

**CANEVAS DROITS FONDAMENTAUX
PROF. MAYA HERTIG RANDALL**

NADIA SPANG

CANEVAS
DROITS FONDAMENTAUX
NADIA SPANG

Rappel : 4 grandes catégories de droits fondamentaux

- Les libertés (§12)
- Les droits politiques (§32)
- Les droits sociaux (§25)
- Les garanties de l'Etat de droit (§19)

Méthodologie

1. Quels droits fondamentaux entrent en ligne de compte / Source / Immunité de l'acte / Primauté / Justiciabilité
2. Champ d'application personnel : celui qui invoque le droit en est-il titulaire ?
3. Champ d'application matériel : le droit fondamental s'applique-t-il aux faits à la base du cas concret, c'est-à-dire confère-t-il le(s) droit(s) invoqué(s) par le titulaire ?
4. Y a-t-il eu une restriction (ingérence ou atteinte) provenant d'un destinataire du droit fondamental (en principe l'Etat) ?
5. Les conditions de restriction de l'art. 36 Cst. s'appliquent-elles?
 - a. Non : droit absolu, droit protégé par une autre source ou soumis à d'autres conditions de restriction : appliquer le régime spécial ; **ou** : l'affaire porte sur la violation d'une obligation positive (aurait dû agir mais ne l'a pas fait)
 - b. Oui : les conditions de l'art. 36 sont-elles réunies ou non ? L'art. 36 Cst. s'applique lorsqu'il y a une **atteinte** = violation d'une obligation négative

/! Si deux plusieurs droits fondamentaux risquent de s'appliquer :

- Principe de spécialité ou de subsidiarité : les deux droits ont la même finalité, mais l'un d'eux est plus spécifique : on en applique qu'un seul
- Concours : les deux droits ont une finalité différente : on applique les deux

Rappel des conditions de l'art. 36 Cst.

1. Base légale formelle (faire distinction entre atteinte grave et légère).
2. Intérêt public ou les droits des tiers (il faut un risque grave pour la sécurité publique ou les droits d'autrui). On utilise les critères de l'ordre public, de la sûreté publique, le droit des tiers et les devoirs civiques.
3. Proportionnalité : la mesure doit être apte, nécessaire, subsidiaire et proportionnelle au sens étroit (pesée des intérêts)
4. Le noyau dur / l'essence est protégé(e) !

Notion

Le droit à la vie protège la personne humaine dans ce qu'elle a de plus précieux et fragile. Cette protection ne peut pas subir de restriction car toute ingérence porte atteinte à sa substance (art 36 al 4 Cst). Il existe certains cas exceptionnels qui peuvent justifier la privation d'une personne à sa vie (art 2 II CEDH).

1. Sources

Art. 10 al. 1 Cst : « tout être humain a droit à la vie. La peine de mort est interdite. »

Art. 2 CEDH : « dispose que le droit à la vie est protégé par la loi, c'est une garantie qui offre une protection ; la suisse a ratifié les 2 protocoles additionnel : n. 6 et 13.

Art. 6 para. 1 Pacte ONU II : ne prescrit pas la peine de mort, mais il protège aussi le droit à la vie (meilleure protection que la CEDH). Le 2^{ème} protocole facultatif sur l'abolition de la peine de mort a été ratifié par la Suisse.

2. Champs d'application personnel

Tout être humain est titulaire, à l'exclusion des personnes morales sont titulaires du droit à la vie.

3. Champs d'application matériel

Le droit à la vie protège l'ensemble des fonctions biologiques et psychiques caractérisant l'être humain.

Le début de la vie : difficile de savoir quand la vie commence, aucune loi n'est en mesure de donner une réponse. Le DC parle juste de naissance accomplie (plus art 31 CC et 118 CP). Le TF fait preuve d'une certaine retenue ; il n'y a pas de consensus, pas de conception uniforme en Europe, donc les états peuvent avoir une pratique différente.

La question de l'avortement pose problème car 3 libertés s'affrontent : le droit à la vie de l'enfant, l'intégrité physique et psychique de la mère et le respect de la sphère privée. Actuellement, l'avortement est légal durant les 12 premières semaines, moyennant une demande écrite de la mère en invoquant une situation de détresse.

Le TF a jugé que le désir d'avoir des enfants compte parmi les manifestations élémentaires de la personnalité humaine. L'Etat qui se met à interdire ou limiter certaines méthodes de **PMA** porte atteinte à la liberté personnelle de toutes les personnes, hommes ou femmes, dont les capacités de reproduction sont réduites. Le droit de connaître des origines compte parmi les droits constitutionnels que le particulier peut opposer directement aux organes de l'Etat.

La fin de la vie : une personne est décédée lorsque les fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral, ont subi un arrêt irréversible. Le décès est donc défini par le critère de la mort cérébrale selon le TF.

Mais le droit à la vie n'inclut pas le droit de mourir selon le TF !

Le droit de police consacre l'une des rares exceptions au droit à la vie ; la police est autorisée, comme ultime moyen de défense et de contrainte, à faire usage d'armes/force : art. 2 CEDH.

Il se peut que le droit à la vie d'une personne qui se trouve en danger de mort ne puisse être préservé que par le don d'organe par exemple ou autre. Selon le TF, la **transplantation d'organes** doit être prévue par la loi et répondre pleinement au respect de la dignité humaine du donneur et de ses proches.

Le TF a répondu avec la soft law, avec les directives médicales et aussi loi sur la transplantation.

Le droit de mourir ? : Quel droit protège le droit de renoncer à vivre, droit au suicide ? Cf. ACEDH, Pretty c. Royaume-Uni, Rec. p. 72, séance de travail 3. Le suicide, l'assistance au suicide, les différentes formes d'euthanasie ne sont pas prévus. Mais on peut considérer que le droit de mourir dans la dignité fait partie de la liberté personnelle. Cela comprend aussi l'interdiction de la peine de mort.

4. Les restrictions

Non-respect/violation d'obligations négatives : l'Etat doit s'abstenir, il viole le droit s'il agit ! L'Etat a l'interdiction de priver une personne de sa vie. Il peut y avoir une violation d'une obligation négative, par exemple, lors d'atteintes directes (si une personne se fait tuer par la police) et indirectes (si une personne qui exécute sa peine risque la mort : l'obligation est plus poussée en cas de détention : il faut faire attention à la personne qui montre des signes suicidaires : l'Etat, ayant la responsabilité de la personne, doit intervenir).

Si l'Etat crée une situation où il y a un risque de mort, cela peut aussi être considéré comme une atteinte.

Non-respect/violation d'obligations positives : le principe est que l'Etat doit prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction. Il doit légiférer. Il y a un cadre légal qui protège le droit à la vie. S'il n'agit pas (omission) alors qu'il le devait, il viole le droit.

Il doit prendre des mesures individuelles et concrètes pour protéger la vie d'une personne. Il doit donc prendre des mesures pratiques en amont. Autrement dit, il doit prendre des mesures en cas de danger imminent et concret pour agir avant que la mort ne se produise, s'il ne le fait pas, il viole le droit à la vie. Il s'agit d'une obligation d'ordre préventif.

Si une mort est survenue, il faut une enquête prompte, impartiale et effective qui peut conduire à la condamnation de la personne (on lutte contre l'impunité). Il s'agit du volet procédural / c'est une obligation d'ordre répressive. Ces mesures sont prises en aval. Ainsi, en réprimant, on évite que d'autres atteintes aient lieu.

Quid des conditions de restrictions ?

Il n'existe pas de condition de restriction comme l'art. 36 Cst. le prévoit. On ne peut justifier une atteinte au droit à la vie. Ce droit ne peut subir de restriction. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'on peut prévoir des restrictions, mais ces exceptions doivent respecter le principe de la proportionnalité.

Les exceptions sont mentionnées à l'art. 2 para. 2 CEDH :

- Pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale
- Pour effectuer une arrestation régulière ou empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue
- Pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

On peut dire que l'interdiction de la peine de mort peut être considéré comme l'essence du droit car cela fait partie du jus cogens.

Il y a donc des situations où on doit recourir à la force sachant qu'il y a un risque qu'on va tuer une personne. On accepte qu'il y a un risque pour la vie des personnes, mais attention à la proportionnalité

Mais attention : le paragraphe 2 ne définit pas avant tout les situations dans lesquelles il est permis d'infliger intentionnellement la mort, mais décrit celles où il est possible d'avoir « recours à la force », ce qui peut conduire à donner la mort de façon involontaire. Le recours à la force doit cependant être rendu « absolument nécessaire » pour atteindre l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a), b) ou c) »

Rappel

Les **droits** sociaux sont des droits fondamentaux, donc on peut en obtenir l'application par une décision judiciaire. Ils peuvent être concrétisés par le législateur, mais si une loi fait défaut, le juge doit pouvoir en déterminer lui-même le contenu. Ils confèrent des droits subjectifs. Ils ont besoin d'une concrétisation législative, donc subissent des restrictions plus importantes que les libertés.

Les **buts** sociaux ne sont pas directement invocables et ne s'adressent prioritairement qu'aux autorités législatives qui doivent s'efforcer de les réaliser (art. 41 Cst.). Ils ne confèrent aucun droit subjectif (art. 41 al 4 Cst.).

Notion

Le droit à des conditions minimales d'existence garantit à quiconque est dans une situation de détresse (1) et n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins (2), le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine afin de prévenir un état de mendicité et de sauvegarder la dignité humaine inhérente à cette personne.

(1) Peu importe la cause, la détresse doit exister ou être imminente sur la base de circonstances de faits actuels.

(2) Double subsidiarité : cela garantit les besoins humains élémentaires tel la nourriture, l'habillement, le logement ainsi que les soins médicaux de base, afin de prévenir un état de mendicité indigne de la condition humaine. C'est une aide en cas de besoin. Les personnes auxquelles s'applique le droit à des conditions minimales d'existence n'ont pas l'aide sociale ou subissent des restrictions de cette aide sociale. L'aide sociale est subsidiaire à l'aide d'urgence.

C'est un droit difficile à restreindre, car si on restreint le minimum, il n'y a plus rien.

C'est un droit social qui incombe à l'Etat une responsabilité. Le droit n'est violé que lorsque l'Etat refuse toute aide ou lorsque cette aide n'atteint pas le minimum nécessaire défini par la loi. Un refus peut quand même intervenir en cas d'abus de droit.

1. Sources

Art. 12 Cst. : quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.

Pacte ONU I : difficile de s'en prévaloir en Suisse car il n'est pas directement applicable. Il ne s'agit pas de véritables droits sociaux mais plutôt d'objectifs à atteindre. L'art. 11 prévoit le droit à un niveau de vie suffisant et l'art. 12 prévoit le droit à la santé).

La CEDH ne protège pas explicitement le droit à des conditions minimales d'existence, toutefois, selon la jurisprudence de la Cour l'extrême pauvreté peut se révéler incompatible avec la dignité humaine implicitement garantie par la convention.

2. Champs d'application personnel

Toute personne physique dans le besoin est titulaire de ce droit, indépendamment de sa nationalité, de son titre de séjour, de son domicile ou de son statut. Il faut que la personne ne soit pas en mesure de subvenir par elle-même à ses besoins. (Le fait que la personne ait commis des délits n'entre pas en compte). Donc, le droit à des conditions minimales d'existence est censé bénéficier et venir en aide aux

personnes appartenant aux couches les plus défavorisées de la population : personnes sans domicile fixe, chômeurs en fin de droits, requérants d'asile déboutés, réfugiés déçus, etc. (= les exclus de notre société). Attention, le fait que la personne ait commis des délits n'entre pas en compte.

Quid des conditions à remplir pour bénéficier du droit ?

La personne se trouve « dans une situation de détresse ...

Par la détresse, on vise une situation où l'on ne peut plus mener une vie conforme à la dignité, cependant, il n'est pas simple de définir ce qui est digne ; le TF a dit que la cause de la détresse importe peu (ATF 132 I 165). La détresse peut soit déjà exister ou soit être imminente.

D'ailleurs, le refus de l'intéressé de collaborer à une procédure ne saurait faire obstacle à l'application de l'art. 12 Cst.

ET

... n'est pas en mesure de subvenir à son entretien ».

Il faut une double subsidiarité : d'abord par rapport aux autres prestations. Si elle a des droits AVS, aide sociale ou assurance chômage... D'autre part, il faut une subsidiarité par rapport à ses efforts personnels, qu'elle accepte un travail convenable...

3. Champs d'application matériel

La question qui se pose est de savoir à quoi la personne peut prétendre.

Ce n'est **pas un minimum vital chiffré**. Le TF n'a jamais fixé un chiffre. Il énonce le critère de la dignité humaine et énonce le type de prestations qui doivent être couvertes (nourriture, logement, habits, articles d'hygiène, etc.). C'est un minimum indispensable pour mener une existence conforme à la dignité humaine.

Il faut faire une **évaluation au cas par cas (tenir compte de la situation individuelle)** : regarder l'état de santé (femmes enceintes, etc.), le statut de la personne assistée (**attention** : joue un rôle pour l'étendue = le contenu des prestations, mais pas pour la titularité du droit). La titularité du droit ne varie pas suivant le statut légal de la personne mais le statut de la personne assistée est pris en compte concernant l'étendue des prestations : « ainsi, pour les requérants d'asile sous le coup d'une décision de non-entrée en matière, aucun intérêt d'intégration n'est à poursuivre et aucun contact social durable ne doit être garanti au regard du caractère en principe temporaire de la présence de l'intéressé sur le territoire suisse. ».

Cette approche est très formelle, on devrait regarder combien de temps la personne va rester en Suisse, etc. Si la situation dure, il faut regarder la réalité. Il est vrai qu'au début on fait un pronostic mais après il faut revoir la situation si la personne se prolonge.

Donc, le statut de la personne a une influence, notamment si on a affaire à un requérant d'asile

- Les besoins ne sont pas les mêmes, les personnes sont là à titre temporaire
- Il ne faut pas rendre la Suisse attractive

Problème : lorsque les personnes sont sans statut légal, elles ne vont pas aller demander l'aide d'urgence car avec la transmission de données elles risqueraient d'être renvoyées. On parle dans le contexte de cette problématique de créer des *firewalls* pour empêcher cette transmission de données qui préjudicie les personnes sans statut légal qui veulent obtenir l'aide d'urgence.

On tient aussi compte de **l'exercice d'autres droits fondamentaux** : droit fondamental de communiquer avec d'autres personnes (liberté de communication) : il faut fournir les moyens matériels adéquats pour cela.

