les normes du système, quel que soit le contenu de ces droits (liberté d'expression, d'entreprendre, accès à l'éducation, etc.) ; dans l'autre il s'agit d'un DF particulier, concrétisé à divers titres par la plupart des ordres juridiques contemporains : celui qui garantit que le législateur ne pourra pas, dans les domaines mêmes qui relèvent de sa compétence, introduire de distinctions selon certains critères (le sexe, la race, l'origine, la religion, etc.). Un ordre juridique qui ne connaîtrait pas le principe d'égalité et admettrait par conséquent sans restrictions des discriminations législatives primaires ne connaît pas de DF attribués sans discriminations par des normes supra-législatives, mais l'existence du principe d'égalité ne dit rien sur l'existence d'autres droits constitutionnellement

garantis ni sur la détermination de leurs bénéficiaires. La problématique conceptuelle est donc également à distinguer de celle de l'identification de normes permettant l'introduction de discriminations positives dans un système donné, autrement dit de savoir si les dispositions en vigueur l'autorisent concrètement. Le problème est relativement simple lorsque la Constitution mentionne explicitement une telle possibilité, car il ne concerne alors que la détermination de la portée d'une telle habilitation (tel est par exemple le cas pour la « parité » française). Il est en revanche beaucoup plus difficile de savoir si un ensemble de formulations de normes de DF qui ne prévoit explicitement que l'interdiction de discriminations primaires (ou de certaines explicitement visées), interdit pour autant l'introduction de discriminations positives. C'est là une question de droit positif qui relève par conséquent de l'interprétation des textes pertinents.

## § 2. Les discriminations secondaires

110 **La « citoyenneté »** ◇ Tous les ordres juridiques démocratiques distinguent entre des DF dont les bénéficiaires sont (en principe) tous les individus relevant de son domaine de validité personnel et d'autres dont seuls peuvent se prévaloir des personnes ayant acquis à titre principal des droits de civique, la « citoyenneté ». Celle-ci implique à titre principal des droits de participation à la production des normes les plus importantes du système (on parle de « droits politiques » ou « civiques » ou encore du « statut actif » ou enfin des « libertés des anciens »), soit directement soit par la désignation de personnes habilitées. L'émergence de ces droits est évidemment liée aux révolutions bourgeoises et à la revendication de l'extension, à tous les individus ayant un statut d'appartenance à l'ordre juridique, d'une égale compétence de participation. Historiquement, l'exigence explicite de l'extension des DF à l'universalité des personnes apparaît sans doute après celle de l'attribution de droits à l'universalité des citoyens à l'issue de longues hésitations, mais d'un point de vue systématique, les DF attachés à la citoyenneté constituent des droits spécifiques résultant d'une discrimination secondaire.

La question de savoir où se situe exactement, pour chaque système, la limite entre les DF dont les bénéficiaires sont tous les destinataires des normes de l'ordre juridique en question et ceux dont les bénéficiaires sont spécifiés selon des critères de différenciation secondaire est une question de droit positif. En dehors des droits politiques, la citoyenneté entraîne en général également le droit d'entrer sur le territoire et la liberté de s'y déplacer librement, alors que les « étrangers » se trouvent précisément exclus d'un tel droit, l'entrée et la résidence ne leur étant accordées que sous certaines conditions. Or, en dehors du territoire, il ne pourront pas bénéficier des DF dont tous les destinataires des normes du système sont bénéficiaires, puisqu'ils ne sont, par hypothèse, pas destinataires de ces normes.

Les « étrangers » sont par conséquent toujours bénéficiaires de DF, même s'ils se sont introduits dans le territoire national sans y être autorisés. La situation irrégulière constitue simplement une condition de limitation de certains de ces droits (par exemple de la liberté individuelle et de la liberté d'aller et venir) ; c'est-à-dire que

même s'ils n'ont pas le droit de prétendre à l'exercice de ces droits dans le territoire puisqu'ils n'ont pas le droit d'y séjourner, la seule présence factuelle et irrégulière, constituant une infraction, engendre immédiatement le bénéfice de DF, même si les organes de l'ordre juridique en question ont pour mission principale de les « éloigner », c'est-à-dire de les priver effectivement de la possibilité de se prévaloir des DF que leur seule présence leur attribue. La portée exacte de ces DF dépend évidemment des droits positifs en question.

Tout comme la citoyenneté peut constituer une spécification, la non-citoyenneté peut l'être également. Rien n'empêche d'attribuer des DF particuliers à certaines catégories d'« étrangers » uniquement. Comme les étrangers n'ont pas, en principe, le DF d'entrée et de séjour sur le territoire, certains systèmes leur attribuent justement ce droit sous certaines conditions (« droit d'asile »). Théoriquement, une telle structure peut être introduite pour tous les DF accordés aux citoyens et refusés aux étrangers, il s'agit simplement de deux variantes de DF conditionnels.

Le renforcement des phénomènes migratoires vers les pays riches a entraîné de fortes restrictions constitutionnelles du droit d'asile dans ceux de ces pays où il était d'abord accordé de manière très généreuse, comme la République fédérale d'Allemagne et la France. La portée de ces limitations est une question de droit positif, tout comme le problème de l'appréciation des mesures législatives qui les concrétisent et enfin les décisions administratives ou juridictionnelles individuelles. On ne saurait en tout cas parler d'un « droit d'asile » si les limitations constitutionnelles sont telles que le droit en question ne consiste qu'en l'autorisation de déposer une « demande d'asile » et non dans celui de l'accès au territoire après une vérification de la réalité des conditions qui ne peut elle-même être construite de telle manière qu'elle s'avère pratiquement impossible. Ou bien la Constitution ne prévoit pas un droit d'asile, même si elle l'appelle ainsi, ou bien elle le prévoit et les normes d'application excèdent les limitations constitutionnellement admissibles et alors elles sont inconstitutionnelles.

