

**UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS-II)**  
**Institut de droit et d'économie**  
**-o-O-o-**

**Licence en droit**  
**Année universitaire 2004-2005**

**-o-O-o-**

**DROITS DE L'HOMME**  
**ET DES LIBERTES FONDAMENTALES**

**-o-O-o-**

**cours du Professeur Gilles J. GUGLIELMI**

Travaux dirigés  
de Stéphane HURTADO

<p>Thème 2 : <b>La notion de “ droits fondamentaux ”</b></p>
--

Second semestre 2004-2005

## 1. Références

- À Référence 1 : *Constitution de la République Fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (extraits : articles 1 à 19)*
- À Référence 2 : *Constitution espagnole du 6 décembre 1978 (extraits : titre I).*
- À Référence 3 : *FROMONT (Michel), " Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne ", Mélanges Eisenmann, Cujas, 1975, p. 49 et s. (extraits).*
- À Référence 4 : *LUCHAIRE (François) Les droits et libertés fondamentaux (Conseil Constitutionnel, 1998).*
- À Référence 5 : *Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*
- À Référence 6 : *RICHER (Laurent), " Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? ", AJDA n° spécial 1998, p. 1.*
- À Référence 7 : *Constitution espagnole du 6 décembre 1978, art. 53, alinéa 2.*
- À Référence 8 : *CEDH, 25 juin 2002, Cañete de Goñi c. Espagne (n° 55782/00).*

## 2. Exercices suggérés

### Dissertation, exposés oraux, plans détaillés, fiches techniques

1. *Les droits fondamentaux dans une perspective franco-allemande*
2. *Les droits fondamentaux dans une perspective franco-espagnole*
3. *Le recours d'amparo a-t-il sa place en France ?*

### Commentaire de texte :

*Commentez l'article 19 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande :*

*" (3) Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet. "*

# **Référence 1 : Constitution de la République Fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949**

## **(extraits : articles 1 à 19)**

### **Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (Journal officiel fédéral, p. 1) (BGBl III 100-1) amendée par la loi du 26 juillet 2002 (J.O.f., p. 2863)**

Le Conseil parlementaire a constaté le 23 mai à Bonn/Rhin en séance publique que la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, adoptée le 8 mai 1949 par le Conseil parlementaire, a été ratifiée au cours de la semaine du 16 au 22 mai 1949 par les représentations du peuple de plus des deux tiers des Länder allemands participants.

Sur la base de cette constatation, le Conseil parlementaire, représenté par ses présidents, a signé et promulgué la Loi fondamentale.

Conformément à l'article 145, alinéa 3, la Loi fondamentale est ici publiée au Journal officiel fédéral [NdT : Cet avis de publication a paru dans le premier numéro du Journal officiel fédéral, en date du 23 mai 1949].

#### **PREAMBULE**

Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant. Les Allemands dans les Länder de Bade-Wurtemberg, Bavière, Berlin, Brandebourg, Brême, Hambourg, Hesse, Mecklembourg-Poméranie occidentale, Basse-Saxe, Rhénanie du Nord/Westphalie, Rhénanie-Palatinat, Sarre, Saxe, Saxe-Anhalt, Schleswig-Holstein et Thuringe, ont parachevé l'unité et la liberté de l'Allemagne par une libre autodétermination.

La présente Loi fondamentale vaut ainsi pour le peuple allemand tout entier.

#### **I. LES DROITS FONDAMENTAUX**

##### **Article 1 [Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique]**

- (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.
- (2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde.
- (3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable.

##### **Article 2 [Liberté d'agir, liberté de la personne]**

- (1) Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale.
- (2) Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des atteintes ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi.

##### **Article 3 [Egalité devant la loi]**

- (1) Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.
- (2) Hommes et femmes sont égaux en droits. L'Etat promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants.
- (3) Nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être discriminé en raison de son handicap.

##### **Article 4 [Liberté de croyance, de conscience et de profession de foi]**

- (1) La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables.
- (2) Le libre exercice du culte est garanti.
- (3) Nul ne doit être astreint contre sa conscience au service armé en temps de guerre. Les modalités sont réglées par une loi fédérale.

##### **Article 5 [Liberté d'opinion]**

- (1) Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources qui sont accessibles à tous. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure.
- (2) Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel.
- (3) L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres. La liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la constitution.

#### **Article 6 [Mariage et famille, enfants naturels]**

- (1) Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat.
- (2) Elever et éduquer les enfants sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en priorité. La communauté étatique veille sur la manière dont ils s'acquittent de ces tâches.
- (3) Les enfants ne peuvent être séparés de leur famille contre le gré des personnes investies de l'autorité parentale qu'en vertu d'une loi, en cas de carence de celles-ci ou lorsque les enfants risquent d'être laissés à l'abandon pour d'autres motifs.
- (4) Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté.
- (5) La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social.

#### **Article 7 [Enseignement scolaire]**

- (1) L'ensemble de l'enseignement scolaire est placé sous le contrôle de l'Etat.
- (2) Les personnes investies de l'autorité parentale ont le droit de décider de la participation des enfants à l'instruction religieuse.
- (3) L'instruction religieuse est une matière d'enseignement régulière dans les écoles publiques à l'exception des écoles non-confessionnelles. L'instruction religieuse est dispensée conformément aux principes des communautés religieuses, sans préjudice du droit de contrôle de l'Etat. Aucun enseignant ne peut être obligé de dispenser l'instruction religieuse contre son gré.
- (4) Le droit de fonder des écoles privées est garanti. Les écoles privées qui se substituent aux écoles publiques doivent être agréées par l'Etat et sont soumises aux lois des Länder. L'agrément doit être délivré lorsque les écoles privées ne sont pas d'un niveau inférieur aux écoles publiques quant à leurs programmes, leurs installations et la formation scientifique de leur personnel enseignant, ni ne favorisent une ségrégation des élèves fondée sur la fortune des parents. L'agrément doit être refusé si la situation économique et juridique du personnel enseignant n'est pas suffisamment assurée.
- (5) Une école primaire privée ne doit être autorisée que si l'administration de l'instruction publique lui reconnaît un intérêt pédagogique particulier ou si les personnes investies de l'autorité parentale demandent la création d'une école interconfessionnelle, confessionnelle ou philosophique et qu'il n'existe pas d'école primaire publique de ce genre dans la commune.
- (6) Les écoles préparatoires demeurent supprimées.

#### **Article 8 [Liberté de réunion]**

- (1) Tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalables.
- (2) En ce qui concerne les réunions en plein air, ce droit peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi.

#### **Article 9 [Liberté d'association]**

- (1) Tous les Allemands ont le droit de fonder des associations ou des sociétés.
- (2) Les associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales, ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples, sont prohibées.
- (3) Le droit de fonder des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques est garanti à tous et dans toutes les professions. Les conventions qui limitent ou tendent à entraver ce droit sont nulles et les mesures prises en ce sens sont illégales. Les mesures prises en vertu des articles 12a, 35, al. 2 et 3, 87a, al. 4 et 91, ne doivent pas être dirigées contre des conflits du travail déclenchés par des associations au sens de la première phrase (du présent alinéa) pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques.

#### **Article 10 [Secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications]**

- (1) Le secret de la correspondance ainsi que le secret de la poste et des télécommunications sont inviolables.
- (2) Des restrictions ne peuvent y être apportées qu'en vertu d'une loi. Si la restriction est destinée à défendre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land, la loi peut disposer que l'intéressé n'en sera pas informé et que le recours juridictionnel est remplacé par le contrôle d'organes et d'organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple.

#### **Article 11 [Liberté de circulation et d'établissement]**

- (1) Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral.
- (2) Ce droit ne peut être limité que par la loi ou en vertu d'une loi et uniquement dans le cas où l'absence de moyens d'existence suffisants imposerait des charges particulières pour la collectivité ainsi que dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, ou pour lutter contre des risques d'épidémie, des catastrophes naturelles ou des sinistres particulièrement graves, ou pour protéger la jeunesse en danger d'abandon ou pour prévenir des agissements délictueux.

#### **Article 12 [Liberté de la profession, interdiction du travail forcé]**

- (1) Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi.
- (2) Nul ne peut être astreint à un travail déterminé sinon dans le cadre d'une obligation publique de prestation de services, traditionnelle, générale et égale pour tous.

(3) Le travail forcé n'est licite que dans le cas d'une peine privative de liberté prononcée par un tribunal.

#### **Article 12a [Service militaire et civil obligatoire]**

(1) Les hommes peuvent, à compter de l'âge de dix-huit ans révolus, être obligés de servir dans les forces armées, dans le corps fédéral de protection des frontières ou dans un groupe de protection civile.

(2) Quiconque refuse, pour des motifs de conscience, d'accomplir le service armé en temps de guerre, peut être obligé d'accomplir un service de substitution. La durée du service de substitution ne doit pas dépasser la durée du service militaire. Les modalités sont réglées par une loi qui ne doit pas porter atteinte à la liberté de décider selon sa conscience et qui doit également prévoir une possibilité de service de substitution n'ayant aucun rapport avec les unités des forces armées et le corps fédéral de protection des frontières.

(3) Pendant l'état de défense, les personnes soumises aux obligations militaires et qui ne sont pas appelées à accomplir un des services visés aux alinéas 1 ou 2, peuvent être obligées par la loi ou en vertu d'une loi à fournir dans le cadre de rapports de travail des prestations de services de nature civile à des fins de défense, y compris à des fins de protection de la population civile ; des affectations dans un régime de droit public ne peuvent être imposées que pour assurer des missions de police ou les missions administratives de puissance publique qui ne peuvent être remplies que dans un régime de droit public. Des rapports de travail tels que ceux prévus à la première phrase peuvent être établis dans les forces armées, dans le secteur de l'intendance, ainsi que dans l'administration publique ; des rapports de travail ne peuvent être imposés dans le secteur de l'approvisionnement de la population civile que pour couvrir ses besoins vitaux ou assurer sa protection.

(4) Si, pendant l'état de défense, les besoins en prestations de services de nature civile ne peuvent être couverts par des concours volontaires dans les établissements sanitaires et hospitaliers civils ainsi que dans les hôpitaux militaires fixes, les femmes âgées de dix-huit ans révolus à cinquante-cinq ans révolus peuvent être appelées, par la loi ou en vertu d'une loi, à accomplir des prestations de services de ce type. Elles ne doivent en aucun cas être contraintes d'accomplir un service armé.

(5) Pendant la période précédant l'état de défense, les obligations définies à l'alinéa 3 ne peuvent être établies que dans les conditions de l'article 80a, al. 1<sup>er</sup>. Pour la préparation à celles des prestations de services visées à l'alinéa 3 pour lesquelles des connaissances ou des savoir-faire sont nécessaires, la participation à des stages de formation pourra être rendue obligatoire par la loi ou en vertu d'une loi.

Dans ce cas, la première phrase (du présent alinéa) ne s'applique pas.

(6) Si, pendant l'état de défense, le besoin en main d'oeuvre pour les secteurs mentionnés à l'alinéa 3, 2<sup>ème</sup> phrase ne peut être couvert par des concours volontaires, la liberté des Allemands de ne plus exercer une profession ou de ne plus occuper un emploi peut être limitée par la loi ou en vertu d'une loi, pour garantir la couverture de ces besoins. L'alinéa 5, 1<sup>ère</sup> phrase est applicable par analogie avant la survenance de l'état de défense.

#### **Article 13 [Inviolabilité du domicile]**

(1) Le domicile est inviolable.

(2) Des perquisitions ne peuvent être ordonnées que par le juge ainsi que, s'il y a péril en la demeure, par les autres organes prévus par les lois ; elles ne peuvent être effectuées que dans la forme y prescrite.

(3) Lorsque certains éléments de fait fondent le soupçon que quelqu'un a commis l'une des infractions pénales particulièrement graves spécialement prévues par la loi, des moyens techniques de surveillance acoustique de domiciles dans lesquels la personne poursuivie est supposée séjourner peuvent pour la répression de cette infraction être utilisés sur le fondement d'une ordonnance juridictionnelle si l'investigation des faits par d'autres moyens serait incomparablement plus difficile ou vouée à l'échec. La mesure doit être limitée dans le temps. L'ordonnance est prise par une formation de trois juges. S'il y a péril en la demeure, elle peut être également prise par un juge unique.

(4) Pour parer à des dangers imminents pour la sécurité publique et notamment à un danger collectif ou à un péril mortel, des moyens techniques de surveillance de domiciles ne peuvent être utilisés que sur le fondement d'une ordonnance juridictionnelle. S'il y a péril en la demeure, la mesure peut être également ordonnée par une autre autorité déterminée par la loi ; une décision juridictionnelle doit intervenir sans délai.

(5) Lorsque des moyens techniques sont exclusivement prévus pour la protection de personnes intervenant dans des domiciles, la mesure peut être ordonnée par une autorité déterminée par la loi. L'exploitation à une autre fin des connaissances ainsi acquises n'est permise qu'à la seule fin de poursuites pénales ou de prévention d'un danger, et à la condition seulement que la régularité de la mesure ait été préalablement constatée par le juge ; s'il y a péril en la demeure la décision juridictionnelle doit intervenir sans délai. (6) Le gouvernement fédéral informe chaque année le Bundestag sur l'utilisation de moyens techniques dans le cadre de l'alinéa 3 et, pour les affaires ressortissant à la Fédération, de l'alinéa 4 ainsi que de l'alinéa 5 lorsque le juge doit exercer un contrôle juridictionnel. Un organisme collégial élu par le Bundestag exerce le contrôle parlementaire sur la base de ce rapport. Les Länder assurent un contrôle parlementaire équivalent.