Conclusion : on retient une approche individualisée en tenant compte d'autres droits fondamentaux.

Attention : dès qu'on retire le minimum, il y a automatiquement violation !

Les prestations peuvent être en nature ou en argent. La mise en œuvre de l'art. 12 Cst. revient aux cantons, qui sont libres de fixer la nature et les modalités des prestations à fournir au titre d'aide d'urgence.

Quid de la problématique des charges et conditions ?

Admissibles

Participation à des programmes d'occupation et d'intégration (= travail convenable)

- Question : ces programmes devraient-ils être rémunérés ? La personne doit pouvoir subvenir à ses besoins, ce but n'est pas atteint si le programme n'est pas rémunéré. Ces programmes doivent être rémunérés parce que sinon ils ne permettent pas à la personne de se sortir de la détresse.
 - De combien faut-il rémunérer la personne ? Qu'est-ce qu'une rémunération « convenable » ? Le minimum devrait être une rémunération à la hauteur de l'aide d'urgence.
 - Problème : en travaillant ou en ne pas travaillant la personne obtient le même montant.
 - Les collectivités publiques ont d'autres moyens pour forcer une personne récalcitrante à participer à ces programmes : menace de l'art. 292 CP (sanction de l'insoumission à un ordre de l'autorité) ou refus de donner des prestations en espèce et n'en donner qu'en nature.
 - Si le programme n'est pas rémunéré on ne peut pas refuser de donner des prestations de 12 Cst. Si le programme est rémunéré, on peut exiger une participation au programme et refuser les prestations de 12 Cst. si la personne n'y va pas.
- Regarder le contenu du programme : dépend de la personne / de ses qualifications ?
- L'idée consiste à dire que si la personne peut participer à un de ces programmes, elle ne remplit pas les conditions pour avoir l'aide d'urgence.
- Chances de réinsertion dans la vie professionnelle améliorées
- La place doit être effectivement disponible (ATF 139 I 218)

Inadmissibles

Condition imposée aux frères tchèques de rétablir leur nationalité

ATF 135 I 119 : l'art. 12 Cst. n'est pas un moyen de la politique des étrangers (c. 5.4 p. 96). La condition doit avoir un lien direct avec la situation de détresse ! Dans l'arrêt des frères tchèques, le lien était trop indirect, donc la condition inacceptable.

Notes supplémentaires

(1) Le TF accepte que les conditions et charges ne reposent pas sur une base légale, tant qu'elles ne sont pas éloignées du but (ou étrangères au but).

(2) Différence entre l'aide d'urgence et l'aide sociale (cette dernière est plus élevée que ce qui découle de 12 Cst.) ! Doctrine : on peut couper l'aide sociale mais on ne peut pas toucher à l'aide d'urgence.

TF : condition de la subsidiarité : si une personne peut subvenir à ses propres besoins elle ne tombe pas sous 12 Cst.

4. Les restrictions

L'essence et le champ d'application se confondent. Si la personne remplit les conditions, elle a le droit à ces prestations minimales. Plus de place pour une relativisation / pour un intérêt public.

(§1557) Les causes de l'indigence, de même que le comportement répréhensible de l'intéressé sont irrelevants au regard de la protection offerte par l'art. 12 Cst. En particulier, des considérations relatives à la police des étrangers, de même que le refus de l'intéressé de collaborer à une procédure ne sauraient faire obstacle à l'application de l'art. 12 Cst.

ATF 122 II 193 : un retrait complet des prestations d'assistance fondées sur la législation en matière d'asile, motivée par le comportement répréhensible d'un requérant d'asile, qui n'a pas de parents en suisse et n'a pas le droit d'exercer une activité lucrative, constitue une atteinte disproportionnée au droit à des conditions minimales d'existence.

Un refus de l'aide visée par l'art. 12 Cst. ne peut intervenir que dans l'hypothèse d'un abus de droit ou lorsque la personne concernée refuse un travail convenable (principe de subsidiarité).

L'abus de droit peut viser plusieurs situations :

- Inexistence d'une situation de détresse
- Refus d'un travail convenable (pour être réputée convenable, une activité doit correspondre aux usages professionnels et locaux, prendre raisonnablement en compte les aptitudes et les activités précédemment exercées par les personnes assistées, et être adaptés à leur situation personnelle et à leur état de santé)
- Usage non conforme des prestations (il y a abus de droit notamment lorsqu'une institution est utilisée, de façon contraire au droit, pour la réalisation d'intérêts que cette institution n'a pas pour but de protéger. Ex: donner de l'argent à une personne qui va le dépenser en alcool).
- Provocation volontaire de l'indigence dans le but de bénéficier des prestations étatiques

La liberté personnelle (liberté) p. 143

Notion

La liberté personnelle promet de protéger toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine. C'est une garantie centrale, qui a une dimension physique qui protège premièrement l'intégrité corporelle. La liberté personnelle protège également l'intégrité psychique ainsi que la liberté de mouvement. Elle a un caractère central et élémentaire, imprescriptible et inaliénable. Elle ne peut pas être définie de manière générale, mais doit bien plutôt être précisée au cas par cas (ex: l'autodétermination sexuelle, la procréation médicale assistée, la protection de l'honneur, le droit de nouer des relations sociales et d'organiser ses loisirs, le droit de décider de sa mort et autres).

La garantie de la dignité humaine (art. 7 Cst.) a un lien direct avec la liberté personnelle. Elle n'est pas une liberté ni une garantie de l'Etat. C'est plutôt un principe directeur de toute activité étatique. C'est un principe objectif qui doit être respecté. Il n'est pas exclu que l'art. 7 Cst. soit une sorte de liberté subsidiaire.

/! La liberté personnelle, puisqu'elle a un champs d'application large, est une garantie générale et subsidiaire par rapport à d'autres droits plus spécifiques. Attention, elle ne correspond cependant pas à une liberté générale d'action : ce droit ne couvre pas la liberté générale de faire n'importe quoi. De plus, la liberté personnelle peut entrer en concours avec d'autres libertés si les intérêts protégés sont différents.

1. Sources

Art 10 al 2 et 3 Cst : garantie générale : « tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement » (al. 2) + « la torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits » (al. 3)

(Art 13) : protection de la sphère privée et familiale

Art. 25 al 2 et 3 Cst : garantie contre le non-refoulement : surtout important en droit des étrangers : poursuit le même objectif au titre des garanties de procédure entourant l'expulsion, l'extradition ou le refoulement.

Art. 31 Cst : garanties de procédure, qui s'appliquent en cas de privation de liberté : protection contre les arrestations provisoires et les détentions injustifiées

Art. 3 CEDH : interdit la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (+ art. 7 Pacte ONU II)

Art. 4 CEDH : interdiction de l'esclavage et du travail forcé

Art 5 CEDH : : droit à la liberté et à la sureté : protection contre privations de liberté et les garanties procédurales

Art 8 CEHD : protection de la sphère privée : droit au respect de la vie privée et familiale : garantie en lien avec l'assistance au suicide (+ art. 8 Pacte ONU II)

Autre : CAT (convention contre la torture) et Pacte ONU II art. 7, 9 et 17

2. Champs d'application personnel

Les personnes physiques, suisses ou étrangères, y compris les mineurs et les interdit.

Protection même au-delà de la mort, donc la liberté a des effets au-delà de la mort. L'art. 10 al. 2 Cst., permet aussi aux proches de se plaindre au nom de leur propre liberté personnelle d'une intervention sur la dépouille du mort. Par exemple sur les autopsie : on peut dire qu'on s'en oppose : c'est une atteinte grave, donc, si on la pratique, il faudra une base légale formelle. Ou par exemple en lien avec les directives sur le lieu où l'on veut être enterré : conflit entre la liberté personnelle de la défunte qui voulait être enterrée à X et la liberté personnelle de ses enfants qui voulaient qu'elle soit enterrée à Y.

En principe, les personnes morales ne sont pas titulaires, mais on admet à une exception si elles invoquent leur honneur / réputation.

Lorsqu'elles remplissent les conditions d'un recours corporatif, les associations peuvent toutefois, au nom de leurs membres, se plaindre d'une atteinte à la liberté personnelle.

3. Champs d'application matériel

On doit distinguer différentes composantes. Notons d'ailleurs que la portée de la liberté personnelle ne peut être définie de manière générale, mais doit bien plutôt être précisée de cas en cas, en tenant compte non seulement des buts de la liberté et de l'intensité de l'atteinte, mais également de la personnalité de ses destinataires.

Intégrité physique

Elle protège en premier lieu l'intangibilité du corps humain et le droit à l'autodétermination sur son corps en tant qu'élément central. Elle protège aussi le droit à la vie, le droit à des conditions minimales d'existence, etc.

Toutes les interventions sur le corps humain entraînent une atteinte à la liberté personnelle (qu'elle soit volontaire ou accidentelle). Il peut s'agir d'atteintes légères ou graves. Peu importe aussi la finalité de l'intervention sur le corps humain, cela reste une atteinte (ex : art 7 Pacte II interdit qu'on soumette une personne sans son consentement à une expérience : le consentement libre et éclairé peut rendre légitime une atteinte/transplantation ; ces principes s'appliquent aussi à la transplantation d'organes ; aussi le droit d'être informé et de décider des conséquences se déduit directement de la liberté personnelle).

Essence : interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants + interdiction des peines corporelles = tout recours inutile à la force.

L'art. 3 CEDH ou l'art. 10 al 3 Cst. et l'art. 25 al. 3 Cst. : sont l'**essence** de la liberté personnelle. Ils ne peuvent jamais subir une restriction justifiée en application de l'art. 36 Cst. On part de l'idée que des peines corporelles ne sont plus justifiées.

/ Les art. 10 al. 3 Cst., 3 CEDH et 7 Pacte II n'offrent pas une protection contre toute atteinte à l'intégrité physique de l'individu. Seul un traitement revêtant un minimum de gravité est prohibé par ces dispositions. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de circonstances telles que la durée du traitement, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. Le seuil minimal est dépassé lorsque le traitement ou la peine se révèle dégradant. Les traitements ou les peines inhumains franchissent un seuil de gravité supérieur. La torture constitue l'acte le plus grave.

Intégrité psychique

On l'invoque quand aucun autre droit constitutionnel écrit ou non écrit n'entre en considération. Elle a un caractère subsidiaire par rapport à des droits plus spécifiques. Elle protège toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine. Elle a une portée très large.

Essence :

- Interdiction de la torture psychique et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (la torture peut viser à briser la volonté de la personne et représente dès lors une forte intrusion dans le psychisme / le libre arbitre de la personne.)
- Interdiction d'avoir recours à la narcoanalyse, à des détecteurs de mensonge, au sérum de vérité
- Pour les détenus : interdiction des mesures entraînant l'anéantissement de la personnalité ou des troubles psychiques graves (ex: si une personne est détenue pour une longue durée en isolation sonore)

Liberté de mouvement

Elle vise à assurer à l'individu une protection minimale contre les arrestations et les détentions arbitraires. Donc, elle assure une protection contre des restriction ou des privations de liberté. C'est la liberté d'aller et de venir. Il faut distinguer la *privation* de liberté, qui est toujours une atteinte grave (donc elle doit respecter les garanties de l'art 35 Cst et 5 al 1 CEDH), alors qu'une *restriction* de liberté n'est pas forcément une atteinte. Il s'agit d'une différence de degré ou l'intensité, mais non pas de la nature ou d'essence.

Pour déterminer si un individu se trouve privé de sa liberté, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères, comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée.

Les mesures privatives de liberté sont conformes aux art. 31 Cst. et 5 CEDH si elles sont prises selon les voies légales = exigence de base légale. Elles doivent également respecter la condition de régularité, de l'intérêt public et de la proportionnalité.

Essence :

- Interdiction de la prison pour dettes
- Privation de liberté sans respecter des garanties minimales de procédure, en particulier le droit à un contrôle par une autorité indépendante qui peut prononcer la libération

4. Les restrictions

Les atteintes peuvent être graves ou légères. La gravité d'une restriction détermine l'existence d'une base légale formelle, claire et nette. Plus l'atteinte est forte, plus il faut des motifs forts qui pèsent de l'autre côté (principe de proportionnalité).

Violation d'obligations négatives : l'Etat aurait dû s'abstenir mais il a agi.

Violation d'obligations positives : l'Etat aurait dû agir mais il s'est abstenu

→ Cf. p. 3 : *mêmes obligations* + / -

!/ On rappelle que si l'Etat a violé une obligation positive, ce ne sont pas les règles de l'art. 36 Cst. qui s'appliquent (cf. p. 1)

La protection de la sphère privée et familiale (art. 13 Cst.) p. 185

Notion

La protection de la sphère privée de l'art. 13 Cst. confère à toute personne le droit d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec autrui, sans intervention des pouvoirs publics. Ce droit est une des manifestations élémentaires de la personnalité humaine. Il protège toute attitude, tout comportement, toute manifestation de ce que le particulier considère comme formant son monde. Il est difficile de le distinguer et de le délimiter de l'art. 10 Cst. (*nb* : dans le doute toujours mettre les deux droits fondamentaux vu que TF dit qu'il fait partie du champ d'application large de la liberté personnelle ; mais essayer de se référer à la disposition la plus spécifique).

Le but de cette liberté est d'assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables (sphère à l'abri de l'intrusion de l'Etat).

1. Sources

Art. 13 al. 1 Cst- : codifie l'article 8 CEDH, avec la difficulté de déterminer la liberté personnelle qui était conçue de façon très large.

- Garanties générales : vie privée et familiale
- Garanties spécifiques : domicile, correspondance, poste et télécommunication (sont issues de l'éventualité de l'intrusion de l'Etat)
 - o Ces garanties sont des *lex specialis* par rapport à la vie privée et familiale. Donc on applique d'abord le domicile, la correspondance et les télécommunications (garanties spécifiques), puis la vie privée et familiale (garanties générales).

Art. 13 al. 2 Cst. : protection contre l'emploi abusif des données. Autrement dit, on peut employer des données, sauf si c'est abusif. Le terme « abusif » est restrictif, la personne doit être protégée contre tout traitement de données. Elle doit avoir la liberté de savoir ce qui se passe avec les données la concernant. Il existe des lois fédérales comme la LPD. Elle s'applique aussi aux entités privées

Art. 8 CEDH : champ d'application très large. Cette disposition comprend aussi le droit de décider de sa mort, l'autodétermination est aussi protégée par l'article 8 CEDH.