111 **Les personnes morales : une protection « aspectuelle »** ◇ Si les DF sont d'abord des droits de tout individu destinataire de normes d'un ordre juridique, il s'ensuit qu'ils n'existent que dans des systèmes où tous les individus sont juridiquement des « personnes », c'est-à-dire des entités susceptibles d'être destinataires de normes. Il n'en résulte pas, cependant, que toute personne soit bénéficiaire de DF, car le droit peut en introduire d'autres catégories : les personnes « morales ». Rien n'empêche dès lors d'attribuer des DF à de telles créations, à condition, évidemment, que cela soit conceptuellement possible au regard du genre de personne considéré : on imagine difficilement la protection de la vie familiale d'une société anonyme, mais fort bien celle de sa propriété. L'on peut appeler de telles applications, par analogie incomplète, des protections « aspectuelles » ou « par aspects ».

L'extension concrète des DF aux personnes morales est une question de droit positif : quelles catégories de personnes morales bénéficieraient dans quelle mesure de quels droits ? Les textes constitutionnels sont toutefois passablement avares de précisions et ce sont les juges constitutionnels qui ont, dans la plupart des pays, construit et parfois simplement inventé la protection constitutionnelle des personnes morales selon

des lignes directrices qui ne sont pas toujours évidentes. L'article 19, al. 3 de la Loi fondamentale allemande étend les DF aux « personnes morales nationales » pour autant que leur « essence » en permette l'application. Cette disposition constitue un renvoi explicite aux normes de droit allemand permettant d'identifier des « personnes morales nationales » ; pourtant la jurisprudence constitutionnelle a interprété cette disposition comme une protection des individus qui se trouvent derrière les personnes morales, mais elle a par ailleurs étendu partiellement ces DF aux personnes morales étrangères. En soi une telle opération n'est guère impossible si elle s'appuie sur des textes constitutionnels pertinents, or ici ces textes la délimitaient précisément en excluant expressément les personnes morales étrangères.

112 **Les personnes morales de droit public** ◇ Alors que le principe d'une protection « aspectuelle » des personnes morales n'a pas suscité d'objections majeures, celle des personnes morales « de droit public » a paru plus difficilement admissible. L'argument invoqué contre une telle construction consiste à dire que si les DF sont dirigés contre l'État, l'on ne peut pas en faire bénéficier des entités qui sont elles-mêmes imputables à l'État. Pareil raisonnement, que l'on retrouve tant dans la doctrine que dans certaines jurisprudences, repose toutefois sur plusieurs confusions. L'expression « dirigés contre l'État » n'est qu'une métaphore dans laquelle le terme « État » n'est pas utilisé d'une manière juridiquement précise et la distinction entre « droit privé » et « droit public » n'a de valeur que relative, déterminée par le droit positif en vigueur. L'argument se laisse d'ailleurs aisément tourner en sens inverse, car les DF sont eux-mêmes imputables à l'État : l'État se dirigerait ainsi contre lui-même. Plus sérieusement, « État » désigne soit un concept théorique (un ordre juridique considéré dans son ensemble) soit un concept de droit positif (tel ou tel ensemble d'organes auquel l'ordre juridique confère ce nom, par exemple une collectivité territoriale englobant la totalité du territoire). Les DF constituent des sous-ensembles de l'État entendu au sens premier puisqu'il s'agit de limitations de la production normative auxquelles répondent des permissions d'agir des bénéficiaires. L'État-collectivité n'est autre chose qu'un ensemble d'organes dont l'habilitation à la production normative est limitée par les DF. Il en résulte par définition que l'organe habilité à produire une certaine catégorie de normes en respectant les obligations imposées par les DF ne pourra pas, en tant que tel, bénéficier de la permission de ne pas respecter ces obligations. Mais il ne s'ensuit nullement qu'il ne puisse pas se prévaloir de certaines permissions d'agir auxquelles répondraient des obligations respectives de la part d'autres organes habilités par ailleurs à produire des normes dont ces premiers organes seraient les destinataires. Mais cela vaut dans n'importe quel domaine : soumettre une entité à une obligation et lui accorder en même temps une permission d'agir en contradiction avec ce devoir constitue une « inconsistance déontique », un phénomène normatif irrational.

Une personne morale de droit public ne peut être qualifiée comme telle que si une telle qualification est donnée dans un droit positif concret et si elle entraîne des conséquences juridiques différentes de celles qui résulteraient de l'appartenance aux personnes morales « de droit privé », par exemple la

soumission à une juridiction spécifique. Cela ne s'oppose pas non plus à ce que de telles personnes soient bénéficiaires de DF. En dehors du cas de l'inconsistance normative, il ne s'agit pas d'un problème théorique, mais d'une question de droit positif.