(7) D'autres atteintes ou restrictions ne peuvent être apportées à l'inviolabilité du domicile que pour parer à un danger collectif, écarter un péril mortel menaçant des personnes ou encore, en vertu d'une loi, pour prévenir la sécurité et l'ordre publics de dangers imminents, en particulier pour remédier à la pénurie de logement, pour lutter contre les risques d'épidémie ou pour protéger la jeunesse en danger.

#### **Article 14 [Propriété, droit de succession et expropriation]**

- (1) La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois.
- (2) Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité.
- (3) L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées. En cas de litige portant sur le montant de l'indemnité, les tribunaux ordinaires sont compétents.

#### **Article 15 [Socialisation]**

Le sol, les ressources naturelles et les moyens de production peuvent être placés, aux fins de socialisation, sous un régime de propriété collective ou d'autres formes de gestion collective par une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'article 14, al. 3, 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> phrases s'applique par analogie à l'indemnisation.

#### **Article 16 [Nationalité, extradition]**

- (1) La nationalité allemande ne peut pas être retirée. La perte de la nationalité ne peut intervenir qu'en vertu d'une loi et lorsqu'elle intervient contre le gré de l'intéressé, seulement si celui-ci ne devient pas de ce fait apatride.
- (2) Aucun Allemand ne peut être extradé à l'étranger. Une réglementation différente en matière d'extraditions dans un Etat membre de l'Union européenne ou devant une cour internationale de justice peut être prise par la loi, pour autant que les principes de droit fondamental soient sauvegardés.

#### **Article 16a [Droit d'asile]**

- (1) Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile.
- (2) L'alinéa 1 ne peut être invoqué par celui qui entre sur le territoire fédéral en provenance d'un Etat membre des Communautés européennes ou d'un autre Etat tiers dans lequel l'application de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est assurée. Les Etats non membres des Communautés européennes remplissant les conditions de la première phrase seront déterminés par une loi qui requiert l'approbation du Bundesrat. Dans les cas prévus à la première phrase, des mesures mettant fin au séjour peuvent être exécutées indépendamment du recours engagé contre elles.
- (3) Une loi qui requiert l'approbation du Bundesrat peut déterminer les Etats dans lesquels il paraît assuré en raison de l'état du droit, de l'application du droit et de la situation politique générale, qu'il n'y a ni persécution politique, ni peines ou traitements inhumains ou dégradants. Un étranger originaire d'un tel Etat est présumé n'être pas persécuté, tant qu'il ne produit pas des faits fondant l'hypothèse que, contrairement à cette présomption, il est politiquement persécuté.
- (4) Dans les cas prévus à l'alinéa 3 et dans les autres cas de demandes manifestement infondées ou considérées comme telles, le tribunal ne prononcera le sursis à l'exécution des mesures mettant fin au séjour que s'il existe des doutes sérieux sur la régularité de la mesure ; l'étendue du contrôle peut être restreinte et les moyens tardifs peuvent être écartés. Les modalités doivent être réglées par la loi.
- (5) Les alinéas 1 à 4 ne font pas obstacle aux traités internationaux conclus par des Etats membres des Communautés européennes entre eux et avec des Etats tiers, qui fixent des règles de compétences pour l'examen des demandes d'asile, y compris la reconnaissance mutuelle des décisions en matière d'asile, dans le respect des obligations découlant de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'application doit être assurée dans les Etats parties à ces traités.

#### **Article 17 [Droit de pétition]**

Toute personne a le droit d'adresser par écrit, individuellement ou conjointement avec d'autres, des requêtes ou des recours aux autorités compétentes et à la représentation du peuple.

#### **Article 17a [Limitations apportées à certains droits fondamentaux par des lois relatives à la défense et au service de substitution]**

- (1) Les lois relatives au service militaire et au service de substitution peuvent prévoir pour les membres des forces armées et du service de substitution, pendant la durée de leur service, des limitations au droit fondamental d'exprimer et de diffuser librement leur opinion par la parole, par l'écrit et par l'image (article 5, al. 1<sup>er</sup>, première partie de la 1<sup>ère</sup> phrase), au droit fondamental de la liberté de réunion (article 8) et au droit de pétition (article 17), dans la mesure où celui-ci confère le droit d'adresser des requêtes ou des recours conjointement avec d'autres.
- (2) Les lois relatives à la défense, y compris la protection de la population civile, peuvent prévoir des limitations aux droits fondamentaux de la liberté de circulation et d'établissement (article 11) et d'inviolabilité du domicile (article 13).

#### **Article 18 [Déchéance des droits fondamentaux]**

Quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse (article 5, al. 1<sup>er</sup>), de la liberté de l'enseignement (article 5, al. 3), de la liberté de réunion (article 8), de la liberté d'association (article 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), de la propriété (article 14) ou du droit d'asile (article 16a) pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux. La déchéance et son étendue sont prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale.

## Article 19 [Restrictions apportées aux droits fondamentaux]

- (1) Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné.
- (2) Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental.
- (3) Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet.
- (4) Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsque aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire. L'article 10, al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase n'est pas affecté.

## **Référence 2 : Constitution espagnole du 6 décembre 1978 (extraits : titre I).**

### Titre I

#### Des droits et des devoirs fondamentaux

**Article 10** 1. La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui constituent le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale.

2. On interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne.

#### Chapitre premier

##### Des Espagnols et des étrangers

**Article 11** 1. La nationalité espagnole s'acquiert, se conserve et se perd conformément aux dispositions de la loi.

2. Nul Espagnol d'origine ne peut être privé de sa nationalité.

3. L'État peut conclure des traités sur la double nationalité avec les pays ibéro-américains et avec ceux qui ont entretenu ou entretiennent des liens particuliers avec l'Espagne. Dans ces pays, même s'ils ne reconnaissent pas à leurs citoyens un droit réciproque, les Espagnols peuvent obtenir la naturalisation sans perdre leur nationalité d'origine.

**Article 12** Les Espagnols sont majeurs à dix-huit ans.

**Article 13** 1. Les étrangers jouissent en Espagne des libertés publiques garanties au présent titre, dans les termes établis par les traités et par la loi.

2. Seuls, les Espagnols sont titulaires des droits reconnus à l'article 23, sauf, conformément au critère de réciprocité, dispositions établies par un traité ou par une loi concernant le droit de suffrage actif et passif aux élections municipales.

3. L'extradition ne sera accordée qu'en application d'un traité ou d'une loi, conformément au principe de réciprocité. Les délits politiques sont exclus de l'extradition, les actes de terrorisme ne sont pas considérés comme tels.

4. La loi fixe les règles selon lesquelles les citoyens d'autres pays et les apatrides peuvent jouir du droit d'asile en Espagne.

#### Chapitre II

##### Droits et libertés

**Article 14** Les Espagnols sont égaux devant la loi, sans aucune discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, l'opinion ou sur toute autre situation ou circonstance personnelle ou sociale.

### Section première

#### Des droits fondamentaux et des libertés publiques

**Article 15** Toute personne a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale. Nul ne peut, en aucun cas, être soumis à la torture ni à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants. La peine de mort est abolie, sauf dispositions prévues en temps de guerre par les lois pénales militaires.

**Article 16** 1. On garantit la liberté d'opinion, de religion et de culte des individus et des communautés sans autres limitations, dans ses manifestations, que celles qui sont nécessaires au maintien de l'ordre public protégé par la loi.

2. Nul n'est obligé de faire connaître son opinion, sa religion ou ses croyances.

3. Aucune confession n'est religion d'État. Les pouvoirs publics tiennent compte des croyances religieuses de la société espagnole et maintiendront les relations de coopération poursuivies avec l'Eglise catholique et les autres confessions.

**Article 17** 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sinon en application des dispositions du présent article, et dans les cas et selon la forme prévus par la loi.

2. La garde à vue ne peut durer que le temps strictement nécessaire à la réalisation des recherches tendant à l'établissement des faits, et, en tout cas, dans le délai maximum de soixante-douze heures, le détenu sera remis en liberté ou mis à la disposition de l'autorité judiciaire.

3. Toute personne détenue est informée immédiatement, et de manière compréhensible pour elle, de ses droits et des motifs de sa détention, elle ne peut être obligée de témoigner. L'assistance d'un avocat est garantie au détenu dans les enquêtes policières, dans les termes établis par la loi.

4. La loi règle la procédure d'*habeas corpus* pour permettre la mise immédiate à la disposition de la justice de toute personne détenue illégalement. De même, la loi détermine la durée maximale de la détention provisoire.

**Article 18** 1. On garantit le droit de chacun à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image.

2. Le domicile est inviolable. Aucune immixtion ou perquisition ne peut avoir lieu sans le consentement de l'occupant des lieux ou sans une décision judiciaire, sauf en cas de flagrant délit.

3. On garantit à chacun le secret des communications et spécialement des communications postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf décision judiciaire.

4. La loi limite l'usage de l'informatique pour préserver l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits.

**Article 19** Les Espagnols ont le droit de choisir librement leur résidence et de circuler sur le territoire national.

De même, ils ont le droit d'entrer et de sortir librement d'Espagne, dans les termes établis par la loi. Ce droit ne peut être limité pour des motifs politiques ou idéologiques.

**Article 20** 1. Sont reconnus et protégés :

- a) le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, par l'écrit ou par tout autre moyen de reproduction ;
- b) le droit à la production et à la création littéraire, artistique, scientifique et technique ;
- c) le droit à la liberté d'enseigner en chaire ;
- d) le droit de communiquer et de recevoir librement une information véridique par tout moyen de diffusion. La loi règle le droit à la clause de conscience et au secret professionnel dans l'exercice de ces libertés.

2. L'exercice de ces droits ne peut être restreint par aucune forme de censure préalable.

3. La loi règle l'organisation et le contrôle parlementaire des moyens de communication sociale qui dépendent de l'État ou d'une personne publique quelconque et elle garantit l'accès à ces moyens des groupes sociaux et politiques représentatifs, en respectant le pluralisme de la société et des différentes langues d'Espagne.

4. Ces libertés ont pour limite le respect des droits reconnus au présent titre, des principes contenus dans les lois qui les développent et, plus particulièrement, le droit à l'honneur, à l'intimité, à sa propre image et à la protection de la jeunesse et de l'enfance.

5. La saisie de publications, d'enregistrements ou d'autres moyens d'information ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision judiciaire.

**Article 21** 1. On reconnaît le droit de se réunir pacifiquement et sans armes. L'exercice de cette liberté n'est pas soumis à autorisation préalable.

2. Les réunions dans des lieux de circulation publique et les manifestations feront l'objet d'une communication préalable aux autorités, qui pourront les interdire seulement s'il existe des motifs fondés sur une atteinte à l'ordre public, mettant en danger les personnes ou les biens.

**Article 22** 1. Le droit d'association est reconnu.

2. Les associations qui poursuivent des fins ou utilisent des moyens définis comme délictueux sont illégales.

3. Les associations constituées selon le présent article devront se faire enregistrer aux seules fins de publication.

4. Les associations peuvent être dissoutes ou voir leurs activités suspendues seulement en application d'une décision de justice motivée.

5. On interdit les associations secrètes et celles qui ont un caractère paramilitaire.

**Article 23** 1. Les citoyens ont le droit de participer aux affaires publiques directement ou par l'intermédiaire de représentants, librement élus lors d'élections périodiques au suffrage universel.

2. De même, ils ont le droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions et aux charges publiques, en respectant les conditions requises par les lois.

**Article 24** 1. Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes. En aucun cas, ce recours ne peut être refusé.

2. De même, chacun a droit au juge ordinaire déterminé préalablement par la loi ; il a le droit de se défendre et d'être assisté d'un avocat, d'être informé de l'accusation portée contre lui ; il a droit à un procès public, dans un délai raisonnable, et avec toutes les garanties ; il a le droit d'utiliser les moyens de preuve pertinents pour sa défense, de ne pas témoigner contre lui-même, de ne pas s'avouer coupable et il a droit à la présomption d'innocence.

La loi règle les cas où pour des raisons de parenté ou de secret professionnel, on ne sera pas obligé de témoigner sur des faits présumés délictueux.

**Article 25** 1. Nul ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou des omissions qui lorsqu'elles se sont produites ne constituaient pas un délit, une faute ou une infraction administrative, selon la législation en vigueur à ce moment là.

2. Les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité sont orientées vers la rééducation et la réinsertion sociale et elles ne peuvent consister en travaux forcés. Le condamné à une peine de prison, accomplissant celle-ci, jouit des droits fondamentaux du présent chapitre, à l'exception de ceux qui sont expressément limités par le contenu de la sentence qui l'a condamné, le sens de la peine et la loi pénitentiaire. En tout cas, il a droit à un travail rémunéré et aux prestations correspondantes de la sécurité sociale, ainsi qu'à l'accès à la culture et au développement intégral de sa personnalité.