Art. 17 Pacte Onu II : il est directement applicable

Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel

Art. 21 Cst./GE : garantie le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance

Quid des délimitations de ce droit ?

Ce droit a un champ d'application large, il faut donc le délimiter. Pour cela, il faut se poser la question de l'intérêt protégé et regarder si on a une garantie spécifique.

Par rapport à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) la doctrine est très controversée et le TF n'est pas toujours uniforme. Dans le doute on invoque les deux droits. Cette confusion provient de la CEDH qui est très large : l'article 8 CEDH ne connaît pas la liberté personnelle.

Nous pouvons cependant retenir que la protection de la sphère privée est un droit plus spécifique que celui de la liberté personnelle, qui reste en principe une liberté subsidiaire (ex: surveillance). Cependant, certains aspects de la liberté personnelle ne sont pas protégés par la protection de la sphère privée (ex : intégrité physique ; dans un cas de prélèvement ADN, l'intégrité physique entre en jeu). Si on conserve les données de la personne, on peut par contre faire jouer la protection de la sphère privée = concours des deux droits fondamentaux.

Par rapport au droit de mariage et à la famille (art. 14 Cst.) : l'art. 14 Cst. protège le droit de se marier / fonder une famille. Une fois qu'on est marié et que la vie familiale existe, c'est l'art. 13 Cst. qui s'applique.

La protection de la vie familiale commence avec l'existence d'une famille. Cette protection n'est pas limitée à des couples mariés. La famille a désormais beaucoup changé (famille recomposée, monoparentale, etc.). Ce qu'on regarde donc surtout est l'effectivité des liens entre les personnes concernées. La Cour Européenne a admis que des relations entre des couples homosexuels pouvaient constituer une vie familiale.

2. Champs d'application personnel

Les personnes physiques : c'est un véritable droit de l'homme, indépendant de la nationalité.

Les personnes morales : titularité admise pour certaines composantes du droit (ex : réputation, domicile). Seuls les aspects de l'art. 13 Cst. qui, à l'instar du droit au respect de la vie familiale, ne sont pas destinés exclusivement aux êtres humains, peuvent être revendiqués.

3. Champs d'application matériel

Vie privée

D'une façon générale, le droit au respect de la vie privée protège l'identité, la réputation, les relations sociales et les comportements intimes de chaque personne physique. Il protège également l'ensemble des informations relatives à une personne qui ne sont pas accessibles au public (données d'identification, identité sexuelle, informations concernant un traitement médical ...). Cf. dia. p. 4 protection données.

Vie familiale

La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. La famille évolue : difficile d'en donner une définition valable partout. La garantie de la vie familiale peut être saisie sous plusieurs aspects : le droit au mariage, le droit de fonder une famille, le droit de voir les relations qui s'y développent ne pas être soumises à l'arbitraire du pouvoir étatique. Des réglementations précisent, délimitent et protègent ce droit.

Le terme « famille » est compris à l'art. 8 CEDH dans un sens plus large qu'à l'art. 12 CEDH. L'expression vie familiale a été interprétée de façon progressive, matérielle et non formelle. La vie familiale va au-delà de la seule famille traditionnelle. Pour qu'il y ait une vie familiale il faut des liens qui peuvent être considérés comme des liens de famille et que la relation soit effectivement vécue (*de facto*). Cela n'implique pas forcément une vie commune. Attention, l'existence de liens familiaux de jure ne suffit pas à la reconnaissance d'une vie familiale.

Domicile

Le droit au respect du domicile concerne généralement l'admissibilité de perquisitions et de visites domiciliaires. Il protège aussi les personnes morales. Le domicile peut viser l'appartement mais peut aussi être une chambre d'hôtel ou les espaces extérieurs du domicile (le jardin). Donc on a une vision large du domicile : englobe n'importe quel endroit qui sert de logement.

La Cour a développé une jurisprudence sur le droit à un environnement sain : on ne peut pas jouir librement de son domicile si on a des effets néfastes sur la santé. Cette jurisprudence est pertinente pour la protection de l'environnement.

Correspondance, poste et télécommunication

Le secret de la correspondance téléphonique constitue un suspect essentiel de la sphère privée. L'interprétation évolutive tient compte de l'amélioration de la technique, elle en compte le droit au respect du contenu du message. Il appartient au juge constitutionnel de déterminer la portée du secret des télécommunications et de fixer les limites aux mesures de surveillance. Lire les courriers électroniques de quelqu'un sans son consentement constitue une atteinte grave. C'est un droit important également dans les relations entre privés.

Correspondance des détenus (§412) : elle peut en principe être contrôlée mais la non-communication à son destinataire doit respecter les conditions de la base légale, de l'intérêt public et surtout de la proportionnalité.

Correspondance entre le détenu et son avocat (§413) : la Cour et le TF se montrent plus stricts ; ils la considèrent comme un moyen de communication privilégiée et n'admettent son contrôle en principe qu'en présence du détenu et à la condition que l'autorité s'abstienne de prendre connaissance du contenu.

4. Les restrictions

L'art. 36 Cst. qui s'applique pour les restrictions à ce droit (attention que pour les violations d'obligations négatives). → Cf. p. 3 : *mêmes obligations* + / -

Comme pour d'autres droits, les atteintes de la part de l'Etat peuvent provenir d'une action, mais aussi d'une omission (on reproche à l'Etat le fait qu'il n'a pas pris de mesure pour protéger la sphère privée et familiale). Il y a donc des obligations positives et négatives qui découlent de la sphère privée et celles-ci peuvent être violées. Pour le droit à la vie familiale, l'Etat a une obligation positive d'adopter des mesures tendant à favoriser sa jouissance effective. L'Etat a une obligation négative de protéger les relations qui s'inscrivent dans un cadre familial contre des inférences arbitraires des pouvoirs publics.

Notion

La liberté religieuse, ou la liberté de conscience et de croyance, désigne un ensemble de garanties constitutionnelles et conventionnelles qui se rapportent à la religion et à son libre exercice (notion large).

Il y a un double aspect dans cette liberté :

L'élément individuel : tend à conférer à chacun un droit subjectif de croire et de pratiquer la religion selon le choix que lui dicte sa conscience. Le particulier peut faire valoir la violation devant les tribunaux.

L'élément institutionnel : vise à garantir la paix religieuse à travers la neutralité religieuse de l'Etat, la tolérance religieuse ainsi que l'égalité des religions. Les rapports entre l'Etat et les Eglise relève des cantons (art. 72 al. 1 Cst).

1. Sources

Art. 15 Cst. : liberté de conscience et de croyance

Art. 62 al. 2 Cst. : enseignement de base placé sous la direction des autorités publiques, c'est à dire laïques

Art. 72 Cst. : rapport entre l'Eglise et l'Etat

Art. 9 CEDH : liberté de pensée, de conscience, de religion

Art. 13 para 3 Pacte ONU I : droit directement applicable qui touche à l'éducation religieuse

Art. 14 al. 2 Convention relative aux droits des enfants (CDE) : souvent appliqué pour le bien supérieur de l'enfant

Art. 18 Pacte ONU II : liberté de pensée, de conscience et de religion (s'exprime en termes semblables à ceux de l'art. 9 CEDH).

2. Champs d'application personnel

Les personnes physiques : droit indépendant de la nationalité, mais une spécificité pour les enfants de moins de 16 ans : il y a une double titularité : liberté religieuse des parents et celle du mineur (art. 11 al. 2 Cst, art. 303 al. 1 CC).

Les personnes morales : en général non, n'ayant ni croyance ni conscience elles ne peuvent se prévaloir de cette liberté. Mais quid personnes morales de droit public ? Par exemple des églises qui sont des associations de droit privé ? En tant que personnes morales, elles ont un but religieux, donc peuvent se prévaloir de ce droit. Mais attention, dans certains cantons, les églises sont des corporations de droit public.

Le TF dans sa jurisprudence estime qu'une société commerciale peut payer l'impôt ecclésiastique, mais ne peut pas faire valoir la liberté religieuse, sauf si elle ne poursuit pas un but économique mais religieux.

3. Champs d'application matériel

Le TF ne doit PAS interpréter les textes religieux (évaluer les religions, etc.) ; il ne peut pas faire l'exégèse d'une religion (textes religieux). Ce qui est important est qu'il y a un groupe de croyants qui estime que tel ou tel chose découle d'un précepte religieux.

Sphère protégée : toutes les religions, quelle que soit leur implantation quantitative en Suisse : religion, croyance, conscience, convictions philosophiques, mais aussi l'athéisme, l'agnosticisme et l'indifférence. Attention, une conviction n'est pas une opinion (une opinion peut être changée) : il faut un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance.

Cette liberté protège le droit d'avoir et de pratiquer une croyance, et d'autre part, de l'interdiction de contraindre un individu à avoir une certaine croyance ou à accomplir certains actes religieux.

On distingue **différentes sphères protégées** (art. 15 al. 2 Cst.)

Protection du **for intérieur** :

- Liberté intérieure de croire, ne pas croire et de modifier en tout temps ses propres convictions religieuses.
- Implique le droit de sortir d'une église
- Fait partie du noyau de la liberté, **donc ne peut pas subir de restrictions !**

Protection du **for extérieur** :

- Droit de manifester ses convictions, de les porter vers l'extérieur, aussi le droit d'orienter sa vie en fonction de la religion (prière, pratique de culte, tenue vestimentaire, prescriptions alimentaires, etc. Autrement dit, il s'agit de la liberté de pratique et de communiquer ses convictions religieuses ou sa vision du monde.
- Portée très large mais ne protège n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction (pour éviter que, sur la base de la religion, on refuse de suivre les dispositions légales par exemple) : pas de protection absolue donc application de l'art. 36 Cst. : **peut subir des restrictions !**

Dimensions :

Positive : art. 15 al. 2 et 3 Cst. : protection contre des mesures entravant l'exercice de la liberté religieuse (= droit de faire usage de sa liberté). L'aspect positif de la liberté religieuse peut impliquer, pour l'Etat, l'obligation de prendre des mesures positives pour garantir que les adeptes d'une religion déterminée puissent effectivement exercer et manifester cette conviction, sans en être empêché par d'autres.

Négative : art. 15 al. 4 Cst. : il s'agit de la protection contre des contraintes d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux (p. ex. procession, serment, baptême) ou de suivre un enseignement religieux. L'Etat ne peut empêcher qui que ce soit d'entrer dans une communauté religieuse ou d'en sortir. Il ne peut adopter des règles qui donnent l'apparence d'une adhésion collective et systématique à une religion particulière (ex: crucifix dans les salles d'écoles primaires).

La Cour a jugé que la liberté de changer de religion ou de conviction comporte en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain au moyen d'un enseignement. Pourvu qu'il ne soit pas abusif ou de mauvais aloi, le prosélytisme est protégé par la liberté religieuse.

L'exercice des droits civils et politiques ne peut être restreint pour des raisons religieuses, sauf si cela fonde un motif d'intérêt public. En matière financière, personne ne peut être contraint par l'Etat à s'acquitter d'un impôt ecclésiastique dont le produit est versé à une communauté religieuse à laquelle cette personne n'appartient pas (art. 15 al. 1 Cst.).

Neutralité religieuse de l'Etat (découle de l'art. 15 al. 1 Cst. mais n'est pas énoncé explicitement par la Cst.).

L'Etat ne doit pas s'identifier avec une religion au détriment d'autres confessions (s'il tient compte des convictions religieuses, l'Etat doit le faire de façon impartiale et égalitaire, en d'autres termes, il ne doit pas avoir d'opinion religieuse). Attention, la liberté religieuse n'implique pas une séparation stricte. Mais l'Etat ne doit ni juger ni être en faveur d'une religion, il ne doit s'immiscer directement dans les affaires religieuses. C'est un droit individuel, donc un particulier peut faire valoir que l'Etat viole son droit.

Dans les écoles publiques et en matière scolaire (art. 15 Cst. et art. 62 al. 2 Cst.) est prévue la neutralité religieuse. Cela comprend la laïcité des écoles publiques. Les écoles privées confessionnelles sont autorisées, tant qu'elles sont placées sous la surveillance de l'Etat. Avant la majorité religieuse (16 ans), la neutralité religieuse à un sens plus stricte qu'après la majorité.

Une vision traditionnelle, où l'école publique s'inspire de principes chrétiens n'est pas interdit.

Notons que la neutralité religieuse est plutôt une garantie de l'Etat de droit : touche un comportement de l'Etat : comment il doit agir face aux différentes religions: ne doit pas s'identifier à une religion ... On attend de l'Etat une égalité de traitement. La question qui se pose est de savoir s'il y a une identification de l'Etat à une religion qui va trop loin. Autrement dit, savoir si elle est violée ou non ne se détermine pas selon les conditions de l'art. 36 Cst. mais selon le degré d'identification de l'Etat avec une croyance ou une confession donnée et selon les effets d'une intervention de l'Etat sur la liberté religieuse des personnes.

4. Les restrictions

Il y a des obligations positives (l'Etat doit prendre des mesures pour protéger la liberté religieuse) et négatives (lorsqu'il y a des atteintes, directes ou indirectes, au droit). → Cf. p. 3 : obligations + / -

Attention : les restrictions ne sont admissibles UNIQUEMENT concernant la liberté de manifester sa religion ou ses convictions = expression extérieure !

La liberté religieuse peut déployer des effets entre les particuliers aussi à travers l'effet horizontal indirect. On parle alors d'interprétation conforme des dispositions légales à la lumière des libertés religieuses.

Ex : licenciement abusif (s'il est fondé sur la religion) / protection des marques : on peut refuser le nom d'une marque du fait qu'il est contraire aux mœurs (Madonna).

Conditions de l'art. 36 Cst.

1. Base légale formelle (atteinte grave et légère). Interdire le port du voile à l'école est une atteinte grave.
2. Intérêt public ou les droits des tiers, on peut justifier des restrictions mais faut démontrer qu'il y a un risque grave pour la sécurité publique ou les droits d'autrui.
3. Proportionnalité : elle doit être respectée. Un refus absolu de dispenser des élèves de l'école pour des motifs religieux n'est pas proportionnel. Le TF distingue le cas des enseignantes du cas des élèves. Les enseignantes sont des représentants de l'Etat donc la neutralité confessionnelle de l'Etat s'adresse à elles et il peut donc leur interdire le port du foulard islamique. En revanche, les élèves ne sont pas liés par la neutralité confessionnelle de l'Etat et donc leur interdire le port du foulard islamique sans base légale formelle serait une restriction inadmissible de leur liberté religieuse.
4. Le noyau dur est protégé : atteintes au **for intérieur** + dimension négative (art. 15 al. 4 Cst.) : protection contre la **contrainte**

Notion

L'expression « liberté de communication » regroupe un ensemble de libertés qui ont pour objet de garantir la libre formation, la libre expression et la libre réception des opinions par la parole, l'écrit, l'image, le signe, le geste et le symbole.