## SECTION 2. BÉNÉFICIAIRES ET TITULAIRES

113 **Définition** ◇ La distinction la plus difficile dans la construction du concept de DF est sans doute celle entre *bénéficiaires* et *titulaires*. Par « bénéficiaires » nous entendons l'ensemble des personnes auxquelles est attribuée une permission d'agir constitutive du DF en question ; tout citoyen est bénéficiaire du droit de vote et de l'éligibilité, toute personne physique est bénéficiaire de la liberté d'expression, etc. Par « titulaires » nous entendons l'ensemble des organes habilités à saisir l'instance juridictionnelle chargée du contrôle des normes de concrétisation des DF.

114 **Union ou dissociation** ◇ Ces deux fonctions sont conceptuellement distinctes et une grande variété d'articulations entre elles sont concevables, même si elles ne sont guère toutes réalisées. Il est possible de réunir les deux fonctions comme il est possible de les séparer. L'union stricte est constitutive d'un DF à titre propre, mais il peut aussi y avoir un DF de *faire saisir* qui ne donne pas accès au statut de titulaire au sens strict, mais qui fait du bénéficiaire un titulaire indirect puisqu'il peut saisir un organe qui, à son tour, pourra saisir le juge. Il est également possible de réunir les deux fonctions tout en conférant en outre à un autre ensemble d'organes la qualité de titulaire. Par ailleurs, si les fonctions peuvent être distinguées, elles peuvent être combinées de différentes manières : certains DF peuvent être doublés d'une union (directe ou indirecte), d'autres non ; et l'on peut fractionner les DF de telle manière que certains aspects d'un DF tombent sous un certain régime et d'autres sous un autre. Et là où il y a union (selon l'une des diverses variantes) il peut y avoir plus ou moins d'abstraction, c'est-à-dire que le DF principal peut être doublé d'un DF accessoire de titularité selon le degré d'atteinte directe du DF principal : le degré extrême d'abstraction est donné lorsque toute violation du DF principal, même sans aucun rapport avec la situation du bénéficiaire-titulaire, entraîne le droit de saisir (c'est le système de l'*actio popularis*) ; le degré extrême opposé est atteint lorsque seul le titulaire est le bénéficiaire du DF principal et lorsqu'il ne peut saisir que s'il est personnellement et actuellement affecté dans sa situation juridique par une violation de ce droit.

115 **Le degré d'autonomie** ◇ Le degré d'autonomie ou d'hétéronomie du droit au recours constitue un autre paramètre, aujourd'hui très important, de l'articulation entre les deux fonctions : la position de titulaire est autonome lorsque sa requête doit être traitée dès qu'elle est recevable ; elle est

hétéronome lorsque cela dépend d'une évaluation s'appuyant sur des critères externes par rapport à la question juridique de la violation ou non-violation du DF au sens strict. De tels critères externes peuvent être l'« importance » ou la « pertinence » de la question juridique ou encore l'appréciation de l'éventuel dommage qui résulterait du fait de ne pas traiter la demande. Examiner l'importance juridique d'une question juridique veut dire qu'une question que l'ordre juridique définit objectivement comme importante ou pertinente (le respect des DF par les organes chargés de leur concrétisation) doit par ailleurs être considérée comme telle par celles et ceux qui seront chargés de traiter la question de la violation proprement dite, donc selon leurs préférences subjectives. Exiger que le traitement permette de prévenir un dommage pour l'intéressé veut dire que quelque chose que l'ordre juridique définit objectivement comme un dommage (la violation du DF principal) doit en outre répondre à la conception que peuvent se faire d'un « dommage » celles et ceux qui décideront de la question principale, donc selon leurs préférences subjectives, par exemple des idées « économiques » ou « morales ».

**116 Limitations de la fonction de titulaire** ◇ De telles limitations du DF accessoire d'accès au juge, c'est-à-dire de la fonction de titulaire apparaissent habituellement sous l'euphémisme de « filtrage » entendu comme l'ensemble des mesures permettant aux juridictions de DF de réduire un engorgement autrement inévitable, comme s'il s'agissait de simples règles d'organisation du travail de ces cours. Il en va incontestablement aussi de telles questions, mais ces dispositions sont en même temps des restrictions d'autant plus fortes de la fonction de titulaire que leur mise en œuvre dépend du pouvoir discrétionnaire d'un autre organe. Il convient par ailleurs de ne pas prendre pour argent comptant les mots utilisés dans les textes constitutifs, législatifs ou conventionnels, car des conditions qui apparaissent sous le titre de « recevabilité » peuvent fort bien être des règles d'autonomie, selon qu'il s'agit de conditions générales et objectives, liées aux circonstances de la violation du DF principal et auxquelles doit satisfaire tout recours de la violation donnée, ou de conditions sans rapport direct avec les circonstances de la violation et librement appréciées par les organes judiciaires. Le cas extrême de l'hétéronomie du recours consiste dans le libre choix de l'admission par le juge, comme dans le système américain du *writ of certiorari* que certains auteurs préconisent d'introduire en République fédérale d'Allemagne. Dans une zone intermédiaire se situent les divers systèmes européens de « filtrage » de recours directs et à l'opposé l'on trouve tous les recours qu'il est obligatoire d'accepter dès qu'ils répondent aux conditions de recevabilité. La position du bénéficiaire peut donc être renforcée lorsqu'elle est doublée de la position de titulaire, mais la force de cette position est elle-même susceptible d'une gradation et peut devenir très faible lorsque l'abstraction est faible et l'hétéronomie forte. À l'inverse la position du titulaire non liée à celle de bénéficiaire est nécessairement abstraite et

autonome et par conséquent très forte, mais par hypothèse sans rapport juridique avec la situation des bénéficiaires.