3. L'administration civile ne peut imposer des sanctions qui, directement ou subsidiairement, entraînent privation de liberté.

**Article 26** Les jurys d'honneur sont interdits au sein de l'administration et des organisations professionnelles.

**Article 27** 1. Toute personne a droit à l'éducation. La liberté de l'enseignement est reconnue.

2. L'éducation a pour but le plein développement de la personnalité humaine dans le respect des principes démocratiques de coexistence ainsi que des droits et des libertés fondamentaux.

3. Les pouvoirs publics garantissent le droit des parents de donner à leurs enfants une formation religieuse et morale en accord avec leurs propres convictions.

4. L'enseignement primaire est obligatoire et gratuit.

5. Les pouvoirs publics garantissent le droit de tous à l'éducation, selon un programme général d'enseignement établi avec la participation effective de tous les secteurs intéressés, et la création d'établissements d'enseignement.

6. On reconnaît aux personnes physiques et morales la liberté de créer des établissements d'enseignement, dans le respect des principes constitutionnels.

7. Les professeurs, les parents et, le cas échéant, les élèves prennent part au contrôle et à la gestion de tous les établissements soutenus par l'administration avec des fonds publics, dans les termes établis par la loi

8. Les pouvoirs publics inspectent et homologuent le système éducatif pour garantir le respect des lois.

9. Les pouvoirs publics aident les établissements d'enseignement qui remplissent les conditions établies par la loi.

10. L'autonomie des universités est reconnue, dans les termes établis par la loi.

**Article 28** 1. Tous ont le droit de se syndiquer librement. La loi peut limiter ou exclure de l'exercice de ce droit les forces armées, les institutions ou les autres corps soumis à la discipline militaire et elle règle les particularités de son exercice pour les fonctionnaires publics. La liberté syndicale comprend le droit de fonder des syndicats et celui de s'affilier à celui de son choix, ainsi que le droit des syndicats de former des confédérations, de former des organisations syndicales internationales ou de s'affilier à celles-ci. Nul ne peut être obligé d'adhérer à un syndicat.

2. Le droit de grève est reconnu aux travailleurs pour la défense de leurs intérêts. La loi qui règle l'exercice de ce droit établit les mesures nécessaires pour assurer la permanence des services essentiels à la collectivité



**Article 29** 1. Tous les Espagnols ont le droit de pétition individuel et collectif, par écrit, dans les formes et avec les effets déterminés par la loi.

2. Les membres des forces armées, des institutions ou des corps soumis à la discipline militaire peuvent exercer ce droit seulement à titre individuel et conformément aux dispositions de leur législation particulière.

### **Section seconde** **Des droits et des devoirs des citoyens**

**Article 30** 1. Les Espagnols ont le droit et le devoir de défendre l'Espagne.

2. La loi fixe les obligations militaires des Espagnols et règle, avec les garanties nécessaires, l'objection de conscience, ainsi que les autres causes d'exemption du service militaire obligatoire, en imposant, le cas échéant, une prestation sociale de substitution.

3. Un service civil peut être établi à des fins d'intérêt général.

4. La loi peut régler les devoirs des citoyens dans les cas de risque grave, de catastrophe ou de calamité publique.

**Article 31** 1 Chacun contribue au soutien des dépenses publiques selon sa capacité économique, dans le cadre d'un système fiscal juste inspiré des principes d'égalité et de progressivité qui, en aucun cas, n'aura l'effet d'une confiscation.

2. Les dépenses publiques favorisent une répartition équitable des ressources publiques. Leur programmation et leur exécution répondront aux critères d'efficacité et d'économie.

3. On ne peut établir des prestations publiques sur la personne ou sur le patrimoine que conformément à la loi.

**Article 32** 1. L'homme et la femme ont le droit de contracter mariage en pleine égalité juridique.

2. La loi règle les formes du mariage, l'âge et la capacité pour le contracter, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de séparation et de divorce et leurs effets.

**Article 33** 1. Le droit à la propriété privée et le droit à l'héritage sont reconnus.

2. La fonction sociale de ces droits détermine leur contenu, conformément à la loi.

3. Nul ne peut être privé de ses biens et de ses droits, sinon pour un motif justifié d'utilité publique ou d'intérêt social, moyennant une indemnisation appropriée et en conformité avec les dispositions de la loi.

**Article 34** 1. Le droit d'établir une fondation à des fins d'intérêt général est reconnu, conformément à la loi.

2. Les dispositions des paragraphes 2 et 4 de l'article 22 régiront aussi les fondations.

**Article 35** 1. Tous les Espagnols ont le devoir de travailler et le droit au travail, le droit de choisir librement leur profession ou leur métier, le droit à la promotion par le travail et à une rémunération suffisante pour satisfaire leurs besoins et ceux de leur famille, sans qu'en aucun cas puisse intervenir une discrimination fondée sur le sexe.

2. La loi établit un statut pour les travailleurs.

**Article 36** La loi règle les particularités propres au régime juridique des ordres professionnels et à l'exercice des professions soumises à l'exigence d'un diplôme. La structure interne et le fonctionnement des ordres doivent être démocratiques.

**Article 37** 1. La loi garantit le droit à la négociation collective du travail entre les représentants des travailleurs et des patrons, ainsi que le caractère obligatoire de leurs accords.

2. Le droit des travailleurs et des patrons d'adopter des procédures relatives aux conflits collectifs est reconnu. La loi qui règle l'exercice de ce droit, sans préjudice des limites qu'elle peut établir, détermine les mesures nécessaires pour assurer le fonctionnement des services essentiels à la collectivité.

**Article 38** La liberté d'entreprendre dans le cadre de l'économie de marché est reconnue. Les pouvoirs publics en garantissent et en protègent l'exercice ainsi que la défense de la productivité, selon les exigences de l'économie générale et, le cas échéant, de la planification.

### Chapitre III

#### Des principes directeurs de la politique sociale et économique

**Article 39** 1. Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille

2. Les pouvoirs publics assurent de même la protection complète des enfants - ceux-ci étant égaux devant la loi indépendamment de leur filiation -, et celle des mères, quel que soit leur état civil. La loi autorise la recherche de paternité.

3. Les parents doivent porter assistance, dans tous les domaines, à leurs enfants, nés dans ou en dehors du mariage, durant leur minorité et dans les autres cas prévus par la loi.

4. Les enfants jouissent de la protection prévue par les accords internationaux qui veillent à leurs droits.

**Article 40** 1. Les pouvoirs publics créent les conditions favorables pour le progrès social et économique et pour une distribution du revenu régional et personnel plus équitable, dans le cadre d'une politique de stabilité économique. Plus particulièrement, ils réalisent une politique orientée vers le plein emploi.

2. De même les pouvoirs publics développent une politique favorable à la formation et à la réadaptation professionnelles, ils veillent à la sécurité et à l'hygiène du travail, et ils garantissent le repos nécessaire, par la limitation de la journée du travail, les congés payés périodiques et la création d'équipements adéquats.

**Article 41** Les pouvoirs publics assurent à tous les citoyens un régime public de sécurité sociale, qui garantit une assistance et des prestations sociales suffisantes pour faire face aux situations de nécessité, spécialement en cas de chômage. L'assistance et les prestations complémentaires sont permises.

**Article 42** L'État veille particulièrement à la sauvegarde des droits économiques et sociaux des travailleurs espagnols à l'étranger et il oriente sa politique vers leur retour.

**Article 43** 1. Le droit à la protection de la santé est reconnu.

2. Il incombe aux pouvoirs publics d'organiser et de surveiller la santé publique par des mesures de prévention et par les prestations et les services nécessaires. La loi fixe les droits et les devoirs de tous à cet effet.

Les pouvoirs publics encouragent l'éducation sanitaire, l'éducation physique et le sport. De même, ils favorisent une utilisation appropriée du loisir.

**Article 44** 1. Les pouvoirs publics développent et protègent l'accès à la culture, à laquelle tous ont droit.

2. Les pouvoirs publics développent la science et la recherche scientifique et technique au bénéfice de l'intérêt général.

**Article 45** 1. Chacun a le droit de jouir d'un environnement approprié pour le développement de la personne, et le devoir de le préserver.

2. Les pouvoirs publics veillent à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles, dans le but de protéger et d'améliorer la qualité de la vie, ainsi que de défendre et de restaurer l'environnement, en s'appuyant sur une indispensable solidarité collective.

3. Pour ceux qui violent les dispositions du paragraphe précédent, dans les termes fixés par la loi, on établira des sanctions pénales ou le cas échéant, administratives, ainsi que l'obligation de réparer le dommage causé.

**Article 46** Les pouvoirs publics garantissent la sauvegarde et ils encouragent l'enrichissement du patrimoine historique, culturel et artistique des peuples d'Espagne et des biens qui en font partie, quel que soit son régime et son appartenance. La loi pénale sanctionne les attentats contre ce patrimoine.

**Article 47** Tous les Espagnols ont le droit de disposer d'une demeure digne et appropriée. Les pouvoirs publics créent les conditions nécessaires et ils établissent les normes pertinentes pour rendre ce droit effectif, en réglementant l'utilisation du sol, conformément à l'intérêt général, pour empêcher la spéculation. La collectivité bénéficiera des plus-values qu'engendre l'action urbanistique des personnes publiques.

**Article 48** Les pouvoirs publics créent les conditions d'une participation libre et efficace de la jeunesse au développement politique, social, économique et culturel.

**Article 49** Les pouvoirs publics réalisent une politique de prévention, de traitement, de réhabilitation et d'intégration en faveur des handicapés physiques, sensoriels et mentaux auxquels ils prêtent l'attention particulière qu'ils requièrent. Ils les protègent spécialement pour qu'ils puissent disposer des droits que le présent titre octroie à tous les citoyens.

**Article 50** Les pouvoirs publics garantissent par des pensions convenables et périodiquement actualisées, des moyens économiques suffisants aux citoyens durant le troisième âge. De même, et indépendamment des obligations familiales, ils contribuent à leur bien-être grâce à un système de services sociaux qui traitent leurs problèmes particuliers de santé, d'habitat, de culture et de loisir.

**Article 51** 1. Les pouvoirs publics garantissent la défense des consommateurs et des usagers, en protégeant, par des mesures efficaces, leur sécurité, leur santé et leurs intérêts économiques légitimes.

2. Les pouvoirs publics contribuent à l'information et à l'éducation des consommateurs et des usagers, ils encouragent leurs organisations et les entendent sur les questions qui peuvent les concerner, dans les formes établies par la loi.

3. Dans le cadre des dispositions des paragraphes précédents, la loi réglemente le commerce intérieur et le régime des autorisations pour les produits commerciaux.

**Article 52** La loi réglemente les organisations professionnelles qui contribuent à la défense d'intérêts économiques particuliers. Leur structure interne et leur fonctionnement doivent être démocratiques.

#### Chapitre IV

##### Des garanties des libertés et des droits fondamentaux

**Article 53** 1. Les droits et les libertés reconnus au chapitre deux du présent titre lient tous les pouvoirs publics. C'est seulement par la loi, qui dans tous les cas doit en respecter le contenu essentiel, que l'on peut réglementer l'exercice de ces droits et libertés, qui sont protégés conformément aux dispositions de l'article 161,1,a.

2. Tout citoyen peut réclamer la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre II devant les tribunaux ordinaires, selon une procédure prioritaire et abrégée et, le cas échéant, au moyen du recours en garantie des droits devant le Tribunal constitutionnel. Ce dernier recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30.

3. La reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre III inspirent la législation positive, la pratique judiciaire et l'activité des pouvoirs publics. Ils ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les appliquent.

**Article 54** Une loi organique réglemente l'institution du Défenseur du peuple comme haut commissaire des Cortès générales, désigné par celles-ci pour la défense des droits inclus dans le présent titre. Chargé à cet effet de contrôler l'activité de l'administration, il en rendra compte devant les Cortès générales.

#### Chapitre V

##### De la suspension des droits et libertés

**Article 55** 1. Les droits reconnus aux articles 17, 18 (paragraphe 2 et 3), 19, 20 (paragraphe 1, a et d, et paragraphe 5), 21, 28 (paragraphe 2) et 37 (paragraphe 2), peuvent être suspendus quand on a déclaré l'état d'urgence ou l'état de siège dans les termes prévus par la Constitution. On excepte des dispositions antérieures le paragraphe 3 de l'article 17 en cas de déclaration de l'état d'urgence.

2. Une loi organique peut déterminer la forme et les cas où, à titre individuel et avec la nécessaire intervention de la justice et un contrôle parlementaire adéquat, les droits reconnus aux articles 17 (paragraphe 2) et 18 (paragraphe 2 et 3) peuvent être suspendus pour certaines personnes, en relation avec les recherches concernant l'activité de bandes armées ou d'éléments terroristes.

L'utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues par cette loi organique entraînera la responsabilité pénale pour violation des droits et des libertés reconnus par la loi.