La liberté de communication protège le contenu des informations qui circulent au sens de la société civile, les différentes formes d'expression de ces opinions qu'elles soient verbales, visuelles ou autres, et les moyens de leur transmission et de leur réception.

Cette liberté englobe la liberté d'expression, liberté d'opinion, liberté d'information, liberté de la presse, liberté de la radio-télévision, liberté de l'art et la liberté des sciences.

Elle est utile à la société dans son ensemble car un système qui connaît cette liberté est plus propice au progrès social. Aussi, on peut dire qu'il n'y a pas de démocratie sans liberté de communication, autrement dit, il existe un lien direct entre les libertés de communication et les institutions démocratiques.

Les libertés de communication protègent en premier lieu le contenu des informations qui circulent au sein de la société civile. La jurisprudence interprète largement la notion d'opinion qui se trouve à la base de cette garantie constitutionnelle. Celle-ci ouvre, au surplus, les différentes formes d'expression de ces opinions, qu'elles soient valables, visuelles ou autres. Enfin, au-delà du contenu des informations, les libertés de communication protègent les moyens de leur transmission et de leur réception. Toute restriction des moyens de communication finit par affecter, d'une manière ou d'une autre, leur contenu.

Donc on retient que cette liberté protège le **contenu** des informations, les différentes **formes** d'expression, et les **moyens** de leur transmission et de leur réception.

1. Sources

Art. 16 Cst. : liberté d'opinion et d'information (garantie générale subsidiaire)

- Al. 2 : liberté **d'opinion** (§556ss)
- Al. 3 : liberté **d'information** (protection du récepteur + protection du droit d'aller chercher des informations + de les transmettre à un tiers) (§564ss)

Art. 17 Cst. : liberté des médias (voir aussi l'art. 93 Cst. pour la radio-télévision)

Art. 20 Cst. : liberté de la science (§605ss)

Art. 21 Cst. : liberté de l'art (§601ss)

Art. 18 Cst. : liberté de la langue

→ Le groupe ci-dessus représente la liberté d'expression + art 10 par 1CEDH (portée large) + art 19 et 20 Pacte ONU II (apporte une restriction à la liberté d'expression en interdisant toute propagande en faveur de la guerre et tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse)

Art. 22 Cst. : liberté de réunion

Art. 23 Cst. : liberté d'association

→ Pour ceux deux libertés ci-dessus, cf. liberté d'association et de réunion p. 22

Art. 33 Cst. : droit de pétition

Art 34 al. 2 Cst. : droit politique garantissant « la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes »

Quid des délimitations de ce droit ?

Par rapport à la liberté économique (art. 27 Cst.) : approche différente du TF et de la CourEDH pour le discours commercial.

L'article 16 Cst. comme une garantie générale et subsidiaire.

Le TF n'est pas toujours très strict : parfois il applique l'art. 16 Cst. à des médias au lieu d'appliquer la garantie spécifique de l'art. 17 Cst. Cela s'explique sûrement par le fait qu'au niveau international on a qu'une seule garantie : art. 10 CEDH.

De nombreux principes communs sont applicables à toutes les libertés de communication.

Note : nous allons surtout nous concentrer sur la liberté d'opinion et d'information.

2. Champs d'application personnel

La liberté de communication appartient à chacun mais les restrictions qui les frappent ne sont pas les mêmes pour tous ! Donc, les libertés de communication appartiennent en principe à toute personne - physique ou morale, suisse ou étrangère, mineur ou majeure - qui participe, à un titre quelconque, dans un but particulier et à un state déterminé, au processus de la communication sociale. Autrement dit, il protège celui qui s'exprime, celui qui reçoit l'information et tous les intermédiaires. Mais attention, selon la personne qui s'exprime, le niveau de protection peut être différent (protection plus ou moins forte selon le statut ou la profession du titulaire).

En effet, le contenu précis peut varier considérablement selon le statut (élève, détenu, député, étranger) ou la profession (fonctionnaire, avocat, juge, journaliste) de son titulaire. Un politicien est plus fortement protégé que d'autres personnes ! On peut aussi avoir des personnes qui parfois doivent tolérer plus de restrictions (ex : fonctionnaire / élève).

On peut concevoir les libertés de communication tant du point de vue de ceux qui produisent les informations que dans la perspective de ceux qui les reçoivent. Au fur et à mesure que la protection constitutionnelle des destinataires de l'information se renforce, celle des producteurs a tendance à s'affaiblir (la première entraîne dans son sillage des notions telles que la transparence et le pluralisme).

3. Champs d'application matériel

De manière générale, la liberté d'opinion et d'information protège les opinions et les faits, indépendamment de leur contenu. En effet, le contenu des propos n'est pas une question du champ d'application, c'est plutôt une question de la restriction. Sont également protégés les « processus de pensée et de conviction rationnels », mais aussi l'expression de sentiments et les œuvres d'art. Cette protection est indépendante des moyens de communication choisis : paroles, écrits. On protège même le discours symbolique (ex : grève de la faim/brûler drapeau...). Cependant, on ne protège pas la mendicité, cette dernière, d'après le TF, est couverte par la liberté personnelle.

Liberté d'opinion (garantie par les art. 16 Cst., 10 CEDH, 19 Pacte II)

C'est la véritable matrice des libertés de communication, envisagées du point de vue de leurs auteurs. Interprétée strictement, elle garantit le droit de toute personne de former, d'exprimer et de répandre son opinion (art. 16 al. 2 Cst.) quelle qu'elle soit, par n'importe quel moyen disponible et licite. Elle est souvent appelée la « **liberté d'expression** ». Au sens large, elle englobe tout jugement, toute appréciation, idée, manifestation de pensée, prise de position, conception, création artistique et littéraire, voire toute activité politique.

Les informations sont protégées, quelle que soit la réaction qu'elles provoquent auprès des autorités ou du public. La liberté d'expression ne vaut pas que pour les informations et les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. En outre, les opinions sont protégées pour elles-mêmes, même si elles ne correspondent pas à la vérité, car, par définition, elles ne se prêtent pas à une démonstration de véracité.

Attention, le discours discriminatoire à l'égard d'une personne en raison de son appartenance à un groupe racial, ethnique ou religieux déterminé est proscrit par des conventions internationales et sanctionné par des dispositions pénales. On punit tout ce qui porte atteinte à la dignité humaine. Plus de détails sous §563.

Liberté d'information (art. 16 al. 3 Cst., art. 10 CEDH, art. 19 Pacte II).

La liberté d'information garantit à toute personne le droit de recevoir librement des informations (sans contrôle des autorités), de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser. Elle se limite aux sources accessibles.

Attention, cela ne signifie pas que l'Etat a des obligations positives de collecte et de diffusion des informations. La liberté d'information se limite aux sources qui sont généralement accessibles. Il n'y a d'ailleurs pas d'obligation générale, pour les autorités, de donner des informations sur l'activité de l'administration. On considère que le public ne peut être informé que lorsque l'objet est d'intérêt général et qu'aucun motif d'ordre public ou privé ne s'y oppose.

Il faut alors retenir que la liberté est le principe, et le secret l'exception.

Il y a donc des exceptions, comme par le principe du secret de l'administration ou lorsque la loi le prévoit. La loi peut imposer à l'Etat un devoir général de collecter et de diffuser des informations (ex : votations, élections).

Cette liberté comprend aussi :

- Le droit aux renseignements à son sujet : §568
- En matière de télévision, la liberté de réception fait partie de la liberté d'information §569
- En matière fiscale, le registre des contribuables est accessible à des tiers : §570
- Séances et délibérations des parlements, en principe publiques : §571
- Séance des tribunaux, sont aussi public pour un certain contrôle du peuple (ainsi qu'au Tribunal Fédéral) : §572

Liberté de la presse (art. 17 Cst.) - §574

Elle *confère au* citoyen la possibilité d'utiliser la presse, c'est à dire un produit d'imprimerie, pour exprimer sa pensée. La fabrication et la distribution est protégée. La notion du produit d'imprimerie est interprétée au sens large. La censure directe et indirecte est interdite, de même que la surveillance de la presse : on ne peut soumettre à autorisation ou suspension un produit.

La liberté presse est une condition de la démocratie politique. La mission de la presse est d'informer le public sur les faits d'intérêts général, de promouvoir le débat et la discussion publique, de mettre en œuvre le contrôle et, le cas échéant la critique publique des institutions étatique et des organisations sociétales. Le rapport entre les autorités et la presse est délicat : la liberté peut subir un certain nombre de restrictions dans ce contexte.

La liberté de presse comprend aussi le libre choix de la façon dont une opinion est exprimée, de la technique de compte-rendu permettant de transmettre une information.

Les journalistes peuvent être parfois contraints de prouver la véracité des faits qu'ils allèguent, l'autorité ne peut pas, sans violer la liberté de presse, leur demander de fournir cette preuve pour les jugements de valeur ou les commentaires dont ils font état. Par définition, les jugements de valeur ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude.

Encore qq. informations :

- La presse a aussi le droit d'informer le public sur les procédures judiciaires en cours (§585).
- La protection des sources (informateurs privés) est une des pierres angulaires de la liberté de la presse (art. 17 al. 3). On protège la relation de confiance (§587).
- La concurrence déloyale est interdite par la LCD et touche directement la presse lorsqu'elle dénigre, etc. (§588).
- Il existe aussi la liberté interne de la presse, qui permet aux journalistes et aux membres de rédactions, dans l'exercice de leur profession, de se prévaloir d'une certaine indépendance à l'égard des éditeurs et des rédacteurs en chef.

Liberté de la radio-télévision (art. 93 al. 3 et 5, art. 17 Cst., art. 10 CEDH + LRTV et LTC) §592

Liberté de l'art (art. 21, 69 al. 2, 71 al. 1 Cst.) §601

Liberté de la science (art. 20 Cst., art. 15 §3 Pacte I, art. 19 § 2 Pacte I) §605

4. Les restrictions

On distingue les restrictions à raison du contenu, des personnes et du lieu.

A raison du contenu : §610 ss

- Discours politique : §610
 - En principe pas de restrictions
 - Sous réserve de l'ordre public qu'il convient d'interpréter strictement dans ce domaine
- La Cour estime que les restrictions à la liberté de communication peuvent être plus strictes lorsque le discours porte sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale, des croyances et de la religion (§611).
 - Des critiques gratuitement offensantes ne sont pas acceptées.
 - La Cour estime que l'on est dans un domaine pour lequel il n'y a pas de consensus européen et laisse donc une grande marge d'appréciation aux Etats.
 - En Suisse, on a l'art. 261 CP concernant les atteintes à la liberté de croyance et de cultes.
- Discours commercial, concurrentiel, raciste, violent : §612

A raison des personnes : §613 ss

- Les membres des autorités politiques : §614
 - Comme député, le député est plus libre que le citoyen
 - Le citoyen est plus libre à l'égard du gouvernement qu'à l'égard de ses pairs
 - Les politiciens doivent tolérer une critique plus forte que les particuliers ; autrement dit, la protection de la personnalité du citoyen est plus forte que celle du politicien
 - Comme citoyen, le député est aussi libre que les autres citoyens
- Les juges : §615
 - Droit d'exprimer une opinion politique ou autre
 - Mais obligation de s'exprimer avec retenue et d'une façon qui ne les fasse pas apparaître comme prévenus dans une affaire qu'ils ont à juger
 - Art. 30 et 191c Cst., 6 par. 1 CEDH et 14 par. 1 Pacte II
- Les avocats : §616
 - Doivent disposer d'une grande liberté pour critiquer l'administration de la justice

- Publicité des avocats : selon le Tribunal fédéral, elle ne peut être purement et simplement interdite mais les cantons peuvent la soumettre à des restrictions particulières et interdire notamment la publicité tapageuse et mensongère
 - La Cour est d'un avis semblable.
- Les fonctionnaires : §617
 - Sont soumis au devoir de fidélité
 - Jouissent de cette liberté dans le domaine de leur activité privée
 - Mais son exercice est soumis au devoir de réserve et à l'obligation de s'abstenir de porter préjudice à la confiance publique et à l'administration
- Les personnes employées sur la base d'un contrat de droit privé : §618
 - Peuvent se retrouver limitées dans la communication de leurs opinions et idées
 - Mais ces conflits seront tranchés sur la base du droit privé et non des libertés constitutionnelles
- Les élèves et les étudiants : §619
 - Des restrictions particulières peuvent résulter du but, de la nature, du niveau et de l'administration de l'établissement scolaire
- Les nationaux et les étrangers : §620
 - La liberté d'expression politique appartient aussi aux étrangers mais elle peut être sujette à des restrictions particulières

A raison du lieu : §621 ss

- Le domaine public (ex : rues, places publiques, trottoirs, parcs, centres commerciaux)
 - Usage commun : §622
 - Accessibilité à tous du domaine public dans une mesure égale ; il est gratuit et non soumis à autorisation
 - Critère principal : la Gemeinverträglichkeit (tout un chacun doit pouvoir faire un usage du domaine public sans empêcher d'autres d'en faire le même)
 - Usage accru : §623-625
 - Mise à contribution plus intense du domaine public qui limite son utilisation par d'autre ; il est en principe soumis à autorisation
 - Usage privatif
 - Exclut que d'autres en fasse un usage quelconque ; il est généralement soumis par l'Etat à une concession

Conditions de l'art. 36 Cst.

1. Base légale (faire distinction entre atteinte grave et légère).
2. Intérêt public ou droits des tiers : pas très importants : le TF dit que, dans une démocratie, chacun a le droit d'exposer ses idées, mais si elles déplaisent à certains. Il faut donc montrer une atteinte à d'autres intérêts. La base légale et l'intérêt public jouent un rôle très modeste contrairement à la proportionnalité.
3. Proportionnalité (§626) : la difficulté est que le champ d'application est très large et donc les tribunaux ont développé un système d'analyse qui module le champ d'application. Ce sont les décisions du juge qui importent. Il est moins strict sur les opinions que sur les faits, car les faits peuvent être démontrés. Le critère est la nécessité, dans une société démocratique, respectivement celui de l'existence d'un besoin social impérieux.
4. Essence : la censure préalable systématique est interdite.

Nous allons traiter séparément de ces deux droits.