**117 Les critères de l'articulation des fonctions** ◇ Il convient ainsi de distinguer les questions suivantes : pour chaque DF, a) degré d'union, b) degré d'abstraction, c) degré d'autonomie, d) degré de médiatisation de l'union, e) titularité unique ou multiple ; d'où pour les DF dans leur ensemble (il convient bien sûr de distinguer les DF constitutionnels des DF conventionnels stricts et internes), f) y a-t-il différentes catégories de DF sous l'un des aspects précédents ?

**118 La typologie des recours directs** ◇ La question des rapports entre les positions de bénéficiaire et de titulaire se trouve ainsi liée à plusieurs autres problèmes. D'abord l'union des fonctions fait de l'accès au juge constitutionnel un DF accessoire susceptible des plus divers aménagements. Ensuite, si la fonction de titulaire se traduit dans les différents systèmes d'union par un accès des individus au juge constitutionnel, il convient de distinguer ces recours directs contre la loi ou, pour les DF conventionnels contre l'État auquel est imputable une violation de DF, des recours directs contre d'autres actes normatifs (actes administratifs individuels, actes réglementaires, actes judiciaires). Ces droits d'accès au juge constitutionnel constituent bien eux aussi des DF accessoires (et en ce sens il existe bien une différence entre des systèmes qui connaissent ces droits et ceux qui ne les connaissent pas), mais n'entrent pas dans la fonction de titulaire au sens strict retenue ici, car ils ne permettent pas d'attaquer la loi fautive en tant que telle. Enfin la fonction de titulaire doit être évaluée en tenant compte de l'ensemble des aspects qui la composent et non uniquement en fonction de la proclamation de son principe.

**119 Accès direct et définition des droits fondamentaux** ◇ On voit aussi-tôt qu'on ne fait qu'introduire d'inutiles différences qualitatives en limitant les DF aux seules structures, par exemple, de l'union stricte, car il suffit alors du moindre affaiblissement de l'union pour que le système en question ne puisse plus être considéré comme un système de DF et il se pourrait ainsi très facilement qu'une application de critères trop stricts aboutisse à ce qu'il n'y ait de DF nulle part et que le champ d'étude se trouve dès lors purement et simplement éliminé, car l'union stricte n'existe sans doute même pas là où son principe est officiellement proclamé. La difficulté résulte, comme si souvent, de la projection d'idées morales et de traditions particulières dans l'analyse de phénomènes juridiques : le nom d'une structure est utilisé en vue de valoriser ou de dévaloriser telle ou telle donnée juridique (cf. plus haut). Or de ce point de vue, la dissociation des fonctions paraît une raison trop faible pour restreindre le champ d'analyse de telle manière que seuls les systèmes connaissant un recours direct devant le juge constitutionnel en cas de violation de DF au sens strict puissent être qualifiés de DF tout court. Ce serait certes le cas s'il n'existait aucun contrôle juridictionnel ou si les modalités de sa mise en œuvre le rendaient impraticable. Or si, dans tous les cas, il existe bien un ensemble de permissions constitutionnelles (ou étatiques) d'agir et un contrôle juridictionnel de leurs violations législatives (ou étatiques), alors il existe globalement plus de similitudes que de différences entre ces divers systèmes. Ces structures constituent de toute manière un objet d'étude que rien n'empêche de conceptualiser. En revanche, l'inclu-

sion de ces différents cas permet de développer une classification rendant compte des variantes du rapport entre ces deux fonctions.

120 **La place du modèle « allemand »** ◇ Les traditions nationales expliquent ici de fortes disparités. La tradition autrichienne lie depuis 1867 les droits garantis par un texte constitutionnel à la possibilité d'un recours contre leur violation par des actes administratifs individuels, mais ce n'est qu'à partir de 1920 que le destinataire de tels actes pourra en demander l'annulation et que la Cour constitutionnelle pourra se saisir elle-même, à l'occasion de l'examen d'un tel dossier, du contrôle de la constitutionnalité de la loi ayant servi de fondement à l'acte attaqué. La tradition allemande n'a introduit une telle possibilité qu'en 1951 par la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale et ne l'a consacrée constitutionnellement qu'en 1969 par une révision de la Loi fondamentale (art. 93, al. 4a), en lui donnant en principe une portée beaucoup plus importante, toute personne pouvant désormais adresser un recours constitutionnel (Verfassungsschwerde) ce qui élargit le catalogue des décisions de justice et directement de la loi. L'Autriche a alors élargi le catalogue des recours en 1975 d'un recours individuel contre la loi et d'un recours individuel contre le règlement, excluant toujours une requête contre des décisions de justice. Le recours d'*amparo* introduit par la Constitution espagnole de 1978 permet en revanche la mise en cause des actes juridiques et administratifs mais non directement celle de la loi. Depuis 1989, un recours est ouvert directement contre la loi à toute personne justifiant d'un intérêt en Belgique, mais uniquement en cas de violation de la liberté de l'enseignement ou du principe d'égalité. La tradition française repose avant 1958 sur l'idée que la loi démocratique ne pouvait entrer en conflit avec les intérêts bien compris des individus, ce qui se traduisait juridiquement par une justice administrative forte répondant à l'impossibilité de contester la loi valide. Le contrôle longtempore, mais en tant qu'élément de justice administrative, alors que les systèmes autrichiens ou allemands ne l'ont admis que très tard et dans le cadre de la justice constitutionnelle. Si l'introduction de la justice constitutionnelle en 1958 repose sur une séparation stricte des deux fonctions, cela est dû au fait qu'elle n'était pas conçue comme un ensemble de garanties du parlementarisme rationalisé laissant introuche comme un instrument en cause de la loi valide. La révolution juridique de 1971 (décision 44 DC) a intégré en tant que DF les normes mentionnées par le Préambule, mais n'a pas modifié le principe de séparation des fonctions que n'a pas non plus touché la révision de 1974. Parallèlement, les tribunaux ordinaires ont progressivement admis « l'exception d'inconstitutionnalité » pour les DF conventionnels internes, alors que les autres systèmes réduisaient les droits conventionnels internes à des libertés publiques (ex. République fédérale d'Allemagne) ou les élevaient au rang de DF constitutionnels (ex. Autriche).