### **Référence 3 : FROMONT (Michel), " Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne ", Mélanges Eisenmann, Cujas, 1975, p. 49 et s. (extraits)**

La République Fédérale d'Allemagne a été dotée d'une constitution fondée sur l'idée de l' " État de droit " (Rechtsstaat). C'était là une réaction bien compréhensible à la fois entre le nazisme qui avait défiguré le visage de l'Allemagne et entre le communisme qui venait de conquérir l'autre partie de l'Allemagne. C'était également renoué avec une longue tradition allemande. La notion d' " État de droit " (Rechtsstaat) remonte en effet au XIXe siècle : la monarchie constitutionnelle allemande était alors considérée comme un État de droit dans la mesure OU le souverain était tenu de respecter la Constitution, ou seule la loi pouvait réglementer les droits individuels les plus précieux, la propriété et les libertés, et ou le pouvoir exécutif était tenu de respecter la loi sous le contrôle des juges. La notion avait donné à l'origine un caractère purement formel : comme la théorie de la séparation des pouvoirs dont elle était issue, elle visait principalement à répartir les compétences entre les différents organes de l'État. Mais au XXème siècle, plus précisément avec l'adoption de la constitution de Weimar, la notion d'État de droit est devenue plus large. Désormais, l'État de droit est un État " dont le but est l'instauration et le maintien d'un ordre juridique qui soit juste " (1). Dorénavant, la notion est à la fois formelle et matérielle : formelle dans la mesure où l'État de droit demeure un État dont les organes ont des compétences bien délimitées, matérielle dans la mesure où ces compétences doivent être exercées dans le respect de normes supérieures. En effet, pour que le droit ne soit pas bafoué par les

gouvernants, il ne suffit pas qu'ils appliquent les règles relatives à l'organisation des pouvoirs, il faut encore que leurs décisions ne soient pas en contradiction avec les règles essentielles d'un État libéral et démocratique. Parmi ces règles, les plus importantes sont sans conteste les droits fondamentaux (Grundrechte). Ces droits fondamentaux avaient déjà fait l'objet de proclamations dans les constitutions des États allemands du XIXe siècle, notamment dans la constitution prussienne de 1850. Néanmoins, c'est la constitution de Weimar qui constitue la source d'inspiration principale de la Loi fondamentale. Même les différences qui peuvent être relevées entre les deux textes s'expliquent par la volonté d'accroître encore l'importance des droits fondamentaux, du moins des plus classiques d'entre eux, c'est-à-dire des libertés autonomes et de la liberté politique.

Les juristes allemands s'accordent en général à reconnaître aux droits fondamentaux une double nature juridique (2). D'une part, ce sont des droits subjectifs, c'est-à-dire des droits de l'individu contre l'État; il en est ainsi non seulement pour les droits de l'homme et du citoyen proprement dits, par exemple, l'égalité (art. 3), la liberté de conscience (art. 4), la liberté d'opinion (art. 5), la liberté de réunion (art. 8), et la liberté d'association (art. 9), mais encore dans les cas où la constitution garantit l'existence d'une institution juridique ou la liberté d'un secteur d'activité, notamment lorsqu'elle pose le principe de la protection du mariage et de la famille par l'État (art. 6), lorsqu'elle garantit le droit de propriété et d'héritage (art. 14), ou encore la liberté de l'art et de la science, de l'enseignement et de la recherche (art. 5, al. 3) : par exemple, l'artiste possède un droit subjectif à exercer librement sa profession. D'autre part, les droits fondamentaux constituent les principes de base de l'ordre juridique allemand et présentent de ce fait le caractère de règles du droit objectif. Il en est ainsi non seulement dans le cas où la constitution garantit avant tout l'existence d'une institution (le mariage, la famille ou la propriété, par exemple), mais encore pour les droits fondamentaux qui sont présentés comme des droits subjectifs; par exemple, la liberté d'opinion appliquée au domaine de la presse signifie que la presse considérée dans son ensemble doit être libre.

La double nature juridique qui est ainsi reconnue aux droits fondamentaux explique la position éminente qu'ils occupent dans l'ordre juridique allemand : imposant leur suprématie aux trois branches du pouvoir d'État (première partie), ils ont déjà largement transformé le droit allemand, tant public que privé (deuxième partie).

## 1. - LA SUBORDINATION DES POUVOIRS PUBLICS AUX DROITS FONDAMENTAUX

Le principe du respect des droits fondamentaux par l'ensemble des pouvoirs de l'État est énoncé dans l'article 1, alinéa 3, de la Loi fondamentale. " Les droits fondamentaux suivants constituent des règles immédiatement applicables qui lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire " (3), Le Tribunal constitutionnel fédéral, siégeant à Karlsruhe, a été chargé de veiller à ce que ce principe ne reste pas lettre morte (4),

### A. - LA SUBORDINATION DU LÉGISLATEUR AUX DROITS FONDAMENTAUX

Alors que la Constitution de Weimar était muette sur ce point et que la doctrine et la jurisprudence n'avaient dégagé qu'imparfaitement le principe de la subordination du législateur aux droits fondamentaux, la Loi fondamentale a posé expressément ce principe et défini les modalités de sa mise en œuvre.

#### a) *Le contenu du principe de subordination.*

Le législateur n'a le droit de limiter les droits fondamentaux que dans les cas expressément prévus par la Loi fondamentale. Cependant, ces cas sont encore suffisamment nombreux pour que le législateur puisse porter de graves atteintes aux libertés publiques. C'est pourquoi les auteurs de la Loi fondamentale, rendus méfiants par les expériences passées, ont posé un certain nombre de règles générales, applicables à tous les cas. Les unes sont de forme, les autres de fond; elles sont contenues dans les deux premiers alinéas de l'article 19.

Les règles de forme sont les moins importantes. La première exige que la loi limitative d'un droit fondamental ne vise pas seulement quelques personnes, ce qui est à vrai dire une règle moins exigeante que le principe d'égalité posé par l'article 3 (5). La seconde règle exige que la loi indique l'article de la Loi fondamentale qui fait l'objet d'une restriction; le Tribunal constitutionnel fédéral a estimé juste titre que cette règle n'était pas applicable aux lois " pré constitutionnelles " c'est-à-dire aux lois édictées antérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale; cette jurisprudence a même été étendue aux cas où la loi est postérieure, mais où elle reconduit une limitation effectuée antérieurement même si de faibles modifications lui sont apportées (6).

La règle de fond est plus importante: selon l'article 19, alinéa 2, " un droit fondamental ne doit en aucun cas être atteint dans sa substance ". Le législateur ne peut donc pas limiter un droit fondamental au point de le vider de toute substance. C'est pourquoi les privations de liberté ne sont permises que dans les cas prévus et réglementés par l'article 104 de la Loi fondamentale, car elles vident manifestement de sa substance la liberté individuelle.

Même les lois constitutionnelles ne peuvent pas détruire l'ensemble des droits fondamentaux. En effet, selon l'article 79 de la Loi fondamentale, elles ne peuvent pas toucher aux principes posés dans les articles 1 et 20. Or précisément, l'article 1 oblige l'État à respecter la dignité de la personne humaine et par la même, il interdit au pouvoir constituant dérivé de remettre en cause les principaux droits fondamentaux.

#### b) *La sanction du principe de subordination.*

La subordination de la loi aux droits fondamentaux est sanctionnée principalement par les décisions du Tribunal constitutionnel fédéral (7).

Les modes de saisine les plus utilisés sont le contrôle concret des normes (konkrete Normenkontrolle) et le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde).

Le *contrôle concret des Normes* est appelé ainsi parce qu'il s'exerce à l'occasion d'un procès. Chaque juge a, en effet, le devoir de vérifier la constitutionnalité des lois applicables à l'espèce, notamment leur compatibilité avec les droits fondamentaux. S'il s'agit d'une loi antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, le juge peut lui-même la déclarer inapplicable en cas de contrariété avec la Constitution. Au contraire, s'il s'agit d'une loi postérieure, le juge ne peut pas la déclarer inapplicable et encore moins l'annuler. En cas

de doute, il doit surseoir à statuer et saisir le Tribunal constitutionnel fédéral. Si celui-ci juge inconstitutionnelle la loi dont il a été saisi, il la déclare rétroactivement nulle; la décision d'annulation *doit* alors être publiée au *Journal Officiel* (Bundesamtsblatt) comme l'a été la loi qui fait l'objet de l'annulation. Dans le cas contraire, la validité de la loi est confirmée. Cependant, la déclaration de validité est souvent accompagnée d'une interprétation qui lie l'ensemble des pouvoirs publics. En effet, bien souvent, la loi n'est reconnue conforme à la constitution qu'à la condition qu'elle soit interprétée dans un certain sens, qui est d'ailleurs souvent restrictif. Ce procédé est très fréquemment utilisé (8). Il comporte cependant des limites, car l'interprétation donnée ne peut pas ajouter au texte de la loi; par exemple, une loi qui est relative aux traitements des fonctionnaires et qui viole le principe d'égalité ne peut pas être interprétée de façon à attribuer à certains fonctionnaires des traitements supérieurs à ceux prévus par la loi. De plus, ce procédé repose sur l'idée que le législateur est présumé ne pas avoir voulu porter atteinte aux droits fondamentaux; il ne peut donc pas être appliqué aux lois de la période nazie.

Alors que le contrôle concret des normes est laissé dans une certaine mesure à l'initiative du juge saisi d'un procès quelconque, le *recours constitutionnel* peut être formé devant le Tribunal constitutionnel fédéral par tout individu qui prétend être lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux (art. 93, al. 4 b de la Loi fondamentale) (9). Ce recours doit être formé dans l'année qui suit la promulgation de la loi (§ 93 de la loi sur le Tribunal constitutionnel fédéral). La loi fera l'objet d'une annulation rétroactive si elle porte atteinte à un droit fondamental de façon inconstitutionnelle (soit que l'atteinte soit inadmissible, soit qu'elle ait été édictée selon une procédure irrégulière ou par un législateur incompétent).

## B. - LA SUBORDINATION DU POUVOIR EXÉCUTIF AUX DROITS FONDAMENTAUX

Des trois pouvoirs, l'exécutif est apparu très tôt comme le plus dangereux pour les libertés individuelles. C'est pourquoi les droits fondamentaux ont été connus dès le début comme des droits opposables par les particuliers au pouvoir exécutif. Néanmoins, les voies de recours nécessaires pour faire valoir ces droits n'ont été créées que très tard, c'est-à-dire il y a seulement un quart de siècle.

### a) *Le contenu du principe de subordination du pouvoir exécutif.*

Le principe de subordination signifie que le pouvoir exécutif ne peut pas porter atteinte aux droits fondamentaux en dehors des cas dans lesquels il a été expressément autorisé à le faire; selon la Loi fondamentale, le législateur ne peut donner de telles autorisations que dans certains cas bien délimités.

Ce principe est absolu et s'applique à toutes les activités de l'exécutif. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence ont hésité pendant quelque temps à propos des deux questions suivantes.

La première question est celle de l'application des droits fondamentaux à certaines relations de droit public entre l'État et les individus. Le droit administratif classique distinguait en effet les relations générales entre l'État et les citoyens, (*allgemeine Gewaltverhältnis*) et les relations plus étroites qui se nouent entre l'État et certaines personnes : fonctionnaires, élèves, etc. (*besondere Gewaltverhältnis*). Traditionnellement, les premières étaient soumises à l'empire de la loi alors que les secondes y échappaient. Cette doctrine a été abandonnée et les droits fondamentaux doivent désormais être respectés même dans le cadre de relations particulières. Néanmoins, on admet aujourd'hui encore que les individus soient alors soumis à des sujétions spéciales et notamment que des restrictions puissent être apportées à leurs droits fondamentaux. Par exemple, la liberté d'expression des fonctionnaires peut être limitée. Pour qu'une telle restriction soit acceptable, il faut et il suffit que les relations particulières soient prévues par la constitution elle-même (ce qui est le cas pour les écoliers, les fonctionnaires, les soldats et les prisonniers) et que leur spécificité rende nécessaires certaines restrictions.

La seconde question est celle de l'application des droits fondamentaux aux activités étatiques régies par le droit privé. Sous la république de Weimar, la doctrine et la jurisprudence avaient considéré que ces activités étaient soustraites à l'empire des droits fondamentaux (10). Aujourd'hui, doctrine et jurisprudence sont unanimes à considérer que l'administration doit respecter les droits fondamentaux au moins lorsque celle-ci assume une mission de service public dans les formes du droit privé (11). En effet, il serait inadmissible que l'administration puisse se servir des formes du droit privé pour échapper à ses obligations. Bien plus, certains auteurs (12) soutiennent que l'administration est tenue de respecter les droits fondamentaux même lorsqu'elle exerce des activités purement domaniales (*fiskalische Verwaltung*), c'est-à-dire lorsqu'elle gère son domaine comme un simple particulier. En effet, aucun texte constitutionnel ne permet de justifier une exception à la règle de la soumission du pouvoir exécutif aux droits fondamentaux; tout au plus peut-on admettre que cette règle s'y applique de façon plus souple. Par exemple, en accordant une commande publique, l'administration n'a pas à respecter le principe d'égalité de façon aussi stricte que si elle accordait une subvention; en revanche, elle n'a certainement pas le droit de refuser un marché à quelqu'un en raison de ses opinions religieuses ou politiques.