La liberté d'association (p. 345)

Notion

La liberté d'association garantit le droit de toute personne de créer avec d'autres un groupement organisé et volontaire, en vue de réaliser de certaines fins communes. Elle comprend le droit de dissoudre ce groupement, d'en faire partie et de ne pas en faire partie. L'association se distingue de la réunion notamment par son caractère durable et organisé qui rend indispensable une certaine structure juridique interne et qui lui permet d'acquérir la personnalité juridique.

En garantissant la liberté d'association, l'Etat accorde une protection constitutionnelle à cette forme d'organisation, qui permet aux différents éléments de la société civile de se constituer, de se structurer au sein de la société civile.

La liberté d'association a un lien direct avec la démocratie politique. Elle permet aussi aux principaux acteurs économiques (employeurs, producteurs, assurances, etc.) de s'organiser et défendre leurs intérêts de façon efficace.

Quand on parle d'association, on vise principalement les associations à but idéal*. Or ces dernières doivent remplir 3 principes (§725) :

- L'acquisition libre de la personnalité juridique par le seul effet de la volonté,
- Les associations poursuivent un but idéal : pas de but économique directe possible,
- Les associations ont une large autonomie (art. 63 CC) : les statuts déterminent librement les règles d'organisation.

* Attention, idéal ne veut pas dire désintéressé, mais on ne peut pas choisir la forme de l'association juste pour gagner de l'argent.

1. Sources

Art. 23 Cst. et art. 22 Pacte ONU II : liberté d'association, qui inclut la liberté syndicale

Art. 11 CEDH : liberté de réunion et d'association

2. Champs d'application personnel

Toute personne est titulaire de la liberté d'association, la nationalité n'est pas un critère pertinent. Les personnes morales peuvent également s'en prévaloir (partis politiques...). Attention, les personnes morales de droit public ne sont pas titulaires de cette liberté (pas plus que des autres libertés d'ailleurs).

Attention, les associations qui poursuivent un but religieux ou culturel sont protégées par la liberté religieuse (art. 15 Cst.). Celles qui exercent une activité lucrative, à travers un commerce où une industrie, invoqueront la liberté économique (art. 27 Cst.).

3. Champs d'application matériel

La notion d'association est large. Elle s'applique à des groupements dépourvus de la personnalité morale, de même qu'à d'autres personnes juridiques telles que les sociétés simples ou les coopératives, pourvu qu'elles ne poursuivent pas un but lucratif. Ce qui est déterminant n'est donc pas la forme que

revêt le groupement, mais l'existence d'un tel groupement de personnes poursuivant un but idéal commun.

Il y a deux aspects auquel il faut tenir compte :

L'aspect positif (art. 23 al. 2 Cst.) confère à ses titulaires le droit de créer des associations, d'y adhérer ou d'y appartenir et de participer aux activités associatives. Il concerne principalement le monde du travail. L'art. 11 CEDH s'étend à toute la durée de vie des associations. Cet aspect protège le droit chacun de faire partie d'une association sans avoir à subir des inconvénients ou des sanctions du fait de cette appartenance.

Le droit de s'affilier au syndicat de son choix constitue un aspect important de la liberté syndicale. L'Etat doit protéger ce droit, notamment contre les accros dit de *closed shop*, en vertu desquels seuls peuvent être employés dans une entreprise les membres d'un syndicat déterminé, ceux des autres se trouvant alors sans travail.

L'Etat doit aussi protéger les syndicats contre les mesures par lesquelles les employeurs cherchent parfois à entraver le recrutement e leurs militants ou à licencier les militants qui se trouvent à leur service.

Enfin, la liberté d'association étant dirigée principalement contre l'Etat, son aspect positif ne confère pas directement aux particuliers le droit de devenir membre d'une association ou d'une société relevant du droit privé. Un tel droit peut cependant découler, à titre exceptionnel, du droit ordinaire.

L'aspect négatif (art. 23 al. 3 Cst.) protège le droit de ne pas s'associer. Il englobe le droit de ne pas être contraint d'adhérer à une association ou d'y appartenir, de la quitter et enfin de la dissoudre. L'art. 11 CEDH donne l'obligation à l'Etat de garantir cette disposition, cela nécessite qu'il intervienne dans le secteur privé, afin de limiter les moyens de pressions utilisés par un syndicat.

4. Les restrictions

En général : interdiction de soumettre les associations à l'exigence d'une autorisation, d'une inscription ou d'une déclaration. Le droit suisse est très libéral face à la création des associations : aucune intervention étatique nécessaire. On estime les formalités concernant sa constitution comme étant inconstitutionnelles.

Si l'adhésion à une association est automatique, il faut une neutralité politique et idéologique.

Problèmes spécifiques, cas particuliers

L'affiliation obligatoire

- Associations professionnelles
 - Nécessité d'appliquer des règles de police et de déontologie à l'intérieur de la profession
 - Cette entorse à la liberté d'association se double régulièrement d'une restriction non négligeable à la liberté économique.
- Associations d'étudiants
 - La jurisprudence admet que tous les étudiants immatriculés peuvent être obligés par la loi d'y adhérer
 - Il faut cependant que l'association s'en tienne à une stricte neutralité politique/idéologique
 - L'effet négatif de la liberté d'association confère donc aux étudiantes un droit à ce que l'organisation à laquelle ils appartiennent obligatoirement, et dont ils ne peuvent sortir, ne soit pas considérée comme une organisation politique

Le personnel de l'Etat

- La mesure la plus fréquemment évoquée dans la pratique est l'interdiction de s'affilier à une organisation politique ou religieuse jugée dangereuse pour l'Etat.
- Les restrictions pouvant être imposées aux membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat (art. 11 par. 2 CEDH) appellent une interprétation étroite ; elles ne doivent pas porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser
- Art. 24 al. 1 LPers : si la sécurité de l'Etat, la sauvegarde d'intérêts importants commandés par les relations extérieures ou la garantie de l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux l'exigent, le Conseil fédéral peut limiter ou supprimer le droit de grève pour certaines catégories d'employés.

Les associations illicites

- Art. 56 aCst : étaient interdites les associations dont les buts ou les moyens présentaient un caractère illicite ou dangereux pour l'Etat (aujourd'hui : art. 23 + 36 Cst.)
 - But illicite ou dangereux (notion qui doit être interprétée restrictivement)
 - Une association ne doit pas être considérée comme illicite pour le seul motif qu'elle se propose de changer le régime établi (changer l'ordre constitutionnel).
 - Même la volonté de supprimer les institutions fondamentales sur lesquelles repose l'Etat comme le fédéralisme et la propriété privée ne suffit pas pour déclarer une association illicite.
 - * Il faut toujours regarder le principe de proportionnalité.
 - Moyen illicite ou dangereux
 - Est en particulier illicite une association qui préconise des moyens violents ou qui s'en sert pour parvenir à ses fins
- Dissolution des partis politiques
 - La Cour a jugé que seules des raisons convaincantes et impératives peuvent justifier une restriction aussi radicale de la liberté d'association
- Dissolution d'une association
 - Contrevient à l'art. 11 CEDH si cette dernière n'est pas dangereuse pour l'Etat.

La liberté de réunion (p. 325)

Notion

La liberté de réunion est le droit de toute personne de se rassembler avec d'autres, notamment en vue d'échanger des idées, de les communiquer à des tiers. Elle comporte donc un élément social, à savoir le rassemblement d'un groupe de personnes, et une finalité idéale, à savoir la communication. Peu importe le nombre de personnes qui participent à la réunion, le contenu du message qu'elles y discutent, le lieu de la réunion, ainsi que sa durée.

Elle comporte une importante dimension politique : elle permet aux partis, associations, groupes d'intérêts et au peuple de se forger une opinion. Elle a un donc important lien à la démocratie puisqu'elle donne aux citoyens la possibilité de discuter ensemble et de prendre des décisions sur des questions politiques.

La liberté de réunion protège les droits de participation des minorités en ce sens qu'elle constitue souvent pour ceux qui n'ont pas les moyens ou les relations pour accéder directement aux médias la seule possibilité d'intervenir dans le processus de formation de la volonté démocratique.

1. Sources

Art. 22 Cst. et art. 21 Pacte ONU II : liberté de réunion

Art. 11 CEDH : liberté de réunion et d'association

2. Champs d'application personnel

Toute personne physique, quelle que soit sa nationalité ou son titre de séjour. Les personnes morales peuvent également se prévaloir de la liberté de réunion lorsqu'elles entendent organiser une réunion publique et que l'autorité leur refuse l'autorisation. Généralement, les associations font un recours corporatif au nom de leurs membres, lesquels sont objectivement touchés par le refus d'autorisation. Les personnes morales de droit public ne sont pas titulaires.

Attention, l'exercice de cette liberté par des étrangers peut être soumis à des restrictions particulières (art. 16 CEDH).

3. Champs d'application matériel

Par définition, une réunion est un rassemblement avec d'autres personnes en vue de poursuivre ou de réaliser un but déterminé, d'échanger des opinions ou de les communiquer à des tiers; elle peut avoir lieu dans un lieu public ou privé.

- **Lieu public**
 - o Exemples : rues, trottoirs, places, parcs publics, salles communales
 - o L'autorité peut exiger une autorisation pour l'organisation d'une réunion qui doit se dérouler sur le domaine public, mais elle ne saurait la refuser d'emblée, pour un motif tiré de la « destination ordinaire » de ce domaine, sans tenir compte de l'existence et de l'importance propres à la liberté de réunion
 - L'autorité compétente doit procéder à une pesée objective de tous les intérêts en présence parmi lesquels la liberté de réunion tient une place importante.
 - Attention, pas de droit absolu de faire usage du domaine public (§690).
- **Lieu privé**
 - o Cela suppose que le propriétaire donne son accord au moins tacite à ce que la réunion ait lieu sur son domaine.
 - Le TF dit que la liberté de réunion « ne comprend en tout cas pas le droit de s'assembler sur le fonds d'autrui.

Une réunion se compose généralement de deux personnes au moins, il faut également un but communicatif ainsi qu'une certaine organisation (attention, une réunion peut cependant être spontanée).

Il faut distinguer deux dimensions. Dans sa **dimension positive**, la liberté de réunion confère aux particuliers le droit de se réunir avec d'autres personnes en vue de poursuivre ou de réaliser un but déterminé, d'échanger des opinions ou de les communiquer à des tiers. Elle comprend le droit de convoquer une réunion, de l'organiser en fonction des objectifs à atteindre et d'y participer. Dans sa **dimension négative**, elle confère aux particuliers le droit de s'en tenir à l'écart, autrement dit le droit de ne pas participer à une réunion et le droit de la quitter.

4. Les restrictions

L'Etat viole ses **obligations négatives** lorsqu'il restreint la liberté de réunion. Voici quelques restrictions typiques :

- Soumission à autorisation (but : permettre une appréciation objective : l'autorité doit pouvoir planifier la réunion)
- Interdiction pure et simple
- Soumission à des charges et conditions
- Dissolution par la police
- Confinement (*kettling*)
- Sanction pénale des participants, p. ex. pour contrainte
- Mise en charge des frais liés à l'intervention policière

Concernant l'**exigence de l'autorisation préalable** (§694 ss), il faut retenir que :

- Lorsqu'elles se déroulent sur le domaine public, les réunions peuvent être soumises à autorisation ; l'autorité doit statuer sur l'autorisation sans se fonder sur le contenu des opinions qui y sont exprimées.
- L'exigence de l'autorisation est conforme à la Constitution et à la CEDH en raison de la diversité des intérêts en présence et de la nécessité de procéder de cas en cas, dans le calme et avec le soin qui s'impose, à leur évaluation et pesée objective.
 - o Tant la police que les organisateurs d'une réunion peuvent se prévaloir d'un droit conféré par l'ordre juridique et seule l'exigence de l'autorisation rend possible cette délicate balance des intérêts.
- L'essentiel est que l'autorités compétente procède à une pesée objective de tous les intérêts en présence, et aussi que sa décision soit susceptible d'être portée devant le juge constitutionnel.
- Les réunions qui se tiennent en salle ou sur une propriété privée ne peuvent pas être soumises à autorisation.
- Cas particulier : manifestations spontanées
 - o Il faut que l'impossibilité de demander l'autorisation soit due non pas à une négligence, voire à un calcul délibéré de la part des organisateurs, mais au caractère imprévisible de l'événement qui provoque la réaction populaire.
 - Dans ces cas, les organisateurs de la manifestation devraient si possible notifier leur intention à l'autorité compétente
- Le fait qu'une manifestation n'ait pas été autorisée par la police ne permet pas à celle-ci de la dissoudre par tous les moyens.
 - o La dissolution ne se justifie que lorsque la réunion met effectivement en danger l'ordre public
 - Les moyens employés doivent alors respecter les exigences du principe de la proportionnalité.
- Le refus de l'autorisation peut se fonder valablement sur un motif de police, à savoir un danger direct et imminent qu'une manifestation pourrait effectivement entraîner pour l'ordre public mais le contenu de la manifestation ne constitue pas un tel motif.

Quant à ses **obligations positives**, l'Etat doit mettre à disposition le domaine public et protéger les manifestants (cf. principe du perturbateur).

Concernant le **principe du perturbateur** (§701 ss), il faut retenir que :

- Les mesures de police doivent frapper celui qui perturbe l'ordre public.
- La jurisprudence a élargi la notion de perturbateur en considérant comme tel non seulement l'auteur d'un risque ou d'un dommage mais aussi celui qui par son comportement crée le risque d'une violation grave de l'ordre public par des tiers.
- En matière de réunions publiques, le TF s'est parfois dispensé de trancher la question du perturbateur en invoquant le pouvoir général de police mais il semble être revenu à une application plus stricte du principe du perturbateur.

Conditions de l'art. 36 Cst.