Au regard de ces diversités, il paraît difficile d'affirmer que seul l'un de ces systèmes serait véritablement doté de DF, ce qui n'empêche nullement de reconnaître en le système allemand ou belge admet des recours que l'on ne trouve pas en Italie ou en France, comme il convient d'admettre que le recours parlementaire bénéficie de facilités en France que l'on ne trouve pas dans d'autres pays.

121 **Droits fondamentaux et efficacité statistique de « l'accès direct »** ◇ À l'opposé des thèses issues de la valorisation morale du modèle allemand, l'appréciation des cas où l'on trouve des recours directs contre la loi est parfois

rendue difficile par l'utilisation d'arguments empiriques visant à les dévaloriser en raison de leur faible chance de réussite. Les défenseurs allemands d'une plus forte restriction de l'accès à la Cour constitutionnelle fédérale en vue de réduire son engorgement endémique ou les défenseurs français de la valeur intrinsèque du système de séparation actuel invoquent fréquemment des données statistiques montrant que seul environ 1 % de l'ensemble des recours constitutionnels (environ 6000 par an) obtient gain de cause, un très grand nombre étant éliminé faute de satisfaire aux conditions d'admission, à distinguer strictement des conditions de recevabilité. Il convient d'ailleurs de noter que seule une infime partie (environ 1 %) de ces requêtes attaquent des dispositions législatives, la plupart mettant en cause des décisions juridictionnelles. La quantité de succès paraît assurément dérisoire et l'entreprise désespérée. On ne saurait en déduire que le recours individuel « n'existe pas » parce que son succès est rarissime, car un tel constat est strictement factuel. Si l'on admet que les Chambres de trois juges statuant sur l'admission ont juridiquement raison de ne pas admettre 97 % des recours, cela ne veut pas dire que le recours n'existe pas mais que les recours effectivement introduits ne satisfont pas aux conditions d'admission. Si l'on admet à l'inverse que les Chambres ont juridiquement tort, dans un grand nombre de cas, de ne pas admettre les recours, cela ne prouve pas non plus l'existence de ce moyen juridique mais une application fautive des dispositions législatives de sa mise en œuvre (mais une application fautive d'une norme n'abolit pas la norme). Les deux hypothèses sont d'ailleurs impouvables car les décisions de non-admission ne sont pas motivées et, évidemment, inattaquables. Mais d'un point de vue juridique, les règles législatives concrétisant le principe de l'article 93, al. 4a de la Loi fondamentale montrent que le DF accessoire de saisir le juge constitutionnel est très fortement limité, en d'autres termes qu'il ne s'agit pas d'une union stricte des fonctions, contrairement à ce que donnerait à croire la simple affirmation du principe. Dans tous les systèmes connaissant le recours direct contre la loi (si on laisse de côté les recours directs contre des actes administratifs ou juridiques), le degré d'abstraction est très faible (on exige une incidence actuelle et immédiate sur la situation juridique de l'individu). Mais par ailleurs, le système allemand (mais non, par exemple, le système autrichien, qui lui, connaît en revanche une telle procédure pour les recours en inconstitutionnalité contre les actes administratifs) repose sur une procédure d'admission qui examine la question de savoir si le recours « est d'une importance constitutionnelle fondamentale » ou si son traitement est « indiqué afin que les DF soient effectivement réalisés », ce qui inclut le cas où un refus entraînerait un « dommage particulièrement grave » (§ 93 a, al. 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale). Le droit au recours constitutionnel, autrement dit la fonction de titulaire, est donc également limité par une appréciation externe à la problématique proprement juridique de la violation ou non-violation d'un droit constitutionnellement garanti, car l'« importance fondamentale » n'est pas elle-même juridiquement déterminée ; soit le fait d'être approprié à la réalisation effective des DF est tautologique et donc inutile puisque, si la Constitution garantit un droit et autorise les individus à requérir (sous certaines conditions, certes) contre les violations qui les concernent, c'est qu'elle définit ainsi ce qui est constitutionnellement considéré comme approprié en vue de rendre les DF effectifs, soit à l'inverse il est ainsi permis d'évaluer librement si la censure d'un acte de violation de la Constitution sert la protection de la Constitution, enfin le « dommage important » est par hypothèse autre chose que la violation de la Constitution en tant que telle et relève, là aussi, du pouvoir discrétionnaire du juge. Ce pouvoir discrétionnaire est par ailleurs très important puisque les décisions prises à l'unanimité par les Chambres de trois juges ne sont pas motivées. Ainsi, on ne peut pas contester l'existence du recours direct allemand pour des raisons empiriques, mais on doit mettre en cause sa présentation juridique sou-

vent erronée, car il s'agit d'un régime d'union faible en raison d'une abstraction très limitée et d'un fort degré d'hétéronomie qui explique aisément que des statuts aussi décourageants pour les éventuels requérants soient possibles.