Ainsi, la soumission de l'exécutif aux droits fondamentaux devient de plus en plus complète. Cela est d'autant plus important que la Loi fondamentale a prévu une gamme complète de recours.

### b) *La sanction du principe de subordination.*

La subordination du pouvoir exécutif est sanctionnée principalement par les juridictions administratives. En effet, selon la loi du 21 janvier 1960 sur les tribunaux administratifs, toute personne lésée dans l'un de ses droits peut introduire devant un tribunal administratif une action tendant à l'annulation d'une décision administrative individuelle et celle-ci peut être fondée notamment sur la violation d'un droit fondamental.

Par ailleurs, tous les tribunaux, notamment les tribunaux administratifs, ont le devoir de s'assurer de la constitutionnalité des règlements administratifs qui sont applicables au procès dont ils sont saisis. Comme pour les lois antérieures à l'entrée en vigueur de la constitution, ils peuvent les déclarer inapplicables en cas de violation des droits fondamentaux (13).

Enfin, le Tribunal constitutionnel fédéral peut être saisi d'un recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) dirigé contre un acte quelconque du pouvoir exécutif, qu'il s'agisse d'une décision individuelle ou d'un règlement. Il suffit que le requérant prétende qu'il subit une atteinte à l'un de ses droits fondamentaux et qu'il ait épuisé toutes les voies de recours juridictionnelles. La règle de l'épuisement préalable des autres recours subit deux exceptions : lorsque la question est d'importance primordiale, ou lorsque le requérant risque de subir un préjudice grave et irrésistible, le recours peut être porté directement devant le Tribunal constitutionnel fédéral. Ainsi, la protection juridictionnelle des droits fondamentaux contre le pouvoir exécutif est-elle aujourd'hui sans lacune.

## C. - LA SUBORDINATION DU POUVOIR JUDICIAIRE AUX DROITS FONDAMENTAUX

Les tribunaux allemands sont également tenus de respecter les droits fondamentaux sous le contrôle de celui qui se trouve à leur tête, le Tribunal constitutionnel fédéral.

### a) *Le Contenu du principe.*

La position des tribunaux allemands n'est pas la même selon que les droits fondamentaux sont relatifs à la procédure judiciaire ou qu'ils édictent des règles de fond.

Dans le premier cas, la soumission des tribunaux est complète: la procédure suivie doit être conforme aux règles minimales qui sont posées par les articles 101 à 104 de la Loi fondamentale ainsi qu'à celles qui découlent des dispositions plus générales, telles que l'article 3 relatif au principe d'égalité.

Dans le second cas, la soumission du pouvoir judiciaire a soulevé des difficultés qui n'ont pas encore été résolues. En effet, une soumission intégrale aurait conduit à ce que les dispositions constitutionnelles garantissant les droits fondamentaux soient immédiatement applicables à l'ensemble des litiges.

Lorsque le juge statue sur un litige opposant un particulier au pouvoir exécutif cette application est tout à fait normale puisque ce dernier est lui-même tenu de respecter les droits fondamentaux des individus. Il en est de même lorsqu'un juge agit dans le cadre de la justice pénale (arrestation préventive, jugement de condamnation), car ce sont encore les relations entre l'État et les individus qui sont directement en cause.

Au contraire, lorsque le juge statue sur un litige entre deux particuliers, l'application des droits fondamentaux est beaucoup moins évidente. En effet, le droit civil *lato sensu* (c'est-à-dire y compris le droit commercial et le droit du travail) est fondé très largement sur le principe de l'autonomie de la volonté alors que les droits fondamentaux ont été conçus comme des moyens de défense pour ceux qui sont soumis à la puissance de l'État. Faire intervenir les droits fondamentaux dans les litiges entre particuliers, c'est bouleverser les bases mêmes du droit privé. Mais ne pas le faire intervenir reviendrait trop souvent à admettre que les puissances sociales et économiques ne sont pas soumises aux mêmes limitations que la puissance publique, c'est-à-dire à rester fidèle au postulat du XIX<sup>e</sup> siècle selon lequel les individus sont égaux entre eux et n'ont donc pas à être protégés les uns contre les autres.

Ces considérations expliquent que la jurisprudence ait été amenée à choisir une voie moyenne entre ces deux solutions extrêmes. Le Tribunal constitutionnel fédéral part de l'idée que nous avons développée dans l'introduction : les droits fondamentaux ne sont pas exclusivement des droits subjectifs; ils sont également porteurs de règles du droit objectif. Plus précisément, en les garantissant, la Loi fondamentale a établi une certaine hiérarchie des valeurs (objective Wertordnung) la plus importante d'entre elles est la dignité de la personne humaine et son libre épanouissement (art. 2). Or, ce système de valeurs doit constituer une directive fondamentale pour l'ensemble des pouvoirs publics. En particulier, les tribunaux doivent interpréter les règles du droit civil à la lumière de celles-ci sous peine de violer la constitution elle-même. Bien évidemment, l'influence des droits fondamentaux doit être particulièrement grande sur les dispositions qui présentent un caractère d'ordre public et sont rédigées en termes généraux. Dans la pratique c'est surtout par l'intermédiaire des règles générales du Code civil, notamment des paragraphes 138, 242, 826 du Code civil (14), que les droits fondamentaux s'appliquent aux litiges privés. Ceux-ci ne produisent donc pas d'effet direct, mais seulement un effet indirect sur les relations entre particuliers.

Pour être limitée, cette application des droits fondamentaux par le juge civil a eu pour conséquence d'accroître l'emprise du droit constitutionnel sur le droit privé et par la même celle du Tribunal constitutionnel fédéral sur l'ensemble du pouvoir judiciaire.

### b) *La sanction du principe.*

La protection des droits fondamentaux contre les jugements et autres actes des tribunaux est, en effet, assurée par le Tribunal constitutionnel fédéral. Comme nous l'avons vu précédemment, tout individu qui estime avoir subi une atteinte dans l'un de ses droits fondamentaux du fait de la puissance publique peut former devant lui un "recours constitutionnel" (Verfassungsbeschwerde); en particulier, il peut le diriger contre un jugement à la seule condition d'avoir épuisé au préalable tous les recours ordinaires. Le Tribunal constitutionnel fédéral apparaît ainsi comme une sorte de cour suprême chargée de veiller à la constitutionnalité des jugements rendus par les différentes cours de cassation.

Il ne conçoit d'ailleurs pas son rôle de la même façon selon que le litige est régi par le droit privé ou par le droit public ou pénal. Dans le premier cas, il sanctionne la fausse interprétation d'une disposition relative à un droit fondamental à la condition que cette question ait été soulevée lors du procès. Au contraire, dans le deuxième cas, il sanctionne toute violation portée à un droit fondamental (à l'exception toutefois de l'erreur de fait) même si aucune des parties ne l'avait invoquée durant les instances précédentes.

## 2. - L'INFLUENCE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR L'ENSEMBLE DU DROIT ALLEMAND

Normes suprêmes, les droits fondamentaux constituent un système de valeurs (Wertordnung) qui est absolument sans lacune (lückenlos). Ceux-ci s'ordonnent autour de trois principes généraux : le principe de liberté qui est affirmé en termes très larges par l'article 2 (droit de chacun au libre développement de sa personnalité) et qui est concrétisé par diverses libertés particulières (15), le principe d'égalité qui fait principalement l'objet de l'article 3, enfin le principe de la soumission de l'État au droit (Rechtsstaat) qui est proclamé par l'article 20. Ces principes sont tellement généraux que la solution de nombreux problèmes juridiques dépend en dernier ressort de la portée qu'on leur attribue. Par exemple dans le célèbre jugement "Elf" rendu le 16 janvier 1957, le Tribunal constitutionnel fédéral a interprété l'article 2 de telle façon que toute atteinte portée aux droits et intérêts d'un individu constitue une violation du droit fondamental au libre épanouissement de la personne humaine dès lors que cette atteinte est contraire à une disposition quelconque de la constitution (16).

Ainsi conçue, la théorie des droits fondamentaux a vocation à exercer une profonde influence sur l'ensemble du droit allemand, soit par la déduction de nouvelles règles de droit, soit par l'annulation des dispositions contraires, soit encore

par l'interprétation des règles existantes dans un sens conforme à la constitution (verfassungskonforme Auslegung). Cette influence s'est exercée sur toutes les branches du droit allemand, en particulier sur le droit administratif, le droit pénal et le droit privé (17).

## A. - L'INFLUENCE SUR LE DROIT ADMINISTRATIF

Comme l'a montré avec beaucoup de vigueur le professeur Forsthoff (18), le droit administratif allemand est constitué par la superposition de deux couches, une couche libérale qui correspond à une administration utilisant des procédés de police (Eingriffsverwaltung) et une couche sociale qui correspond à une administration prestataire de services (Leistungsverwaltung). Ce dualisme se retrouve dans une certaine mesure au plan constitutionnel. Certes, contrairement à celle de Weimar, la constitution de Bonn a conçu les droits fondamentaux dans une perspective essentiellement libérale; néanmoins, les préoccupations sociales n'en sont pas absentes et l'évolution récente de l'Allemagne tend à leur accorder une importance croissante quoique modeste. C'est pourquoi les droits fondamentaux contribuent tout à la fois à la libéralisation et à la socialisation du droit administratif.

### a) *La libéralisation du droit administratif.*

L'application des droits fondamentaux par le juge a permis à celui-ci d'imposer une certaine libéralisation du droit administratif allemand. Il l'a fait autour des trois axes que nous avons dégagés précédemment : la liberté, l'égalité, la soumission au droit.

Toutes les libertés ont pour effet de limiter les pouvoirs de l'administration vis-à-vis du citoyen, et par conséquent de réduire considérablement le caractère discrétionnaire de certaines de ses décisions. Quelques exemples tirés de la jurisprudence permettent de mesurer les progrès accomplis. Ainsi, le refus de délivrer un passeport était une décision dont la validité était subordonnée à des conditions très vagues; le Tribunal administratif fédéral et, à sa suite, le Tribunal constitutionnel fédéral (19) ont contrôlé de façon très poussée, " intégralement ", la qualification juridique des faits qui motivent la mesure grâce à une interprétation de la loi faite en conformité avec l'article 2 de la Loi fondamentale. Au contraire, dans un jugement rendu le 5 août 1966 (20), le Tribunal de Karlsruhe a annulé la loi du 5 novembre 1934 relative aux réunions pour la raison suivante : celle-ci ne précisait pas les cas dans lesquels l'autorité administrative pouvait ne pas autoriser une réunion, règle qui lui confiait ainsi un véritable pouvoir discrétionnaire en matière de réunion.

Appliqué à l'administration, le principe d'égalité a également pour effet de limiter son pouvoir discrétionnaire. En particulier, selon la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral (21) et du Tribunal administratif fédéral (22). Ce principe impose à l'administration l'obligation de ne pas s'écarter sans raison valable de la pratique précédemment suivie. Bien entendu, cette pratique doit être relative à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et non à l'interprétation de la loi, et elle doit être conforme à la loi. Ainsi, les circulaires qui fixent une telle pratique peuvent s'imposer à l'administration sans toutefois s'imposer aux administrés, ce qui est une solution beaucoup plus protectrice des droits individuels que celle retenue par le Conseil d'État de France au sujet des directives (23).

Enfin, le principe de l'État de droit a incité la jurisprudence à poser de nouveaux principes (24). Ce Tribunal constitutionnel fédéral ne s'est pas contenté d'annuler les lois accordant à l'administration un pouvoir trop discrétionnaire, il a également dégagé des règles relevant de la théorie générale du droit administratif. Ainsi, dans un arrêt déjà cité (25), il a posé la règle selon laquelle l'administration devait faire connaître les motifs de ses décisions dès qu'il y a contestation (Begründungspflicht) et le Tribunal administratif fédéral a adopté le même principe (26). De même, la jurisprudence considère que, dans un État de droit, l'audition préalable des intéressés est nécessaire au moins dans les cas où un acte administratif porte atteinte aux droits de l'administré (27). Enfin, certaines décisions qui étaient jusqu'alors insusceptibles de recours, telles que le retrait d'une mesure de grâce sont aujourd'hui soumises au contrôle du juge (28).

Sous l'impulsion de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux, le droit administratif allemand s'est ainsi fortement libéralisé; il s'est également quelque peu socialisé.

### b) *La socialisation du droit administratif.*

Les trois principes généraux autour desquels s'ordonnent les droits fondamentaux peuvent être interprétés dans un sens plus social. Ainsi, la liberté peut impliquer non seulement le droit de défendre son autonomie face à l'État, mais encore celui d'exiger de celui-ci les moyens nécessaires à son exercice effectif. Quant au principe d'égalité, il peut être interprété comme exigeant une égalité matérielle et non pas seulement formelle. Enfin, le principe de l'État de droit appelle nécessairement une interprétation sociale puisque l'article 20 de la Loi fondamentale affirme expressément que la République Fédérale est un État fédéral, démocratique et social. C'est en se fondant sur une telle interprétation que la jurisprudence est parvenue dans un certain nombre de cas à reconnaître aux individus de véritables droits à obtenir des prestations de la part de l'État.