- Base légale
 - o L'exigence apparaît davantage comme une figure de style que comme une conséquence nécessaire du principe démocratique et de celui de la séparation des pouvoirs → 2 raisons :
 - Il n'existe guère en Suisse des lois qui règlementent spécialement l'exercice de la liberté de réunion.
 - On trouve bien plutôt des ordonnances émanant des Exécutifs cantonaux ou communaux.
 - Ces ordonnances sont généralement peu explicites en ce qui concerne les conditions et les modalités des restrictions possibles à la liberté de réunion car en ce domaine tout dépend des particularités de chaque cas.
 - o L'exigence de la base légale doit s'accommoder d'exceptions :

- Pouvoir générale de police
 - « Confère à l'autorité exécutive du le droit, même sans base constitutionnelle ou législative expresse, de prendre des mesures indispensables pour rétablir l'ordre public s'il a été troublé, ou pour le préserver d'un danger sérieux qui le menace d'une façon directe et imminente »
- Possibilité pour l'Etat de soumettre à autorisation l'usage accru du domaine public même si aucune loi ne le prévoit
 - Jurisprudence critiquable car elle ne tient pas suffisamment compte du fait que le particulier a désormais un certain droit à mettre à contribution le domaine public aux fins d'exercer la liberté de réunion.
- Les motifs d'intérêt public
 - Sauvegarde de l'ordre public : il faut faire une évaluation concrète et objective (indépendante du contenu). Il faut un risque concret et sérieux d'atteinte à l'ordre public. Un risque hypothétique ne suffit pas. Si l'on est en présence d'un risque de débordement, se pose la question de savoir si la police a la capacité de protéger l'ordre public. Si un service d'ordre est imposé, il faut que le risque soit concret et sérieux. Le TF admet que l'on ne peut pas transférer le devoir de protection d'une manifestation aux organisateurs mais que l'on peut exiger que ce service fasse le lien entre les manifestants et la police. L'idée de base est que l'obligation de protection incombe à l'Etat.
 - Sécurité de l'Etat
 - Nécessité d'entretenir des bonnes relations avec les Etats étrangers
 - Souci d'éviter des affrontements entre partisans de mouvements opposés
 - Prévention d'actes de vandalisme et d'autres actes illicites
 - La simple possibilité d'actes illicites ne suffit pas : il faut que les excès soient prévisibles avec certitude ou qu'ils soient, à tout le moins, très probables.
 - Perturbation du trafic
 - Tranquillité publique
 - Motifs autres que purement policier
 - Non.
- La proportionnalité
 - Rôle central dans la jurisprudence relative à la liberté de réunion
 - Il s'agit souvent de convaincre le juge qu'une mesure moins restrictive aurait permis d'atteindre le même but.
 - Le **refus d'autorisation** représente la **restriction la plus grave** et doit par conséquent être strictement proportionnée.
 - Une **restriction moins grave** est d'imposer des **charges et conditions**.
 - Les autorités peuvent rencontrer les organisateurs et discuter des modalités de la manifestation (date, lieu, moyens (haut-parleurs, etc.)).
 - Il faut tenir compte :
 - De la **fonction d'appel** de la manifestation
 - De l'**accessibilité** de l'endroit
 - Du **lien** qu'il peut y avoir entre le lieu et l'objet de la manifestation
 - De l'**intérêt idéal** à communiquer un message (pas que des intérêts économiques)

Note : De manière générale, dès que l'on a des mesures absolues, il peut y avoir un problème au niveau de la proportionnalité, c'est pourquoi il faut toujours regarder les circonstances du cas concret.

Notion

La propriété est garantie par l'Etat et dirigée contre lui, elle déploie ses effets principaux dans les rapports sociaux entre les particuliers.

La propriété dépend fortement du droit ordinaire : c'est une notion juridique dont la loi trace les contours. La propriété est une institution juridique. Si l'on peut admettre que la propriété protège un comportement déterminé, à savoir tout ce que le propriétaire peut faire ou ne pas faire avec ses biens, le contenu et les limites de ce comportement doivent nécessairement être définis par l'ordre juridique.

La propriété ne se définit pas vraiment comme un ensemble de droits et d'obligations, c'est plutôt un lien entre une personne et une chose auquel ces droits et ces devoirs sont rattachés. Le propre de ce rapport est qu'il peut être enlevé à son titulaire légitime et transféré à un autre, qui peut se l'approprier et profiter à son tour des valeurs qui y sont attachées. La garantie de la propriété est ainsi la seule liberté dont l'essence peut être transférée par un acte de volonté (licite ou illicite) à une autre personne.

On peut retenir 4 fonctions :

- **Individuelle** : protège les droits patrimoniaux concrets du propriétaire (conserver sa propriété, d'en jouir et de l'aliéner). Attention, individuel ne signifie pas individualiste, la propriété individuelle poursuit toujours une finalité sociale.
- **Institutionnelle** : la propriété est une institution fondamentale de l'ordre juridique suisse, elle ne doit pas être vidée de sa substance.
- **Compensatrice** : c'est la garantie de la valeur, si on exproprie ou s'il y a restriction à la propriété équivalant à l'expropriation, le propriétaire a le droit à une pleine indemnité.
- **Protectrice** : l'Etat a un devoir d'intervention pour prévenir ou réprimer les atteintes qui proviennent d'autres particuliers.

1. Sources

Art. 26 Cst. :

- Al. 1 : la propriété est garantie.
- Al. 2 : une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation.

Art. 34 Cst./GE

Il n'y a pas de source en droit international.

2. Champs d'application personnel

Les titulaires de ce droit sont les personnes physiques (tant les suisses et les étrangers, même s'il y a une restriction concernant l'acquisition des biens immobiliers par des étrangers) et morales.

La question des collectivités publiques est plus compliquée : elles en sont titulaires lorsqu'elles disposent de leur patrimoine financier (§824).

Cette garantie protège aussi bien les propriétés acquises que l'acquisition de la propriété, donc les titulaires peuvent être des titulaires effectifs ou des propriétaires virtuels, encore que les premiers soient nettement mieux protégés que les seconds.

3. Champs d'application matériel

La notion de propriété au sens de l'art. 26 Cst. est plus large que celle du droit civil. Selon la jurisprudence, la garantie de la propriété s'étend en effet « non seulement à la propriété des biens mobiliers et immobiliers, mais aussi aux droits réels restreints, aux droits contractuels, aux droits de propriété intellectuelle, aux droits acquis des citoyens contre l'Etat, ainsi qu'à la possession ».

La garantie de la propriété protège :

1. **L'institution** de la propriété : correspond au noyau du droit (se confond avec l'essence) : toute atteinte constitue donc une violation. C'est l'idée que l'Etat ne peut pas supprimer la substance même de la propriété, c'est la fonction institutionnelle. Donc l'ordre constitutionnel suisse protège aussi l'institution de la propriété : on ne pourrait pas abolir la propriété en tant qu'institution de la propriété.

2. **L'existence** du droit de propriété (art. 26 al. 1 Cst.) : correspond à la fonction individuelle de la propriété ; restriction selon l'art. 36 Cst. Cette composante nous protège contre des restrictions des facultés qui découlent de la propriété (ex : interdiction de vendre, d'aliéner, de détruire, etc.) mais ne protège pas le patrimoine en tant que tel (ex : payer un impôt n'est pas une atteinte à la propriété, sous réserve de l'impôt confiscatoire).

3. **La valeur** de la propriété : on ne protège plus l'exercice des droits de propriété mais la valeur de la propriété : parfois on peut perdre la propriété ou une partie de sa valeur : dans ce cas, le particulier peut demander une compensation (c'est la fonction compensatrice).

La garantie de la valeur

Certaines atteintes portées par l'Etat aux droits du propriétaire sont considérées comme tellement graves que la collectivité publique se doit d'indemniser les dommages patrimoniaux qui en résultent. Ces atteintes sont le plus souvent liées à l'exécution des tâches qui incombent à l'Etat ou qui sont nécessaires en raison du fait que l'usage individuel du droit de propriété n'est pas compatible avec l'intérêt public.

L'art. 26 al. 2 Cst. prévoit qu'une pleine indemnité est due en cas d'expropriation (expropriation formelle) ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation (expropriation matérielle).

!/\ Pour se trouver dans un cas d'expropriation, il faut qu'on se trouve face à une atteinte grave !

On doit alors distinguer les deux :

Expropriation formelle

C'est un acte étatique, pris selon une procédure particulière du droit public, qui a pour objet le transfert ou la modification d'un droit patrimonial au profit de l'Etat, moyennant indemnisation. Elle supprime un droit et le transforme en une somme d'argent, dont le paiement est une condition préalable à l'expropriation. **L'expropriation constitue directement une atteinte grave.** C'est pourquoi l'Etat, pour avoir le droit d'exproprier formellement doit donner une indemnisation (c'est une condition).

Objet = droits de nature privé

Propriété foncière
Propriété mobilière
Droits personnels
Droits d'emption, de préemption ou de réméré
Droits acquis
Brevets d'invention

Conditions

L'expropriation formelle doit être **prévues par la loi**, laquelle doit définir les buts qu'elle poursuit.

- LEx (en droit fédéral)
- LEx-GE (en droit cantonal)
- + Lois spéciales (en droit fédéral et en droit cantonal)

L'exigence de l'**intérêt public** doit être rempli à un double point de vue.

- Il faut que le but poursuivi par la mesure d'expropriation soit conforme à la loi.
- Il faut que l'ouvrage projeté constitue un moyen approprié pour le réaliser, compte tenu des intérêts à la fois privés et publics qui s'y opposent. Le contrôle du respect de cette condition implique une évaluation et une pesée de tous les intérêts en présence conformément au **principe de la proportionnalité**.

Conditions de l'indemnité

Est due à la triple condition qu'il y ait :

- Un droit
 - o L'atteinte à un droit résulte du transfert, de la suppression ou de la modification de ce dernier.
- Un dommage
 - o Le dommage comprend la perte du droit exproprié, la dépréciation de la parcelle restante et celui qui peut atteindre le patrimoine du propriétaire (frais de déménagement).
- Un lien de causalité naturelle et adéquate entre les deux
 - o En droit fédéral, l'indemnité est fixée par des commissions d'estimation dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours au TAF d'abord (art. 77 al. 1 LEx), au TF ensuite (art. 87 al. 1 LEx).
- L'indemnité est en principe versée en argent, sous forme d'un capital ou d'une rente, plus rarement en nature.

Concernant les propriétaires voisins, ils peuvent bénéficier d'une indemnité :

- Lorsque l'ouvrage justifiant l'expropriation provoque des immissions excessives qui sont inévitables, les propriétaires voisins peuvent exiger d'être indemnisés pour expropriation des droits de voisinage que leur confèrent les art. 679 et 684 CC.
 - Selon une jurisprudence, la collectivité publique n'est cependant tenue d'indemniser un voisin que si le dommage qu'il subit est à la fois spécial, imprévisible et grave.
 - o Ces conditions s'appliquent notamment aux nuisances du trafic routier, ferroviaire et aérien.
- Lorsque le voisin subit des empiètements directs sur son droit de propriété (ex : survols d'avions), les conditions de la spécialité, de la prévisibilité et de la gravité ne s'appliquent pas de sorte que le juge de l'expropriation s'en tient aux règles matérielles du droit civil.
- **Note** : Dans sa jurisprudence récente, le TF examine les prétentions à une indemnité des propriétaires touchés par des immissions excessives de bruit du trafic aérien sur la base du droit de l'expropriation et sur celui de la protection de l'environnement.

Le remaniement parcellaire : §857 ss

- Peut aboutir à un échange forcé entre propriétaires.
- Procédure qui vise à redéfinir dans un périmètre donné l'assiette des propriétés de façon à favoriser leur meilleure utilisation possible.
 - o Chacun des propriétaires se voit attribuer des terrains d'une valeur en principe identique à ceux qu'il possédait.
 - S'il perd à l'échange il a droit à une prestation en argent.

- Prévus à l'art. 703 CC, l'institution est principalement régie par la législation cantonale qui en confie l'organisation à des syndicats d'amélioration foncière.
 - o Le législateur fédéral la prévoit expressément pour l'acquisition des terrains nécessaires à la construction de routes nationales.
- Pour être conformes à l'art. 26 Cst. les lois cantonales en matière de remaniements parcellaires doivent notamment garantir le **principe de la compensation réelle**.

Autres modes d'acquisition forcée : §878 ss

- **Réquisition** : décision administrative par laquelle l'Etat s'attribue avec effet immédiat le droit d'utiliser un bien appartenant à un particulier, quitte à l'indemniser ultérieurement.
- **Confiscation ou séquestre** : lorsque l'ordre public risque d'être menacé par l'emploi de biens saisis en raison de leur caractère dangereux, ou lorsque des biens ont servi à commettre des infractions ou en sont le produit, ils permettent à l'Etat de les acquérir sans indemnité.
- **Nationalisation** : consiste à transférer à l'Etat, à travers la constitution d'un monopole, certains biens ou activités.
 - o Contraire au principe de la liberté économique (art. 94 Cst.), elle nécessite une base constitutionnelle explicite.
 - o Note : La garantie institutionnelle de la propriété s'oppose à la nationalisation du sol.
- **Appropriation** : il peut arriver que l'Etat soit contraint d'acquérir certains biens sur lesquels pèsent des restrictions de droit public. A certaines conditions le propriétaire d'un terrain rendu inconstruisible peut demander qu'il soit repris par la collectivité.

Expropriation matérielle

Il y a expropriation matérielle lorsque l'usage actuel d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint d'une manière particulièrement **grave**, de sorte que le lésé se trouve **privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété**. Une atteinte de moindre importance peut aussi constituer une expropriation matérielle si elle frappe un ou plusieurs propriétaires de manière telle que, s'ils n'étaient pas indemnisés, ils devraient supporter **un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité, incompatible avec le principe de l'égalité de traitement**. Dans l'un et l'autre cas, la protection ne s'étend à l'usage futur prévisible que dans la mesure où celui-ci apparaît au moment déterminant comme très probable dans un proche avenir ; par usage futur prévisible, on entend généralement la possibilité d'affecter à la construction l'immeuble concerné.

En résumé, lorsqu'il y a une expropriation matérielle, le propriétaire touché a le droit à une prétention d'indemnité. C'est la **responsabilité de l'Etat pour acte illicite**. Lors d'une mesure restrictive, on demande généralement l'annulation puis l'indemnité.

(Note : une simple diminution des droits du propriétaire n'équivaut pas à une expropriation matérielle).

Puisque pour se trouver dans un cas d'expropriation, il faut qu'on se trouve face à une atteinte grave, il est important de définir la méthode pour savoir si une atteinte est grave :

- Déterminer si elle constitue un déclassement ou un refus de classement.
 - o Cette question se résout selon la conformité de la planification en vigueur à l'ensemble des prescriptions applicables en la matière.
- En cas de refus de classement, la question de savoir si elle peut exceptionnellement donner lieu à indemnisation dépend notamment de la constructibilité du terrain.

Les critères d'indemnisation

Le **motif** de restriction : si la restriction a comme motif le motif de police, une indemnité n'a pas lieu d'être. La notion de police doit être interprétée strictement : le danger que la restriction doit écarter doit

être sérieux et imminent. Il y a des exceptions au principe de non-indemnisation, notamment lorsque la mesure restrictive frappe une utilisation actuelle du sol qui auparavant était licite.