### 122 **Les droits fondamentaux en tant que droits subjectifs originaires ou dérivés** ◇ Peut-on dire que dans les systèmes de dissociation des fonctions les DF sont des droits subjectifs ? Un droit subjectif, pour un bénéficiaire donné, est une permission à laquelle répondent des obligations correspondantes de la part de destinataires appropriés. Dans un système normatif juridique, un tel droit n'existe que dans la mesure où son bénéficiaire peut en réclamer le respect par les destinataires des obligations correspondantes au moyen de procédures susceptibles d'aboutir à des sanctions en cas de violation. Il s'ensuit que, pour les bénéficiaires non titulaires, les DF ne constituent pas des droits subjectifs originaires puisqu'ils ne peuvent pas eux-mêmes en réclamer le respect, mais il ne s'agit pas non plus de droits subjectifs originaires des titulaires abstraits et autonomes. Dans les systèmes d'union des fonctions, les bénéficiaires disposent de droits subjectifs limitaires, mais il conviendra d'en examiner le degré, car les différentes limitations peuvent le rendre plus ou moins faible. Mais comme les DF au sens strict sont des permissions juridiques d'agir, tous les systèmes, d'union comme de séparation, les concrétisent par des compétences auxquelles correspondent des obligations appropriées pour la violation desquelles les bénéficiaires pourront exiger des sanctions. Dans les systèmes de séparation des fonctions, il s'agira par conséquent de droits subjectifs dérivés. De ce point de vue, les libertés publiques du système français sont des droits subjectifs dérivés.

123 **Droits fondamentaux, normes d'objectifs et déclarations d'intention** ◇ Quelque chose qui porterait le nom de DF sans aucune concrétisation sous forme de droits subjectifs ne serait pas des DF au sens retenu ici. On pourra dès lors distinguer les DF des objectifs constitutionnels ou objectifs d'État (*Staatszielbestimmungen*) qui imposent au législateur l'obligation de poursuivre certains buts sans l'obligation d'attribuer à l'ensemble des destinataires (ou aux classes les plus générales de destinataires) du système des permissions correspondantes d'agir. Des textes constitutionnels ou conventionnels qui ne feraient pas du droit, c'est-à-dire ne sont pas la formulation d'une norme juridique, même s'ils en ont l'apparence. On peut les qualifier de *déclarations d'intention en forme constitutionnelle* (ou conventionnelle). Cette distinction est importante, car les titulaires abstraits sont souvent par ailleurs titulaires abstraits ou concrets d'un droit de saisine du juge constitutionnel sans que leur recours soit pour autant lié à la violation d'un DF : une saisine parlementaire peut concerner n'importe quelle inconstitutionnalité de la loi ; un renvoi préjudiciel du juge ordinaire (dans les systèmes qui l'admettent) peut attaquer n'importe quelle disposition législative constituant le fondement d'un acte litigieux pour autant que l'application de

cette disposition soit indispensable à la solution de la question principale. Mais les règles de procédure ou de compétence législative ne relèvent ni des objectifs constitutionnels, ni des déclarations d'intention, ni des DF. La question juridique est tout autre lorsque le juge doit contrôler si le législateur a bien respecté les permissions constitutionnelles des *bénéficiaires*.

Il convient par conséquent de distinguer entre les cas où le législateur accorde certains droits subjectifs sans y être *constitutionnellement obligé*, c'est-à-dire sans qu'il s'agisse de DF, et ceux où une telle obligation existe et où l'on examinera dans quelle mesure elle a été respectée ou non. Des droits subjectifs législatifs peuvent ne pas être en rapport avec des DF et l'absence de tels droits peut constituer la violation d'un DF. Rien n'empêche par ailleurs de trouver dans un même texte constitutionnel ou conventionnel des DF, des objectifs constitutionnels et de simples déclarations d'intention. Seule l'interprétation des dispositions respectives permet de décider de quelle catégorie de texte il s'agit.

La Constitution espagnole (art. 53) distingue explicitement les statuts de plusieurs ensembles de normes que leur apparence externe pourrait faire apparaître comme divers groupes de DF : les dispositions de la première section du chapitre II ainsi que l'article 14 sont invocables devant le Tribunal constitutionnel par recours *d'amparo*. Ce sont des droits subjectifs originaires faibles puisque la loi ne peut pas être directement attaquée par ce moyen. Toutes les dispositions du chapitre II « sont contraignantes pour les pouvoirs publics » (art. 53, al. 1) : certaines constituent des DF que le législateur devra respecter en attribuant aux bénéficiaires des droits subjectifs dérivés (par exemple en prévoyant la possibilité d'établir un contrat de mariage, conformément à l'art. 32), d'autres (« Les ressources publiques... seront programmées et réalisées en fonction des principes d'efficacité et d'économie » (art. 31, al. 2)) relèvent de l'ordre des objectifs constitutionnels car l'on voit mal comment la loi pourrait faire correspondre des permissions d'agir des contribuables à cette obligation du législateur. Enfin les dispositions du chapitre III sont explicitement dépourvues de caractère contraignant et ne constituent qu'une source « d'inspiration » : en ce sens il s'agit de déclarations d'intention. Mais il est également précisé que ces « principes... ne pourront être allégués que devant la juridiction ordinaire conformément aux dispositions des lois qui les développent » : il s'agit donc également de normes d'habilitation permettant au législateur d'introduire éventuellement des droits subjectifs qui ne seront pourtant pas dérivés de DF puisqu'il n'y a justement aucune obligation du législateur.