En ce domaine, le Tribunal administratif fédéral s'est montré le plus hardi. Dès sa création, celui-ci avait considéré qu'une loi imposant à une collectivité locale des obligations d'aide sociale conférait aux nécessiteux un véritable droit à obtenir l'aide (29), et selon un jugement rendu le 22 septembre 1967 (30), la liberté de créer des écoles privées implique que celles-ci aient un véritable droit à bénéficier : l'aide de l'État, car elles sont considérées par la Constitution comme remplissant le véritable mission de service public; elles doivent donc être traitées sur un pied d'égalité avec les écoles publiques.

Le Tribunal constitutionnel fédéral a approuvé ces nouvelles tendances de la jurisprudence dans le célèbre arrêt qu'il a rendu le 18 juillet 1972 (31), au sujet de constitutionnalité des lois de Hambourg et de Bavière imposant un *numerus clausus* à l'entrée des étudiants à l'Université. Selon lui, " combiné avec l'article 3, alinéa 1 de la Loi fondamentale (principe d'égalité) et le principe de l'État social, article 12 de la Loi fondamentale (liberté d'accès à l'établissement d'enseignement de son choix), reconnaît à quiconque remplit les conditions d'aptitude, le droit d'entrer dans l'établissement d'enseignement supérieur de son choix ". Cette affirmation véritablement révolutionnaire est cependant tempérée par deux atténuations. En premier lieu, le principe ne vaut que dans les domaines où l'État a créé effectivement, des établissements d'enseignement. En second lieu, l'insuffisance de la capacité d'accueil ne constituerait une violation du droit de fréquenter l'établissement de son choix que si les pouvoirs politiques (Gouvernement et Parlement) ne faisaient pas d'efforts pour améliorer la situation. Ces atténuations montrent les difficultés que rencontre le juge allemand lorsqu'il passe d'une conception libérale à une conception sociale des droits fondamentaux : il risque de substituer purement et simplement son appréciation à celle des pouvoirs

politiques. Mais n'est-ce pas là le risque de tout contrôle juridictionnel ?

(1) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Beck, München (feuilles mobiles). Article 20, n° 59.

(2) Notamment HESSE (Konrad), *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR/derrepublik Deutschland*, Müller, Karlsruhe 1970, 4ème édition, p. 116 et s.

(3) En adoptant la traduction ci-dessous reproduite, nous prenons implicitement parti en faveur de l'interprétation adoptée par la doctrine dominante: ce ne sont pas les fonctions législatives, exécutives et judiciaires qui sont liées en tant que telles, mais les organes qui les exercent; de ce fait, les règlements administratifs doivent respecter les droits Fondamentaux en qualité d'actes du pouvoir exécutif, et non en qualité d'actes matériellement législatifs.

(4) D'autres sanctions existent, notamment a titre d'ultime recours, l'exercice du droit de résistance a la tyrannie qui est reconnu a tout allemand par l'article 20

(5) Principales décisions du Tribunal constitutionnel fédéral relatives à cette règle : (B Verf G E, tome 7, p. 129; tome 8, p. 332, tome 10, p. 234; tome 13, p. 225; tome 24, p. 33; } tome 25, p. 371.

(6) Décisions du Tribunal constitutionnel fédéral : tome 2, p. 121; tome 5, p. 13; tome 15, p. 288; tome 16, p. 194.

(8) On trouvera la liste des principales décisions ayant interprété une loi de fa90n conforme dans Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Kommentar, Verlag Otto Schmidt, Köln 1971, 4. éd., p. 5 (Anm. 4 Einführung).

(10) V. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3' éd., 1931, p. 25 et FEUER (traduction Eisenmann), *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris 1933, p. 198 et s.

(11) Jurisprudence constante de la Cour de cassation (Bundesgerichtshof) : Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar, Art. 1.

(13) De plus, dans certains Länder, des recours en annulation peuvent être formés directement contre des règlements administratifs.

(14) Ces articles édictent respectivement la nullité des contrats contraires aux bonnes moeurs, L'obligation du débiteur d'exécuter son obligation de bonne foi et la responsabilité de celui qui cause des dommages à autrui d'une façon contraire aux bonnes moeurs.

(15) Le caractère général de la liberté proclamée par l'article 2 a été reconnu expressément par le Tribunal constitutionnel fédéral (notamment dans sa décision B Verf G E, tome 6, p. 32 et 36), ce qui est conforme aux suggestions d'une partie de la doctrine (notamment Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 2, Beck, München, feuilles mobiles), mais ce qui est critiqué par une autre partie (notamment Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, MULLER, Karlsruhe, 1970, 4. éd., p. 171).

(16) Tribunal constitutionnel fédéral, 16 janvier 1957, B Verf G E, tome 6, p. 32; voir aussi Tribunal constitutionnel fédéral 7 avril 1964, N Verf G E, tome 17, p 306.

(17) Selon la doctrine allemande, le droit pénal ne fait pas partie du droit privé, mais appartient au droit public au sens large.

(18) FORSTHOFF (Ernst), *Traité de droit administratif allemand* (traduit par Fromont), Bruylant, Bruxelles 1969, p. 126.

(19) Tribunal constitutionnel fédéral, 16 janvier 1957, B Verf G E, tome 6, p. 32.

(20) Tribunal constitutionnel fédéral, 5 août 1966, B Verf G E, tome 20, p. 150.

(21) Tribunal constitutionnel fédéral, 16 février 1965, B Verf G E, tome 18, p. 363.

(22) Tribunal administratif fédéral. 13 décembre 1962, B Verf G E, tome 15, p. 196. Tribunal administratif fédéral, 10 décembre 1969, B Verf G E, tome 34, p. 278; NJW, 1970, p. 675 (cité par notre chronique à la Revue du Droit Public) 1970 p 1371

(23) Sur le problème en général, Voir MERTENS, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, 1963, et OSSENBUEHL, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968.

(24) Voir notamment le commentaire de l'article 20 de la Loi fondamentale de Leibholz et Rinck.

(25) Tribunal constitutionnel fédéral, 16 janvier 1957 (affaire " Lüth "), B Verf G E, tome 6, p. 32-44.

(26) Tribunal administratif fédéral, 4 décembre 1959, B Verf G E, tome 10, p. 43.

(27) Tribunal administratif fédéral, 1er octobre 1965, D Y BI. 1965, p. 27. Pour une comparaison des droits français et allemand sur cette question, voir la thèse de BEHRENDT, *Das rechtliche gehö, imdeutschen und französischen Verwaltungsverfahren*, Schoen, München 1970.

(28) Tribunal constitutionnel fédéral, 12 janvier 1971, B Verf G E, tome 30, p. 108; Verw Arch. 1971, p. 409, note Erichsen (voir notre chronique à la Revue du Droit public 1972, p. 1459).

(29) Tribunal administratif fédéral, 24 juin 1954, B Verf G E, tome 1, p. 159. Voir aussi Tribunal Administratif fédéral, 14 juillet 1959, B Verf G E, tome 9, p. 78 (à l'obligation d'être vacciné correspond le droit à être vacciné).

(30) Tribunal administratif fédéral, 22 septembre 1967, B Verf G E, tome 27, p. 360.

(31) Tribunal constitutionnel fédéral, 18 juillet 1972, B Verf G E, tome 33, p. 303; NJW 1972, p. 1561 \_t note Plander, p. 1941; D V 1972, p. 606; note Haberle, p. 729; D V BI. 1972, p. 725; Verw Arch 1973, J. 183, note Von Mutius; JZ 1972, p. 686, note Kimminich Bay V BI. 1972, p. 469, note Maunz.

#### **Référence 4 : LUCHAIRE (Français), Les droits et libertés fondamentaux (Conseil Constitutionnel, 1998)**

##### **LES DROITS FONDAMENTAUX**

Partageant les idéaux inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (dont nous célébrerons à la fin de cette année le cinquantième anniversaire) et dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Constitution française de 1958 garantit à chacun l'exercice des droits fondamentaux. Ceux-ci apparaissent dans divers articles de la Constitution et surtout dans son préambule. En effet, celui-ci proclame solennellement l'attachement du peuple français "aux droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ".

A la différence de la Constitution de 1946, celle de 1958 a prévu un contrôle de la conformité de la loi à la Constitution ; le contrôle est confié au Conseil constitutionnel qui censure toute loi contraire aux droits rappelés par le préambule.

Ces droits ont, pour l'essentiel, leur origine dans la Déclaration de 1789; mais celle-ci a été interprétée par le Conseil constitutionnel en fonction de l'évolution de la société.

C'est ainsi qu'il a concilié :

- Le droit de propriété (articles 2 et 17 de la Déclaration) avec le caractère social de la République (article 1er de la Constitution).

- Le principe de la libre communication des pensées et des opinions (article 11 de la Déclaration) avec les impératifs techniques qui commandent les émissions de radiodiffusion et de télévision.
- Le principe de la souveraineté nationale avec les exigences de la solidarité internationale et notamment européenne.

Un tableau des droits et libertés constitutionnellement garantis peut être établi à partir d'abord des droits que la Déclaration de 1789 (article 2) affirme inaliénables et imprescriptibles c'est-à-dire " la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ", ensuite de la devise de la République (article 2 de la Constitution) c'est-à-dire " liberté, égalité et fraternité ". Il repose aussi sur d'autres dispositions de la Constitution notamment de son préambule ; or ce dernier confirme celui de 1946 qui donne valeur constitutionnelle aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Enfin, ce tableau tient compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

### *I / La liberté*

Elle apparaît huit fois dans la Constitution qui place la liberté individuelle sous la protection de l'autorité judiciaire (article 66 de la Constitution). Certes dans l'ordre économique la liberté d'entreprendre n'est " ni générale, ni absolue " ; mais elle ne peut faire l'objet de " restrictions arbitraires ou abusives ". Dans le domaine des opinions, la liberté d'expression est garantie. Certes la République française est laïque, mais elle respecte toutes les croyances. Si la Nation doit organiser un enseignement laïc et gratuit, la liberté de l'enseignement privé est reconnue ainsi que son aptitude à recevoir des subventions de l'Etat ou des collectivités publiques.

L'Etat tient compte du fait religieux comme aussi de l'athéisme. C'est ainsi que la télévision publique a l'obligation d'assurer des émissions religieuses tant chrétiennes que musulmanes ou israéliennes.

Dans le même esprit, l'indépendance et la liberté d'expression des professeurs de l'enseignement supérieur ont valeur constitutionnelle.

### *II / L'égalité*

Elle est souvent évoquée devant la justice, les charges publiques, les calamités naturelles, l'accès aux emplois publics ... etc. Des différences de situation justifient des règles différentes notamment en matière fiscale mais le législateur doit fonder son appréciation sur des " critères objectifs et rationnels ".

Certaines discriminations sont interdites ; ce sont celles qui reposent sur l'origine, la race ou la religion. La femme, dans tous les domaines a des droits égaux à ceux de l'homme. Sont aussi condamnés des privilèges.

Ainsi, l'immunité que la Constitution reconnaît aux parlementaires ne peut être étendue aux actes qu'ils accomplissent en raison d'autres fonctions.

Le principe d'égalité est peut-être le principe fondamental le plus souvent utilisé par le Conseil constitutionnel.

### *III / La fraternité*

Elle correspond au caractère social de la République. Tous les Français sont solidaires devant les calamités nationales. Surtout le régime de la sécurité sociale repose en partie sur le droit de tout être humain qui se trouve dans l'incapacité de travailler d'obtenir des moyens convenables d'existence. Il repose aussi sur le devoir de la Nation d'assurer à tous la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs.

Le caractère social de la République conduit à aller plus loin : la Nation doit assurer, à l'individu et à la famille, les conditions nécessaires à leur développement. Les travailleurs ont de nombreux droits : droit à l'action syndicale, droit de grève, droit, par leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

### *IV / La propriété*

Privée comme publique, la propriété est protégée car elle a le même caractère fondamental que la liberté. Mais depuis 1789 les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution. Celle-ci est caractérisée par une extension de son champ d'application (biens incorporels par exemple) et par des limitations exigées par l'intérêt général. Les nationalisations (d'ailleurs prévues par la Constitution) sont donc possibles de même que des limitations dans l'utilisation des biens. Mais naturellement tous les dommages spécifiques résultant de ces opérations doivent faire l'objet d'une juste indemnisation.

### *V / La sûreté*

Le droit à la sûreté interdit de donner un effet rétroactif à une loi répressive plus sévère. Dans les autres domaines les lois rétroactives et notamment la validation d'actes illégaux ne sont possibles que si elles sont justifiées par un intérêt général que le juge constitutionnel se réserve d'apprécier.

La sûreté conduit aussi au maintien des situations légalement acquises lorsqu'elles sont liées à l'exercice d'une liberté.

La sûreté c'est encore le droit au respect de la vie privée et du domicile. Celui-ci ne peut faire l'objet d'une perquisition qu'avec l'autorisation et le contrôle du juge.

En revanche la sûreté c'est aussi la sécurité des personnes et des biens. Cette sécurité est un objectif de valeur constitutionnelle avec lequel la liberté doit être conciliée. C'est le cas pour la recherche des auteurs d'infraction, la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, la



prévention des menaces à l'ordre public. C'est ainsi que la loi peut permettre des vérifications d'identité mais dans des conditions et limites très précises.