La **gravité** de la restriction (critère rarement décisif) : il faut « que le lésé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété ». Une interdiction de construire/refus de classement ne prive le propriétaire d'une faculté essentielle découlant de son droit de propriété que s'il existe, au moment où la restriction intervient, une réglementation qui inclut la possibilité de bâtir dans un proche avenir. Selon la jurisprudence, un refus de classement peut exceptionnellement donner lieu à une indemnisation pour expropriation matérielle lorsqu'une affectation à la zone à bâtir des terrains en cause s'impose en raison de circonstances spéciales (cf. §850). Un déclassement (interdiction de construire frappant un immeuble classé dans une zone à bâtir) est en principe expropriation matérielle

La **constructibilité** du terrain

- Facteurs juridiques (§854) : ils découlent de l'application correcte de toutes les normes pertinentes en matière d'aménagement et de construction.
- Facteurs matériels (§855) : le propriétaire doit rendre vraisemblable qu'il aurait effectivement construit sur le terrain dans un proche avenir.
 - o C'est ici que le juge prend en considération l'ensemble des données sociales et économiques de la région, du site et du terrain concernés, ainsi que les démarches, les dépenses et la volonté subjective du propriétaire.

La **bonne foi** : est garantie par l'art. 9 Cst. Elle confère au particulier le droit d'exiger que l'autorité respecte ses promesses et qu'elle évite de se contredire.

- **Note** : C'est dans ce contexte que se situe la jurisprudence relative au remboursement des frais qu'un propriétaire a engagés pour le dépôt d'une demande de permis de construire (§857).

L'**égalité** : sacrifice particulier qu'imposerait à un ou plusieurs propriétaires isolés une « atteinte de moindre importance », mais qui doit néanmoins atteindre « une certaine intensité ». Ce grief souvent soulevé, mais régulièrement rejeté : cette rareté s'explique sans doute par le fait que si une restriction à la propriété viole le principe d'égalité de traitement, elle doit être annulée et non compensée par une indemnité.

Moment déterminent

En général, il s'agit de la date de l'entrée en vigueur de la restriction à la propriété. Il importe peu que le propriétaire ait pu en prendre connaissance à un moment antérieur. Cf. cas particuliers §859.

Indemnité

- « Pleine indemnité ».
- Fixée exclusivement sur la base des critères du droit fédéral ; les cantons ne disposent d'aucune marge de manœuvre dans ce domaine.
- Méthode statistique ou comparative : prescrit au juge de rechercher parmi les transactions récentes qui ont lieu dans la région les prix payés pour les fonds de même nature, de même qualité et de même situation.
- Paiement d'intérêt possible et ceci à partir du moment où l'ayant droit a manifesté d'une façon non équivoque son intention de se faire indemniser.
- Indemnisation = gain immobilier qui peut être imposé
 - Le TF a jugé qu'une imposition à concurrence de 20% du montant alloué par le juge de l'expropriation était compatible avec la garantie de la propriété.
- Se prescrit : lorsque la restriction :
 - Résulte de mesure d'aménagement cantonales ou communales → délai = 10 ans.
 - Est fondée sur la législation fédérale → délai = 5 ans.

L'acquisition forcée : §864-865

- Cas où l'Etat a besoin d'un immeuble ou d'un bien mobilier pour accomplir les tâches que l'ordre juridique lui confie
- Permet de passer outre la volonté négative des propriétaires
- Négation de la protection individuelle de la propriété garantie par la Constitution → la supprime (≠ restreint)
- Doit respecter les principes généraux de toute activité étatique :
 - Etre prévue par la loi
 - Garantir la protection juridique complète des ayants droit
 - Se justifier par un motif d'intérêt public
 - Respecter le principe de proportionnalité
- Exige le dédommagement complet et préalable du titulaire de ce droit (pleine indemnisation)

4. Les restrictions

Non-respect d'obligations négatives : l'Etat porterait atteinte en agissant. Le TF admet des atteintes de nature indirecte.

Non-respect d'obligations positives : l'Etat doit, pour protéger ce droit, faire qq. chose (par exemple l'Etat peut avoir des obligations positives de protéger les propriétaires contre les squatteurs.

On rappelle encore une fois qu'il faut distinguer atteinte grave et non

- L'expropriation formelle et matérielle est TOUJOURS une atteinte GRAVE donc elle donne le droit à une indemnité (mais pas l'affirmation n'est pas absolue).
- L'expropriation matérielle dépend de l'analyse de la gravité de l'atteinte (*cf.* bas p. 30)

Conditions de l'art. 36 Cst.

1. Base légale (faire distinction entre atteinte grave et légère) : l'expropriation formelle constitue toujours une atteinte grave. L'expropriation matérielle constitue une atteinte grave lorsque l'usage actuel ou l'usage futur prévisible d'une chose est interdit ou restreint d'une manière particulièrement grave, ou: lorsqu'il y a un sacrifice trop considérable imposé à certains propriétaires seulement (*Sonderopfer*), qui est incompatible avec l'égalité de traitement
2. Intérêt public : peut résulter de l'ensemble des tâches, responsabilités et compétences que la Constitution confie aux pouvoirs publics et dont la concrétisation incombe au législateur (l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, la protection de l'esthétisme, la protection des monuments et des sites, la lutte contre la spéculation foncière et la pénurie de logement). Cependant, un motif purement fiscal est inadmissible.
3. Proportionnalité :
 - Aptitude : dire pourquoi la mesure est apte à atteindre le but visé ou pourquoi elle ne l'est pas.
 - Nécessité : regarder s'il existe des mesures moins incisives qui permettraient d'atteindre le même objectif. Regarder notamment s'il serait possible de réduire la portée de la mesure : à un espace géographique, à un certain cercle de personnes, etc. Souvent, lorsque la mesure ne prévoit pas d'exceptions, il y a un problème.
 - Proportionnalité au sens étroit : pesée des intérêts

La liberté économique (liberté) p. 415

Notion

La liberté économique fait partie de la constitution économique, à savoir l'ensemble des dispositions de la Constitution fédérale qui régissent les rapports entre l'Etat et l'économie. La Constitution fédérale contient un section entière consacrée à l'économie (art. 94-107 Cst.).

Elle comprend le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. De façon générale, l'art. 27 Cst. a pour but de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain, soit toute activité exercée par une personne dans un but lucratif. On peut relever 3 fonctions de cette liberté :

La **fonction individuelle** (art. 27 al. 2 Cst.) protège le libre choix, accès, et exercice d'une activité lucrative. Autrement dit, elle assure une protection constitutionnelle contre les mesures étatiques restrictives. C'est l'aspect classique des droits fondamentaux : ici on protège l'épanouissement de la personne dans le secteur économique

La **fonction institutionnelle/constitutive** (art. 94 Cst.) se réfère à l'idée d'un système économique de libre concurrence (n'exclut pas une dimension sociale, art. 94 al. 2 Cst.). C'est l'idée qu'il faut laisser faire l'offre et la demande. Il ne faut pas d'économie planifiée / de protectionnisme. Attention ce n'est pas l'idée qu'on laisse tout faire sans cadre juridique : l'économie doit quand même être institutionnalisée par le droit. Le constituant a fait un choix en faveur d'un système économique de libre concurrence fondé sur l'offre et la demande (le contraire : système communiste d'économie planifiée où l'Etat décide qui produit quoi et quelle quantité).

La **fonction fédérative/centralisatrice** (art. 95 al. 2 Cst.) est l'idée de dire qu'on veut créer un espace économique suisse unique, que les personnes puissent exercer une activité lucrative en dehors de leur canton de provenance. Autrement dit, c'est l'idée d'un libre exercice territorial des activités économiques dans l'Etat fédéral.

1. Sources

Il faut bien comprendre les divers aspects de la liberté économique et voir sa spécificité.

Art. 27 Cst. al. 1 et 2 Cst. : à titre de droit fondamental (droit individuel) : finalité individuelle

Art. 94 à 107 Cst. : principe de liberté économique (la constitution économique) : finalité institutionnelle

Ni la CEDH, ni le Pacte II ne garantissent la liberté économique. Le Pacte II consacre certes des « droits économiques, sociaux et culturels » mais il ne contient aucune disposition qui confère aux agents économiques un droit individuel directement applicable et justiciable en ce domaine. Donc, il n'y a pas vraiment de garantie de la liberté économique au niveau international. La garantie helvétique va bien au-delà.

2. Champs d'application personnel

Sont titulaires de la liberté économique les personnes physiques (ou morales) qui exercent une activité lucrative tendant à la production d'un gain. Les étrangers sont titulaires de la liberté économique s'ils sont au bénéfice d'un droit de présence stable.

Les personnes liées à l'Etat par un rapport de droit spécial peuvent invoquer la liberté économique, mais les restrictions sont très nombreuses

Les collectivités publiques, les établissements, les corporations et les fondations ne sont pas titulaires de la liberté économique, sauf si elles exercent une activité lucrative comme n'importe quel particulier.

3. Champs d'application matériel

La liberté économique protège de façon générale **toutes les activités économiques exercées dans un but lucratif** par des particuliers. Elle couvre le libre **choix** de la profession, le libre **accès** et, surtout, le libre **exercice** de l'activité économique choisie.

Les activités économiques exercées dans **un but lucratif** visent les activités qui tendent à la production d'un gain ou d'un revenu en vertu du droit privé. Cela englobe l'exercice à titre indépendant ou dépendant. Peu importe que ce soit une activité professionnelle ou occasionnelle. Les monopoles étatiques sont permis si les conditions de restrictions sont remplies ainsi que les tâches régaliennes des cantons (ex: commerce de sel, chasse pêche, mine, etc). Les tâches publiques échappent aussi à l'art. 27 Cst. (ex: notaires, avocats commis d'office, vétérinaires, etc). C'est l'intention de se procurer un gain qui compte et non le résultat de l'opération économique. Le profit doit être recherché, peu importe qu'il soit atteint ou que les couts liés à sa réalisation soient à peine couverts.

Le **libre choix** de l'activité économique (art. 27 al. 2 Cst.) implique le choix de travailler ou de ne pas travailler ainsi que de choisir son activité économique. Cela implique la formation professionnelle mais ne donne pas un droit à la formation, ni un droit au travail. Le travail forcé ou obligatoire est interdit par la CEDH et par le Pacte ONU II.

Le **libre exercice** d'une activité économique signifie pouvoir choisir tous les éléments qui organisent et structurent le processus social qui conduit à la production de gain (choix du moment, lieu, moyens de production, forme juridique, partenaires, clients, conditions de travail, prix, coûts, liberté des relations économiques avec l'étranger exporter/importer) etc.). Ce libre exercice comprend aussi la faculté de faire de la publicité, qui est un élément essentiel du processus de production et d'échange des biens, ainsi que de la fourniture de service. Seule la publicité excessive, tapageuse ou mercantile peut faire l'objet d'une restriction.

La **garantie de la concurrence** implique que l'Etat doit promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral. Cette concurrence est une conséquence nécessaire et une condition essentielle du libre choix et du libre exercice d'une activité lucrative. Elle ne constitue pas un but en soi protégé par la Constitution. La garantie de l'économie de marché implique en particulier le respect de la neutralité concurrentielle de l'Etat et de l'égalité de traitement entre concurrents. L'Etat doit ainsi notamment avoir une politique de concurrence et surveiller les prix.

La **portée territoriale** de la liberté économique à comme but d'assurer l'unification de l'espace économique helvétique. En ce qui concerne le domaine public, la liberté économique confère un droit conditionnel à une autorisation d'usage accru du domaine public à des fins commerciales.

Quid de la question des prestations positives de l'Etat ?

Il n'existe pas un droit à des **prestations positives** de l'Etat sous l'aspect strictement individuel, mais il est évident que par la portée institutionnelle, l'Etat définit les politiques, légifère, promeut, arbitre, juge, exécute, décide dans le respect du principe de la liberté économique. Mais la jurisprudence nuance cet aspect restrictif en reconnaissant qu'il existe un **certain droit à l'usage accru** du domaine public, un droit à être protégé contre un traitement privilégié, par l'Etat, de certains concurrents et en mettant en œuvre la liberté d'accès au marché qui s'impose à toute collectivité et entité publique.

4. Les restrictions

Remarques générales

On distingue les mesures de politique sociale, qui sont à priori des restrictions admissibles, et les mesures de politique économique qui sont, selon le Tribunal Fédéral, des dérogations inadmissibles (il faut tout de même regarder dispositions constitutionnelles). Le but du constituant est la sauvegarde des intérêts de l'économie nationale, et la contribution à la prospérité et à la sécurité économique de la population.

Les mesures restrictives fédérales :

- **Généralités**
 - Le constituant fédéral a tenu à fixer d'emblée les buts que doit poursuivre la Confédération lorsqu'elle adopte des mesures en rapport avec l'économie.
 - Cf. art. 94 al. 2 Cst.
 - Cf. aussi art. 94 al. 3 Cst.
- **Les mesures conformes (§964 ss)**
 - Mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions (art. 103 Cst.)
 - Il doit s'agir de mesures partielles visant certaines branches ou certaines professions et non pas l'économie dans son ensemble
 - Exemples de mesures d'encouragement : conseils, aides financières, allègements fiscaux, prêts, garanties, contrôles.
 - Mesures visant à éliminer les conséquences nuisibles des cartels (art. 96 al. 2 Cst.)
 - La Confédération doit concevoir et suivre une politique de la concurrence pour réaliser ce qui est prévu à l'art. 96 al. 1 Cst.
 - **Note** : De nombreuses autres dispositions constitutionnelles confèrent à la Confédération une compétence spécifique lui permettant de prendre des mesures économiques qui peuvent avoir pour effet de restreindre la liberté économique sans pour autant pouvoir déroger à son principe. C'est parmi ces dispositions qu'il faut chercher la base constitutionnelle des mesures touchant l'économie dans son ensemble et pas seulement dans certains de ses secteurs (§967).
 - Art. 98, 97, 96 al. 2 let. a, 105, 108, 109 Cst.
- **Les mesures contraires (§968 ss)**
 - Mesures protectionnistes ou interventionnistes de politique structurelle par régions ou par secteurs (art. 103 Cst.)
 - Faussent délibérément le jeu de la concurrence
 - **Dérogation** explicitement prévue : art. 103 *in fine* Cst.
 - Mesures en matière d'approvisionnement du pays (art. 102 al. 1 Cst.)
 - **Dérogation** explicitement prévue : art. 102 al. 2 Cst.
 - Mesures de politique conjoncturelle (art. 100 Cst.)
 - **Dérogation** explicitement prévue : art. 100 al. 3 Cst. (dans trois domaines)
 - **Note** : En dehors de ces trois domaines, la Confédération doit s'en tenir au principe de la liberté économique ; dès lors la question essentielle est celle de la délimitation précise de ces domaines.
 - Mesures de politique en matière de concurrence (art. 96 al. 2 let. a Cst.) (cf. §975)
 - Mesures de politique économique extérieure (art. 101 + 133 Cst. : compétence douanière)
 - **Dérogation** explicitement prévue : art. 101 al. 2 Cst.
 - Mesures en matière d'agriculture (exploitations paysannes)
 - **Dérogation** explicitement prévue : art. 104 al. 2 Cst.
 - Mesures pour promouvoir la production et la culture cinématographiques suisses (art. 71 Cst.) (cf. §978)

Dans les domaines précités, la Confédération est autorisée à déroger au principe de la liberté économique. Cela signifie que le législateur n'est pas tenu de respecter la règle de la neutralité économique ; qu'il peut restreindre, voire supprimer la concurrence ; planifier, administrer et diriger l'économie. Bien entendu il s'agit d'une simple faculté. Ce n'est que s'il le faut que la Confédération peut déroger à la liberté économique → **règle de la subsidiarité** (cf. termes « au besoin »). L'adoption des mesures fondées sur les dispositions précitées doit en conséquence être justifiée par l'intérêt général.