## SECTION 3. BÉNÉFICIAIRES ET OBLIGÉS

124 « **L'effet vertical** » ◇ Tel que les DF ont été introduits ici, les permissions d'agir du bénéficiaire correspondent à des obligations ou conventions chargées de la concrétisation de la norme constitutionnelle ou conventionnelle. Il s'ensuit que, toutes choses égales par ailleurs, les obligés sont le législateur ou des autorités infralégislatives mais non les bénéficiaires entre eux. Le problème juridique principal que soulèvent les dispositions de DF est celui de savoir si les mesures prises par le législateur (ou les normes imputables à l'État dans le cas des DF conventionnels) sont conformes ou non à l'ensem-

ble des normes supérieures délimitant un droit donné. Il s'ensuit que s'il est possible de réclamer que le juge élimine une norme législative fautive (ou qu'il condamne l'État contrevenant aux termes de la convention), il n'est pas possible de réclamer au même titre que les autres personnes « respectent » ces mêmes DF dans leurs rapports entre eux.

- 125 **Les « effets horizontaux »** ◇ C'est toutefois ce que réclame la théorie des « effets horizontaux » ou des « effets tiers » (*Dritwirkung*), développée en Allemagne à partir des années cinquante et fondée notamment sur l'idée que les DF constitueraient un « ordre objectif de valeurs » irradiant tous les domaines du droit.

La donnée jurisprudentielle initiale est sans doute la célèbre décision *Lith* (BVerfGE 7, 198-230) du 15 janvier 1958 par laquelle la Cour constitutionnelle fédérale annule l'arrêt d'une juridiction ordinaire interdisant au directeur de l'Office de presse de Hambourg de lancer un appel au boycott du film « Immortelle bien-aimée » du cinéaste Veit Harlan qui avait été le metteur en scène du film de propagande nazi « *Jud Süßzig* » sous le troisième Reich. « En raison de ces considérations, la Cour constitutionnelle fédérale est arrivée à la conclusion que le Tribunal de grande instance avait méconnu, dans son appréciation du comportement du requérant, l'importance particulière qui revient au droit fondamental de liberté d'expression même là où il entre en conflit avec les intérêts privés d'autres personnes ».

- 126 **Les effets horizontaux indirects** ◇ Si l'on regarde les dispositifs législatifs, un grand nombre de règles peuvent être interprétées comme s'il s'agissait d'effets horizontaux : le droit de propriété n'est pas seulement protégé contre des expropriations arbitraires mais aussi contre le vol, le recel, l'extorsion de fonds, l'abus de biens sociaux, la rupture d'un contrat réel, etc. Mais les tiers ne sont pas tenus de respecter en tant que tel l'article 17 de la DDHC, ce qui leur serait en partie d'ailleurs fort difficile puisqu'ils n'ont aucune compétence pour procéder à des expropriations ni *a fortiori* pour fixer des « justes et prétables indemnités » ; ils sont soumis aux règles du Code civil, du Code pénal ou à d'autres normes pertinentes. Le problème est alors le suivant : si le législateur n'impose aucune obligation aux tiers, il est évident que le DF resterait lettre morte, mais cela dépend du DF en question. En tant que destinataires des normes de l'ordre juridique, les « personnes privées » sont aussi titulaires de compétences, elles sont également des organes. Il s'ensuit que les DF imposent bien au législateur, selon leur nature, l'obligation de prévoir des obligations des particuliers entre eux, et le juge pourra et devra examiner si cette obligation a bien été respectée. En ce sens chaque DF peut impliquer une certaine dimension horizontale indirecte. Mais si cette obligation a été respectée, le DF ne permet pas en tant que tel à une personne A d'exiger tel ou tel comportement d'une personne B.

- 127 **Les effets horizontaux additionnels** ◇ Si l'on veut obtenir un tel résultat, rien ne l'empêche, le législateur pourra y pourvoir dans les limites

de ses attributions, mais il ne s'agit pas en tant que telle de la réalisation d'une exigence constitutionnelle. Rien n'empêche par ailleurs le constituant (ou les États adhérent à une convention internationale) d'introduire des obligations valant directement pour les individus entre eux. Mais alors, il ne s'agit pas non plus d'« effets horizontaux » déductibles des normes de DF, mais d'autres normes qui ne concernent pas, par hypothèse, les obligations du législateur.

Il ne s'agit nullement de nier que certains juges ordinaires attribuent des effets horizontaux à certaines normes de DF ou que certains juges constitutionnels considèrent qu'il s'agit d'une obligation qui s'imposerait directement aux autres organes juridictionnels. La question est de savoir, comme ailleurs, si ces conclusions sont *justifiées*. Or, si l'on peut distinguer des obligations résultant des dispositions constitutionnelles ou conventionnelles selon qu'elles imposent des effets horizontaux indirects ou des effets horizontaux additionnels, l'on ne peut, toutes choses égales par ailleurs, déduire directement des effets horizontaux additionnels de la formulation d'une norme répondant aux critères de la définition des DF. Il s'agit d'exigences supplémentaires, nécessitant des normes supplémentaires.