#### **VI / La résistance à l'oppression**

Elle a été placée dans la Déclaration par des hommes qui pensaient à une action révolutionnaire contre un régime despotique. Mais dans un Etat démocratique, toute mesure oppressive doit être combattue par l'appel au juge.

#### **VII / Le droit au juge**

C'est la traduction contemporaine du droit de résistance à l'oppression. Tout justiciable a droit à un juge indépendant et impartial et statuant dans un délai raisonnable. L'indépendance de l'autorité judiciaire est garantie par la Constitution, celle du juge administratif par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Les magistrats du siège sont inamovibles, le statut de la magistrature fait l'objet de lois organiques nécessairement soumises au contrôle du Conseil constitutionnel avant leur promulgation.

Le droit au juge s'accompagne du droit à la défense. Ce dernier comprend: le caractère contradictoire et égalitaire de la procédure, la possibilité des demandes de sursis à exécution d'une décision frappée d'appel, la motivation des décisions de justice.

Plus spécialement en matière pénale la personne poursuivie a le droit de :

- recourir à l'avocat de son choix,
- disposer d'un délai raisonnable pour présenter sa défense,
- demander le sursis à l'exécution de toute sanction frappée d'appel.

#### **VIII / Le droit à la démocratie**

La République française est démocratique : tout français majeur est donc électeur et éligible. Les lois privant un français de ces droits ou rendant certaines personnes inéligibles à des fonctions électives doivent être interprétées restrictivement, de même que celles établissant des incompatibilités entre des mandats électifs et certaines fonctions publiques ou privées.

Les partis et groupements politiques se forment et exercent leur activité librement (article 4 de la Constitution). La loi - mais non la Constitution - a prévu leur financement par le budget de l'Etat afin d'éviter qu'ils ne dépendent de grands intérêts économiques.

Les collectivités locales s'administrent librement par des conseils élus dans les conditions fixées par la loi. C'est le cas des communes, des départements, des territoires d'outre-mer et des autres collectivités territoriales créées par la loi et notamment des régions.

#### **IX / La situation des étrangers**

La plupart des droits et libertés qui viennent d'être énumérés sont reconnus non seulement aux citoyens français mais aussi aux étrangers (à l'exception naturellement des droits civiques) surtout si leur séjour en France n'est pas contraire à la loi. Mais il est un droit spécifiquement reconnu à tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté c'est " le droit d'asile sur les territoires de la République ".

#### **X / La protection des droits et libertés**

Quand l'atteinte à un droit fondamental est le fait de la loi, celle-ci peut être censurée par le Conseil constitutionnel mais seulement à deux conditions : d'une part, il ne peut être saisi que par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Il ne peut être saisi ni par les particuliers, ni par les tribunaux.

Lorsqu'il fait application de droits ou libertés fondamentaux, le Conseil constitutionnel est souvent conduit à interpréter le texte constitutionnel.

D'autre part, il ne peut être saisi qu'entre le vote de la loi et sa promulgation par le Président de la République.

La loi, une fois promulguée, ne peut plus être contestée.

Quand l'atteinte est le fait d'une administration, celle-ci peut être, à tout moment, condamnée par les juridictions administratives. Toutefois, si la liberté individuelle d'une personne est en cause, l'autorité judiciaire est seule compétente.

**Référence 5 : Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé**

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu le mémoire ampliatif présenté au nom des députés auteurs de la première saisine, enregistré au secrétariat général du Conseil constitutionnel le 23 décembre 1989 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

Considérant que la conformité à la Constitution de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé est contestée en raison des conditions de son adoption par l'Assemblée nationale, qui seraient contraires à l'article 49 de la Constitution, de l'insertion par voie d'amendement de certains de ses articles et du contenu de l'article 17 ;

- SUR LA PROCEDURE D'ADOPTION DE L'ENSEMBLE DE LA LOI :

Considérant que les députés auteurs de la première saisine et les signataires de la deuxième saisine contestent la régularité de la procédure d'adoption de la loi ; qu'ils relèvent que le projet de loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé a été adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture après recours à la procédure d'engagement de responsabilité sur un texte prévue par l'article 49, alinéa 3, de la Constitution ; qu'en l'absence du Premier ministre c'est un membre du Gouvernement qui a engagé la responsabilité de celui-ci lors de la deuxième séance du 15 décembre 1989 ; qu'ils soutiennent que cette procédure est irrégulière au motif que le Premier ministre a seul le pouvoir d'engager la responsabilité du Gouvernement qu'il dirige ; que, s'il est vrai que Monsieur JOSPIN a été désigné pour assurer l'intérim des fonctions du Premier ministre, le décret l'y habilitant était inopposable aux députés car il n'est entré en vigueur, conformément au décret du 5 novembre 1870, qu'un jour franc après sa publication, c'est-à-dire en l'occurrence le 16 décembre 1989 ; qu'il est soutenu, en outre, que les conditions dans lesquelles a été mis en œuvre l'article 49, alinéa 3, de la Constitution sont contraires tant à l'esprit de ce texte qu'à l'usage parlementaire ;

. En ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 49 de la Constitution :

Considérant qu'aux termes du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution "le Premier ministre peut, après délibération du Conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte. Dans ce cas, le texte est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent." ;

Considérant que l'exercice de la prérogative conférée au Premier ministre par le troisième alinéa de l'article 49 n'est soumis à aucune condition autre que celles résultant de ce texte ;

Considérant que dans la mesure où le Conseil des ministres avait délibéré au cours de sa réunion du 15 novembre 1989 sur l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur le projet de loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, les conditions posées par la Constitution pour la mise en œuvre, à propos de l'examen de ce dernier texte, de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution se trouvaient réunies ;

. En ce qui concerne l'intérim du Premier ministre :

Considérant qu'en conférant, par décret en date du 14 décembre 1989, à Monsieur Lionel JOSPIN, ministre d'Etat, ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports la charge d'assurer l'intérim de Monsieur Michel ROCARD, Premier ministre, pendant l'absence de ce dernier, le Président de la République a, ainsi que l'y habilite l'article 5 de la Constitution, pris les dispositions nécessaires pour assurer la continuité de l'action gouvernementale ; que, sur le même fondement et pour des motifs analogues, le décret individuel chargeant un ministre de l'intérim du Premier ministre produit effet immédiatement sans attendre sa publication au Journal officiel ; que Monsieur JOSPIN possédait l'intégralité des pouvoirs attachés à la fonction qui lui était confiée à titre intérimaire ; qu'il avait, par suite, compétence pour engager la responsabilité du Gouvernement sur le vote d'un texte, en application du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de la violation de l'article 49 de la Constitution doit être écarté ;

- SUR LES CONDITIONS D'INSERTION, SOUS FORME D'AMENDEMENTS, DE L'ARTICLE 17 ET DES ARTICLES 34 A 49 :

Considérant qu'il est soutenu que plusieurs articles de la loi déferée ont été adoptés dans des conditions non conformes à la Constitution ;

Considérant que les critiques portent tout d'abord sur l'article 17 ; que les députés auteurs de la première saisine, tout comme les sénateurs auteurs de la troisième saisine, font valoir que l'article 17 tire son origine d'un amendement adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale après l'échec de la commission mixte paritaire qui excède par son objet et sa portée les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement en vertu des dispositions combinées des articles 39 et 44 de la Constitution ; que l'adoption de l'amendement dont est issu l'article 17 est critiquée, de surcroît, par les sénateurs auteurs de la troisième saisine, au regard de l'article 45 de la Constitution ;

Considérant que les députés auteurs de la première saisine relèvent également qu'excèdent par leur objet et leur portée les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement les dispositions des articles 34 à 49 qui concernent la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales ;

Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 39, 44 et 45 de la Constitution que le droit d'amendement, qui est le corollaire de l'initiative législative, peut, sous réserve des limitations posées aux troisième et quatrième alinéas de l'article 45, s'exercer à chaque stade de la procédure législative ; que, toutefois, les adjonctions ou modifications ainsi apportées au texte en cours de discussion ne sauraient, sans méconnaître les articles 39, alinéa 1, et 44, alinéa 1, de la Constitution, ni être sans lien avec ce dernier ni dépasser par leur objet et leur portée les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement qui relève d'une procédure spécifique ;

Considérant que l'amendement qui est à l'origine de l'article 17 a pour objet de modifier les dispositions du premier alinéa de l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale qui sont relatives à la définition des rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et les médecins et d'en tirer les conséquences sur le libellé du deuxième alinéa de l'article L. 162-5 et des articles L. 162-6, L. 162-7 et L. 162-8 du même code ; que l'amendement dont est issu l'article 34 soumet les médicaments utilisés pour des préparations magistrales aux mêmes procédures de contrôle que les spécialités pharmaceutiques ; que les amendements qui sont à l'origine des articles 35 à 49 ne font que modifier et compléter sur des points limités certaines dispositions de la loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales ;

Considérant que ces diverses dispositions ne sont pas sans lien avec le texte en discussion ; que, tant par leur objet, qui est étroitement spécifié, que par leur portée, elles n'ont pas dépassé les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement ;

Considérant, dans ces conditions, qu'il convient d'écarter les moyens tirés de la méconnaissance tant de l'article 45 de la Constitution que des dispositions combinées des articles 39 et 44 ;

- SUR L'ARTICLE 17 RELATIF AUX RAPPORTS ENTRE LES MEDECINS ET LES ORGANISMES DE SECURITE SOCIALE :

Considérant que l'article 17 de la loi comporte deux paragraphes ; que le paragraphe I, qui modifie le premier alinéa de l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale, dispose que : "Les rapports entre les caisses d'assurance maladie et les médecins sont définis par des conventions nationales conclues séparément pour les médecins généralistes et les médecins spécialistes, par la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et une ou plusieurs organisations syndicales les plus représentatives pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes ou de médecins spécialistes ou par une convention nationale conclue par la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et au moins une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes et une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins spécialistes" ; que le paragraphe II de l'article 17 apporte au deuxième alinéa de l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale ainsi qu'aux articles L. 162-6, L. 162-7 et L. 162-8 de ce code des modifications destinées à substituer au concept de convention unique la notion de pluralité de conventions ;

Considérant que les députés auteurs de la première saisine estiment que la possibilité d'organiser par des conventions distinctes les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et les médecins spécialistes, d'une part, généralistes, d'autre part, implique que les modalités de remboursement des soins dispensés aux assurés sociaux soient différentes selon que le médecin auquel ils s'adressent relève de l'une ou l'autre convention ; qu'il s'ensuit, d'après eux, que se trouvent par là même violés le principe d'égalité, le principe du libre choix du médecin, le principe de l'unité de la profession médicale ainsi que la liberté d'exercice de cette profession ; qu'en tout état de cause, le législateur a méconnu l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ainsi que les dispositions de son article 21 relatives à l'exercice du pouvoir réglementaire national par le Premier ministre ;

. En ce qui concerne les moyens tirés de la violation des règles de compétence :

Considérant qu'il est soutenu qu'en se bornant à renvoyer à des conventions la définition des rapports entre les médecins et les caisses primaires d'assurance maladie le législateur a méconnu sa propre compétence ; qu'à supposer même qu'elles apparaissent conformes à l'article 34 de la Constitution, les dispositions nouvelles de l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale, rapprochées de l'article L. 162-6 de ce code, sont en contradiction avec les deux premiers alinéas de l'article 21 de la Constitution qui confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs du Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire national ;

Considérant que cette argumentation doit être examinée en fonction tant du contenu propre de l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale que des autres dispositions de ce code qui définissent les rapports des médecins et des organismes de sécurité sociale ;

Considérant qu'en vertu de l'article L. 162-6, tel qu'il est modifié par l'article 17-II de la loi, la ou les conventions prévues à l'article L. 162-5 ont pour objet de déterminer les obligations des caisses primaires d'assurance maladie et des médecins et de fixer les tarifs, honoraires et frais accessoires dus aux médecins par les assurés sociaux en dehors des cas de dépassement autorisés par la ou les conventions ; qu'une convention n'entre en vigueur, lors de sa conclusion ou lors d'une tacite reconduction, qu'après approbation par les ministres compétents ; que, selon l'article L. 162-8, dans sa rédaction modifiée par le paragraphe II de l'article 17, "pour les médecins non régis par la ou les conventions nationales, ou, à défaut de convention nationale, les tarifs servant de base au remboursement des honoraires sont fixés par arrêté interministériel" ;

- Quant au moyen tiré de la violation de l'article 34 :

Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, "la loi détermine les principes fondamentaux : ... de la sécurité sociale" ; qu'au nombre des principes fondamentaux relevant de la compétence du législateur figure celui d'après lequel le tarif des honoraires médicaux pour les soins délivrés aux assurés sociaux est fixé par voie de convention passée avec les praticiens ou leurs organisations représentatives ou, à défaut, par voie d'autorité ; qu'en revanche, ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire la détermination des modalités de mise en oeuvre des principes fondamentaux posés par le législateur ; qu'il suit de là que l'article 17 de la loi déferée ne méconnaît pas les dispositions de l'article 34 de la Constitution ;

- Quant au moyen tiré de la violation de l'article 21 :