La Constitution institue au profit de la Confédération un certain nombre de **monopoles** qui permettent à l'Etat de soustraire totalement ou partiellement un domaine de l'activité économique à l'économie privée, supprimant ou limitant sévèrement toute concurrence (cf. art. 87, 92 et 105 Cst.)

Note : Il n'est pas admissible de fonder implicitement une mesure contraire au principe de la liberté économique sur la base d'une clause constitutionnelle ; une clause attributive de compétence ne permet pas de déroger implicitement au principe de la liberté économique.

Les mesures restrictives cantonales :

- **Généralités** : cf. §981
- **Les mesures conformes**
 - Les mesures de police (§984 ss)
 - Visent à protéger l'ordre public à savoir la tranquillité, la sécurité, la santé ou la moralité publiques, à préserver d'un danger ou à l'écartier, ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public
 - Cf. casuistique §984.
 - La compétence des cantons à prendre des mesures de police les habilite à subordonner l'exercice de certaines professions à l'obtention d'un certificat de capacité.
 - Principe de proportionnalité : exige que les cantons ne posent pas d'exigences qui ne se justifient pas par un motif de police, soit par la protection du public.
 - Les mesures de politique sociale (§987)
 - Tendent à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs
 - Cf. casuistique §987.
 - Les autres mesures d'intérêt public (§988 ss)
 - Aménagement du territoire, protection du patrimoine ou de l'environnement
 - Les cantons peuvent sans violer la liberté économique frapper d'un impôt spécial l'exercice d'une activité lucrative déterminée.
 - Les cantons sont habilités à promouvoir leur économie notamment par le biais de subventions, d'allègements fiscaux et de mesures concernant le marché du travail ou la formation professionnelle.
 - Une base légale est requise.
 - Lorsqu'il adopte de telles mesures, l'Etat doit s'imposer un devoir de neutralité.
 - L'égalité entre les concurrents (§992 ss)
 - L'Etat doit respecter le principe de la neutralité en matière de concurrence.
 - La protection contre les inégalités découlant de la liberté économique va plus loin que celle garantie par l'art. 8 Cst.
 - L'art. 27 Cst. protège les opérateurs économiques contre les distinctions étatiques qui reposent sur un fondement objectif, mais qui, sans être directement motivées par un but de politique économique, favorisent ou défavorisent l'accès au marché des concurrents.
 - Cette protection accrue s'applique notamment dans les domaines de l'utilisation du domaine public, des mesures de promotion et des charges fiscales.
 - Concurrents directs : « personnes appartenant à la même branche économique, qui s'adressent au même public avec des offres identiques pour satisfaire le même besoin »
→ interprétation stricte de ces notions.
 - Cf. casuistique §994.
 - Le TF a précisé que l'art. 27 Cst. ne garantit pas une égalité de fait absolue ou une égalité des chances des concurrents.
- **Les mesures contraires**
 - Les mesures de politique économique (§996 s)
 - « Mesures qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, d'avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises et qui tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé »
 - En d'autres termes, ce qui est interdit aux cantons c'est le protectionnisme et la planification économique.
 - La jurisprudence assimile aux mesures de politique économique celles que les cantons édictent parfois dans un but fiscal et qui ont pour effet soit d'être prohibitives, soit de protéger de la concurrence certains contribuables, soit encore de limiter l'activité d'une profession déterminée.

- Les régales et les monopoles (§998 ss)
 - Régales :
 - L'art. 94 al. 4 Cst. réserve les droits régaliens des cantons.
 - * Dans les domaines des mines, de la chasse, de la pêche, du sel et de l'utilisation des forces hydrauliques, les cantons ne sont pas soumis au respect du principe de la liberté économique.
 - * L'art. 94 al. 4 Cst. ne contient pas un droit individuel permettant au justiciable de se plaindre d'un défaut de base constitutionnelle.
 - Monopoles :
 - Les monopoles que les cantons peuvent créer doivent se justifier par un motif de police ou de politique sociale et respecter le principe de la proportionnalité.
 - * Monopole de droit : l'Etat empêche les administrés d'exercer une activité lucrative qu'il réserve en édictant une norme.
 - Doit avoir sa base dans une loi au sens formel.
 - * Monopole de fait : l'Etat est seul en mesure d'exercer une activité économique nécessitant un usage particulier du domaine public.
 - La proportionnalité est appréciée de manière moins sévère que celle d'un monopole de droit.
 - Le TF a jugé conformes à la liberté économique les monopoles en matière de distribution de l'eau, d'électricité, de ramonage, d'affichage sur le domaine public et d'assurance-incendie des bâtiments.
 - * De tels monopoles ne peuvent pas poursuivre de purs intérêts fiscaux car dans cette hypothèse ils seraient contraires au principe de la liberté économique.
- Les clauses de besoin (§1002)
 - L'art. 196 ch. 7 Cst. (disposition transitoire ad art. 103 Cst.) a autorisé les cantons à continuer pendant 10 ans dès l'entrée en vigueur de la Cst. à subordonner à un besoin l'ouverture de nouveaux établissements dans l'hôtellerie et la restauration, afin d'assurer l'existence des parties importantes de ce secteur.
 - Selon la jurisprudence, l'autorité devait répondre à deux questions dans l'application de la clause de besoin :
 - Déterminer si l'ouverture d'un nouvel établissement menaçait vraiment l'existence des cafetiers et restaurants installés.
 - Examiner si le nouveau point de vente répondait à un besoin.

Interdiction des discriminations (garantie de l'Etat de droit) p. 503

Notion

Le principe de non-discrimination interdit que l'on traite différemment une personne sur la base de certains critères, lorsque ces critères sont pris comme des motifs pour la déprécier. Donc le principe se réfère à une inégalité qualifiée et présente un lien très étroit avec la dignité humaine. L'inégalité est fondée sur des critères spécifiques. Inégalité qui peut résulter soit d'une différence de traitement (on traite différemment des personnes qui sont dans une situation comparable) ou d'une assimilation injustifiée (on traite de la même façon des personnes en situation différente).

Soit il y a une discrimination, soit il n'y en a pas mais il n'y a pas d'inégalité justifiée.

Il y a discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. lorsqu'une personne est traitée différemment sur la seule base de son appartenance à un groupe déterminé, qui, dans l'histoire et dans la réalité sociale actuelle, a fait l'objet d'exclusion et a été traité comme étant inférieur.

La discrimination représente une inégalité qualifiée de personnes se trouvant dans des situations comparables, dans le sens où elle porte préjudice à une personne, préjudice qui doit être considéré

comme une dépréciation ou une exclusion, parce qu'il se rattache à un critère de distinction qui constitue un élément essentiel, inséparable ou difficilement séparable, de l'identité de la personne en question.

1. Sources

C'est un principe concrétisé par le législateur, l'administration et surtout la jurisprudence.

Art. 8 Cst (al. 2 et 4) : principe d'égalité (portée subsidiaire)

Art. 14 CEDH : principe de non-discrimination : n'a pas de portée indépendante et doit être invoqué en rapport avec une autre violation (Il est en revanche autonome).

PA n°12 CEDH: généralisation de l'interdiction de discrimination (la Suisse ne la pas signé).

Pactes des Nations Unis: l'art. 2 § 2 Pacte I et l'art. 2 § 1 Pacte II, et l'art. 3 (pas de portée indépendante). L'art. 26 Pacte II (droit indépendant, mais portée réduite en droit suisse). Le pacte II contient plusieurs dispositions spécifiques sur l'égalité (ex: art. 14 §1 et § 3, l'art. 23 §4; 24; 25; 27 etc.)

Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale et la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes.

L'ALCP (art. 2) protège les ressortissants suisses et communautaires par le principe de non-discrimination.

2. Champs d'application personnel

Tous les êtres humains » sont titulaires du principe d'égalité. Les personnes morales peuvent s'en prévaloir.

3. Champs d'application matériel

La **discrimination** est toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur des critères interdits et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le principe de **non-discrimination** interdit que l'on traite différemment une personne sur la base de certains critères, lorsque ces critères sont pris comme des motifs pour la déprécier.

Non seulement les personnes appartenant à des minorités, mais toute personne peut invoquer l'interdiction de discrimination.

Pour qu'il y ait discrimination, il faut un traitement différent, lequel doit se fonder sur un motif de discrimination. Les motifs impropres à justifier des différences de traitement (qui nécessitent donc une justification qualifiée) sont notamment selon l'art 8 II Cst (et art. 14 CEDH, art. 1P 12 CEDH, art. 2 al. 2 Pacte I, art. 2 al. 1 et 26 Pacte II) :

L'origine/nationalité, qui interdit toute discrimination fondée sur l'origine cantonale ou communale, sur sa provenance nationale ou géographique.

La race, qui vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de

l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, sociale et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.

Le sexe, (objet d'une dispositions spéciale art. 8 al. 3 Cst.) *cf.* plus bas : égalité des sexes

L'âge, (art. 8 al. 2 Cst.) protège à la fois les personnes âgées et les jeunes (art. 11 Cst.).

La langue, (art. 8 al. 2 et art. 18 Cst.) c'est l'identité culturelle des groupes sociaux, notamment des minorités.

La situation sociale (prévue à l'art. 14 CEDH, l'art. 1 §1 Protocole n°12 CEDH, art. 1 § 2 Pacte I, art. 2 §1 et art. 26 Pacte 2), soit la capacité économique d'une personne (ainsi que sa fortune en ce qui concerne l'accès aux écoles et universités), ainsi que la position qu'elle occupe dans la société, son éducation, sa profession ou sa culture.

Le mode de vie, qui protège principalement les homosexuels et peut inclure certaines catégories de personnes, tels que les tziganes.

Les convictions religieuses, philosophiques ou politiques, vise à protéger les minorités qui sont victimes de mesures de persécution (art 15 Cst).

La déficience corporelle, mentale ou psychique, (art. 8 al. 2 et 4 Cst.) interdit l'exclusion sociale ou la stigmatisation d'une personne en raison d'une déficience psychique ou corporelle.

Sont interdites par l'art. 8 al. 2 Cst, les **discriminations indirectes** soit lorsqu'une norme qui, a priori, ne semble pas désavantager des groupes spécifiquement protégés contre la discrimination, a en réalité des effets qui portent un préjudice particulièrement lourd aux personnes appartenant à ces groupes, et sans que cela soit justifié par des motifs objectifs.

Des mesures spéciales sont adoptées pour certaines situations particulières qui ne sont pas suffisamment protégés par les principes d'égalité et de non- discrimination. Ces **mesures positives** visent à ce qu'il y ait une **égalité en droit et en fait**.

L'EGALITE DES SEXES

Art. 8 al. 3 Cst. ET art. 3 commun aux Pactes I et II. Il comprend trois phrases et donc 3 buts :

1. **L'égalité juridique de l'homme et la femme (art. 8 al. 3 phr. 1 Cst.)** est un droit constitutionnel directement applicable et justiciable qui a comme principe que l'homme et la femme doivent être traités de manière égale, dans tous les domaines juridiques et sociaux (les droits politiques, les assurances sociales et le droit civil) ainsi qu'à tous les niveaux étatiques. Aucune différence de traitement ne peut être justifiée par la différence de sexe, sauf si la différence est (absolument) justifiée par une différence biologique ou fonctionnelle.

2. **Le mandat (impératif) de réaliser l'égalité des sexes (art. 8 al. 3 phr. 2 Cst.)** revient au législateur fédéral cantonal et communal, afin de créer une égalité des chances entre l'homme et la femme (et non l'égalité de résultat). Cela passe par le changement de certaines législations. Le TF s'assure uniquement qu'il n'y ait pas de violation de l'égalité de traitement, à moins qu'elle soit justifiée par une différence biologique.

Les **mesures positives** et appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes ne constitue pas une discrimination. Pour cela, les mesures doivent :

- Reposer sur une loi (ne pas simplement reposer sur une pratique ou une décision)
- Respecter les conditions de l'intérêt public et de proportionnalité
- Avoir un caractère temporaire (tant que l'inégalité subsiste)
- Être abrogées dès que les objectifs d'égalité des chances et de traitement ont été atteints. Les initiatives lancées pour introduire un système de quotas rigides ont jusqu'à présents été déclarés inconstitutionnels par le TF. Seules les quotas respectant le principe de proportionnalité pourraient être admis.

3. **L'égalité des salaires (art. 8 al. 3 phr. 3 Cst.)** s'applique non seulement dans les rapports entre l'Etat et les particuliers, mais aussi dans le secteur privé. Il a donc un effet horizontal direct qui *confère à tout salarié le droit d'obtenir, pour un travail de valeur égale, le même salaire que son collègue du sexe opposé*. C'est un droit directement applicable et peut être invoqué devant la justice civile. Le **salaire** est *toute indemnité octroyée pour un travail effectué* (cela comprend le paiement de salaire en cas de congé-maternité et les allocations familiales). Il existe une loi sur l'égalité entre femmes et hommes. La preuve d'une discrimination en matière de salaire est allégée par une **présomption de discrimination** si elle est rendue vraisemblable.