Un problème particulier résulte de la position de l'État (ensemble d'organes) dans le monde économique, lorsqu'il agit en tant que personne privée. Certains estiment alors que, visant la protection de l'individu contre l'État, les DF exigent la soumission de ce dernier aux DF dans ses rapports « privés » avec des tiers. Là aussi, la réponse ne peut être donnée qu'à partir d'une analyse du DF positif donné, c'est-à-dire en réponse à la question de savoir si tel DF exige que le législateur adopte un dispositif spécifique incluant telles ou telles obligations entre particuliers.

Dans le cas *Lith* le raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale était sans doute, bien que circonstancié, trop rapide et marqué par des *a priori* idéologiques louables mais ne découlant pas en tant que tels du texte constitutionnel. Plutôt que de sanctionner le juge ordinaire, la Cour aurait dû se demander si la loi qui exigeait du juge l'arrêt qu'il avait rendu était bien, en tant qu'elle admettait une telle solution, conforme à la liberté d'expression consacrée par la Loi fondamentale.

On peut citer comme exemple d'effet horizontaux additionnels l'article 1 de la loi autrichienne sur la protection des données informatiques, qui est une disposition constitutionnelle introduisant explicitement une horizontalisation du droit de toute personne au secret des données qui la concernent, complétée par l'habilitation de pouvoir se prévaloir de ce DF devant les juridictions civiles.

- 128 **Droits fondamentaux et effets « directs »** ◇ La question d'éventuels effets directs de la Constitution ou de normes conventionnelles sur les décisions juridictionnelles ou administratives est également un problème de hiérarchie des normes selon la manière dont elle est organisée positivement dans un système donné. Il convient également de distinguer entre les cas où la Constitution admet ou ordonne une application immédiate en l'absence de normes législatives concrétisantes et les cas où une telle application est prévue de telle manière que la norme législative peut ou doit être écartée au bénéfice de la norme constitutionnelle. L'existence d'un contrôle de consti-



tutionnalité avec compétence exclusive du juge constitutionnel pour se prononcer sur la conformité de la loi à la Constitution implique qu'une telle compétence fait défaut aux autres organes. L'existence d'un contrôle de type européen exclut en principe d'autres applications directes au détriment de la loi à moins qu'une exception soit explicitement prévue.

La Loi fondamentale allemande dispose que les DF constituent du « droit immédiatement applicable », mais cela veut dire, par contraste avec la Constitution de Weimar de 1919, qu'ils ne valent pas seulement « dans la mesure où » les lois les concrétisent : ils appartiennent pleinement au droit constitutionnel formel de sorte qu'une norme non conforme pourra être attaquée devant le juge constitutionnel. En revanche, les droits conventionnels nationaux français sont d'application directe puisque la Constitution leur attribue une fonction dérogatoire.

## CONCLUSION DU TITRE 2 LA CLASSIFICATION DES DROITS ET LA QUESTION DES DROITS « SOCIAUX » OU « DROITS-CRÉANCES »

**129 Problématique** ◇ Des permissions d'agir attribuées par des normes constitutionnelles ou conventionnelles (ou leur transposition interne) sont constitutives des DF au sens strict selon la définition retenue ici. Cela n'aurait pas grand sens en effet de parler de « droits » sans qu'il existe une norme de permission, car il paraît d'une part difficilement concevable d'appeler « droits » des normes rendant un comportement obligatoire ou interdit et, d'autre part, il n'existe que des normes dans un système juridique et il n'existe, pour toute action humaine possible, que les trois modes déontiques de l'obligation, de la permission et de l'interdiction. Pour un grand nombre de phénomènes que l'on s'accorde aisément à qualifier de DF, même si l'on ne les conçoit pas entièrement de la même manière, une telle définition ne pose aucun problème. Une difficulté semble apparaître avec l'extension progressive de la terminologie des DF à de nouveaux domaines où l'identification de permissions n'est plus guère évidente. Convient-il dès lors de réviser la définition proposée ou d'exclure ces nouveaux phénomènes de la catégorie des DF pour leur réserver un concept plus approprié, quitte à heurter des habitudes linguistiques déjà acquises ? Tel est le problème qui se pose avec les nouvelles « générations » de droits ou encore une grande partie des droits appelés « économiques et sociaux », ou droits « culturels » ou « écologiques ».

Remarque terminologique : On peut appeler « *droits sociaux* » généralement tous les DF liés à une question « sociale » et dans ce cas, l'on y intégrera le droit de coalition et le droit de grève dont la concrétisation pose de fort intéressants problèmes, mais qui ne sont pas susceptibles de remettre en question le modèle des DF introduit ici. L'expression s'est cependant fortement répandue (surtout dans la littérature comparatiste anglaise et allemande) pour les normes où domine l'inspiration sociale d'une aide que le législateur ou l'État est tenu de prévoir. L'appellation « *droits-créances* » répond mieux à cette préoccupation en tant qu'elle place l'accent sur l'obligation d'attribuer des biens. Elle présente toutefois l'inconvénient de suggérer que cet aspect dominant serait l'élément unique. L'on considérera ici les deux termes comme synonymes en excluant du concept les DF ne comportant pas d'attribution de biens à titre prédominant.

Les DF sont des structures juridiques liant des permissions consacrées par des normes de rang élevé à une protection juridictionnelle contre des violations par des normes de rang inférieur et des comportements imputables à des organes habilités à concrétiser de telles normes. Un besoin de classifica-