Considérant qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution le Premier ministre assure l'exécution des lois et, sous réserve des dispositions de l'article 13, exerce le pouvoir réglementaire ; qu'il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ;

Considérant que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant la mise en oeuvre des principes posés par la loi, dès lors que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ;

Considérant que l'entrée en vigueur de l'une ou l'autre des conventions prévues par l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale est subordonnée à son approbation par l'autorité ministérielle ; que cette approbation a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention qui entrent dans le champ des prévisions de l'article L. 162-6 du code précité ; que ce mécanisme de mise en oeuvre des principes posés par la loi, dont la sphère d'application et la portée sont étroitement circonscrites, n'est pas contraire à l'article 21 de la Constitution ;

. En ce qui concerne le moyen tiré de la violation du principe d'égalité tel qu'il est défini par le Préambule de la Constitution de 1946 :

Considérant que, dans leur mémoire ampliatif, les auteurs de la première saisine se réfèrent aux dispositions du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 en vertu desquelles la nation "garantit à tous... la protection de la santé" ; qu'ils analysent cette disposition comme une affirmation spécifique du principe d'égalité qui commande que le remboursement aux assurés sociaux d'une partie des honoraires versés aux médecins soit effectué dans le même cadre juridique pour tous les assurés et tous les actes médicaux concernés ; qu'ils soutiennent que la réalisation de cet objectif serait nécessairement affectée par la possibilité nouvelle de conventions distinctes ;

Considérant qu'en vertu du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, la nation "garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs." ;

Considérant qu'il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, selon leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule, leurs modalités concrètes d'application ; qu'il leur appartient en particulier de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le

Préambule ; qu'à cet égard, le recours à une convention pour régir les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et les médecins vise à diminuer la part des honoraires médicaux qui restera, en définitive, à la charge des assurés sociaux et, en conséquence, à permettre l'application effective du principe posé par les dispositions précitées du Préambule ; que la possibilité d'organiser par des conventions distinctes les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et respectivement les médecins généralistes et les médecins spécialistes a pour dessein de rendre plus aisée la conclusion de telles conventions ; que, dans ces conditions, il ne saurait être fait grief à l'article 17 de la loi de méconnaître les dispositions du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ;

. En ce qui concerne le moyen tiré de la violation du principe du libre choix du médecin par le malade :

Considérant que, selon les députés auteurs de la première saisine, le principe du libre choix du médecin par le malade a valeur constitutionnelle, de même que son corollaire la liberté de prescription du médecin ; qu'ils font valoir que la dualité des conventions affectera ces principes en ce qu'elle créera une discrimination financière qui dissuadera "les assurés de choisir l'une des catégories de médecins concernée par l'une ou l'autre convention" et influera sur la liberté de prescription des médecins généralistes ;

Considérant que l'article 17 de la loi ne méconnaît en rien les principes invoqués ; qu'au surplus, demeure en vigueur l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale qui se réfère à des principes déontologiques fondamentaux et notamment au libre choix du médecin par le malade et à la liberté de prescription du médecin ;

Considérant, dans ces conditions, et sans même qu'il soit besoin de déterminer si les principes en cause ont valeur constitutionnelle, que le moyen invoqué manque en fait ;

. En ce qui concerne les moyens relatifs à l'unité de la profession médicale et au libre exercice de cette profession :

Considérant que l'article 17 de la loi n'affecte par lui-même ni le libre choix du médecin par le malade, ni la liberté de prescription du médecin ; qu'au demeurant, ces principes déontologiques sont rappelés par les dispositions, qui restent inchangées, de l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale ; que, par suite, le moyen tiré de l'atteinte au libre exercice de la profession médicale doit, en tout état de cause, être écarté ; qu'il en va de même du moyen tiré de l'allégation d'"unité du corps médical" ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'article 17 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution ;

- SUR L'ARTICLE 24 RELATIF A L'ALLOCATION SUPPLEMENTAIRE DU FONDS NATIONAL DE SOLIDARITE :

Considérant que l'article 24 de la loi confère à l'article L. 815-5 du code de la sécurité sociale une nouvelle rédaction aux termes de laquelle "l'allocation supplémentaire n'est due aux étrangers qu'en application des règlements communautaires ou de conventions internationales de réciprocité" ;

Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ;

Considérant que l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité est accordée à des personnes âgées, notamment à celles devenues inaptes au travail, dans le cas où elles ne disposeraient pas d'un montant de ressources, quelle qu'en soit l'origine, leur assurant un minimum vital ; que l'octroi de cette allocation est subordonné à un délai de résidence sur le territoire français ;

Considérant que l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité ;

Considérant qu'il suit de là que l'article 24 de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution ;

- SUR L'ARTICLE 27 RELATIF A LA TARIFICATION APPLICABLE DANS LES UNITES ET LES CENTRES DE LONG SEJOUR :

Considérant que l'article 27 comporte quatre paragraphes ; que le paragraphe I vise à régulariser le régime de tarification des services de long séjour compte tenu de l'absence d'intervention du décret en Conseil d'Etat prévu par le deuxième alinéa de l'article 52-1 ajouté à la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 par l'article 8 de la loi n° 78-11 du 4 janvier 1978 ; que le paragraphe II dispose que l'élément de tarification qui est relatif aux prestations de soins est fixé dans la limite d'un plafond ; que le paragraphe III précise le domaine d'intervention du décret en Conseil d'Etat mentionné à l'article 52-1 de la loi du 31 décembre 1970 modifiée ; que selon le paragraphe IV : "les dispositions prévues aux paragraphes II et III du présent

article sont applicables au plus tard jusqu'à l'entrée en vigueur de la réforme des conditions de prise en charge des personnes âgées dépendantes dont le Parlement sera saisi avant le 31 décembre 1990" ;

Considérant que la référence faite par ces dispositions à une réforme législative "dont le Parlement sera saisi avant le 31 décembre 1990" a le caractère d'une injonction adressée au Gouvernement de déposer un projet de loi ; qu'une telle disposition ne trouve de base juridique ni dans l'article 34, ni dans aucune des autres dispositions de la Constitution ;

Considérant qu'il suit de là qu'il y a lieu de déclarer contraires à la Constitution, dans le texte du paragraphe IV de l'article 27, les mots "dont le Parlement sera saisi avant le 31 décembre 1990" ;

**- SUR L'ARTICLE 46 RELATIF A DES DISPOSITIONS DIVERSES CONCERNANT LA PROTECTION DES PERSONNES QUI SE PRETENT A DES RECHERCHES BIOMEDICALES :**

Considérant que la loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 a inséré dans le code de la santé publique un livre II bis intitulé : "Protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales" ; que l'article 46 de la loi déferée a pour objet d'ajouter à ce livre II bis un titre VI intitulé : "Dispositions diverses" composé des articles L. 209-22 et L. 209-23 ; qu'en vertu de ce dernier article les dispositions du livre II bis du code de la santé publique "sont applicables dans les territoires d'outre-mer et dans les collectivités territoriales de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte" ;

Considérant qu'aux termes de l'article 74 de la Constitution : "Les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République. Cette organisation est définie et modifiée par la loi après consultation de l'Assemblée territoriale intéressée" ;

Considérant que certaines des dispositions du livre II bis du code de la santé publique, que la loi déferée modifie et complète dans ses articles 35 à 48, touchent à l'organisation particulière des territoires d'outre-mer, au sens de l'article 74 de la Constitution ; que, dès lors, leur extension à ces territoires aurait dû être précédée de la consultation des assemblées territoriales intéressées ; qu'une telle consultation n'ayant pas eu lieu, l'article L. 209-23, ajouté au code de la santé publique par l'article 46 de la loi déferée, en tant qu'il rend le livre II bis du code de la santé publique applicable aux territoires d'outre-mer, a méconnu l'article 74 de la Constitution ;

**- SUR LES AUTRES DISPOSITIONS DE LA LOI :**

Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution de la loi soumise à son examen ;

**D E C I D E :**

Article premier.- Sont déclarés contraires à la Constitution dans le texte de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé :

- l'article 24 ;
- à l'article 27, les mots "dont le Parlement sera saisi avant le 31 décembre 1990" ;
- à l'article 46, les mots "dans les territoires d'outre-mer et".

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 22 janvier 1990.

**Référence 6 : RICHER (Laurent), " Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie Juridique ", AJDA n° spécial 1998, p. 1.**

Ancrées dans une conception citoyenne des droits de l'homme, les libertés publiques sont liées à la Constitution et axées sur la protection de la liberté individuelle et la participation politique. Les droits de l'homme de la deuxième et de la troisième "génération" entrent difficilement dans ce cadre, alors qu'ils ne sont pas de deuxième ou troisième importance: Avec la notion de droits fondamentaux, l'unité de la matière est restaurée, les clivages sont dépassés. La catégorie des droits fondamentaux est apte à intégrer toutes les générations de droits et libertés, elle dépasse les séparations entre disciplines, elle a une vocation universelle. On ne peut donc que se féliciter de voir acclimatée dans la doctrine française cette notion venue d'Allemagne. .

Tout n'est pas nouveau certes, et les droits fondamentaux recourent matériellement les libertés publiques. Mais la catégorie des droits fondamentaux dépasse à certains égards celle des libertés publiques. .'

Tout droit fondamental n'est pas une liberté publique, la notion de droit fondamental permet d'introduire une hiérarchie et, bien plus, elle va au-delà du droit. Rien d'étonnant, dans ces conditions si l'émergence des droits fondamentaux marque non seulement une ouverture sur de nouvelles questions et de nouvelles perspectives, non sans quelques surprises mais aussi peut-être, le point de, départ d'une reconstruction.

En témoigne le présent numéro spécial qui regroupe des signatures prestigieuses, sans se préoccuper des séparations disciplinaires ou géographiques. En dépit de la richesse de ces contributions et de l'épaisseur du présent numéro, celui-ci n'est pas exhaustif; mais telle n'était pas son ambition: il ne s'agit pas d'un traité mais d'un exercice collectif de la liberté de l'esprit.

### **Référence 7 : Constitution espagnole du 6 décembre 1978 article 53 alinéa 2**

Tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits mentionnés à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires, en se prévalant des principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, du recours en *amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Ce dernier recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30.

### **Référence 8 : CEDH, 25 juin 2002 Cañete de Goñi c. Espagne (n° 55782/00)**

Maria del Carmen Cañete de Goñi est une ressortissante espagnole née en 1950 et résidant à Jerez. Professeur d'histoire et géographie, la requérante réussit un concours d'agrégation et fut nommée au poste d'agrégée. Toutefois, par suite d'un recours contentieux introduit par des candidats malheureux au concours, le Tribunal supérieur de justice d'Andalousie, par un arrêt du 31 mars 1995, annula le concours, ce qui entraîna la perte du poste d'agrégée de la requérante. Se plaignant de ne pas avoir été citée à comparaître par le Tribunal supérieur de justice en tant que personne intéressée au litige, la requérante forma un recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Par un arrêt du 14 septembre 1999, la haute juridiction rejeta au fond le recours, estimant que la requérante avait eu une connaissance extrajudiciaire du litige, de sorte que l'absence de citation à comparaître n'enfreignait pas l'article 24 de la Constitution (droit à un procès équitable).

Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la requérante se plaignait de n'avoir pas bénéficié d'un procès équitable, dans la mesure où elle n'a pas été citée à comparaître pour être entendue en tant que partie intéressée à la procédure contentieuse-administrative devant le Tribunal supérieur de justice d'Andalousie, alors même que l'issue de cette procédure lui a causé un préjudice indéniable, à savoir la perte de son poste d'agrégée.

La Cour européenne des Droits de l'Homme relève que les parties ont une interprétation divergente de l'article 64 de la loi sur la juridiction contentieuse-administrative qui dispose que l'introduction des recours contentieux-administratifs doit être notifiée personnellement aux personnes intéressées et citées à comparaître. A cet égard, la Cour rappelle qu'il appartient aux autorités nationales d'interpréter les règles procédurales. Aux termes de la jurisprudence constante du tribunal constitutionnel, il y a violation du droit d'accès à un tribunal en raison de l'absence de citation à comparaître lorsque l'intéressé est titulaire d'un droit ou intérêt légitime, qu'il est identifiable et qu'il a été victime d'une atteinte substantielle à ses droits de la défense (*indefensión material*). En l'espèce, le tribunal a considéré que cette dernière condition n'était pas remplie.

Selon la Cour, le tribunal constitutionnel a rejeté la demande d'*amparo* de la requérante en s'appuyant sur sa jurisprudence constante. Cette jurisprudence, publiée et accessible, complète la lettre de l'article 64 de la loi sur la juridiction contentieuse-administrative, et était assez précise pour permettre à la requérante de régler sa conduite en la matière.

De l'avis de la Cour, une telle interprétation de la loi interne n'apparaît pas arbitraire ou de nature à affecter dans sa substance même le droit d'accès à un tribunal. Par conséquent, la Cour conclut par cinq voix contre deux, à la non-violation de l'article 6 § 1.

Rédigé par le greffe, ces résumés ne lient pas la Cour. Les textes complets des arrêts de la Cour sont disponibles sur son site Internet (<http://www.echr.coe.int>).