

Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative

SAMANTHA BESSON*

Introduction

1. La question

«Nach neuerer Auffassung haben Grundrechte nicht nur eine abwehrende Funktion gegen Beeinträchtigungen durch den Staat, sondern begründen auch eine staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdungen, die von Dritten verursacht werden¹.»

C'est avec cette phrase que le Tribunal fédéral (= TF) ouvre le premier des trois paragraphes de l'arrêt *Ruth Gonseth* consacrés aux obligations positives qu'a l'Etat de protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les atteintes des tiers. Si la jurisprudence suisse reconnaît de manière prudente l'*existence* de ces obligations depuis quelques années déjà, jamais encore le Tribunal fédéral n'avait tenté de définir de manière plus précise les contours et l'*étendue* de cette nouvelle construction constitutionnelle.

Même si, dans son dernier arrêt, le Tribunal fédéral jette les bases d'une dogmatique suisse des obligations positives, de nombreuses questions demeurent encore en suspens. Ces mêmes questions se posent dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme (= CEDH) et en droit alle-

* Dr. iur (Fribourg), M. Jur. (Oxon.). Junior Research Fellow, The Queen's College, Oxford et Chargée de cours suppléante à l'Université de Genève. Cet article se fonde sur un cours en droit constitutionnel comparé donné en juin 2002 aux Universités de Genève et de Fribourg; que tous les étudiants et participants à ces deux cours soient remerciés ici de leurs remarques et critiques. Je remercie aussi le Fonds National de la Recherche Scientifique sans l'appui duquel je n'aurais pas pu mener à bien cette recherche. Je tiens enfin à remercier Otto Pfersmann et Franz Werro d'avoir accepté de débattre avec moi de l'un ou l'autre des éléments traités dans cet article.

¹ Cf. ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*.

mand, où les obligations positives sont pourtant une création jurisprudentielle plus ancienne. Le droit américain rencontre d'ailleurs les mêmes difficultés, même si la jurisprudence américaine a toujours refusé de reconnaître l'existence d'obligations constitutionnelles de protection de la part de l'Etat. Ce sera l'objet de cet article que de déterminer les contours et les principaux éléments constitutifs du concept d'obligation positive et de souligner les différents points sur lesquels des réponses sont encore attendues.

La terminologie en la matière varie d'un ordre juridique à l'autre. On parle d'«affirmative duties» en droit américain², d'«obligations positives» dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³ ou encore de «Schutzpflichten» en droit allemand et suisse⁴ – du moins parmi les juristes suisses de langue allemande, puisque les juristes suisses de langue française parlent plutôt de «prestations positives»⁵, du nom de l'une des concrétisations les plus communes des obligations positives étatiques, en matière sociale notamment. Toutes ces expressions permettent de distinguer clairement les obligations positives de la conception classique et négative des droits fondamentaux, qui les considère comme des droits à l'abstention et non à la protection de l'Etat et ne visent à protéger l'individu que contre les atteintes étatiques et non contre celles que leur portent des tiers.

Si l'on cherche à retracer l'histoire des obligations positives, il faut commencer par rappeler que la conception négative des droits fondamentaux s'est vite avérée insuffisante en raison de la gravité des atteintes que les entités non étatiques peuvent désormais porter aux droits individuels. D'où, tout d'abord, le développement de la conception objective des droits fondamentaux qui assure le rayonnement de ces derniers dans toute l'activité étatique. Mais d'où, ensuite, la volonté d'aller encore plus loin dans certains ordres juridiques, en garantissant de véritables obligations positives de protection de la part de l'Etat en cas de violation interindividuelle des droits fondamentaux et en reconnaissant des droits justiciables à obtenir leur mise en œuvre.

Depuis quelques années, par conséquent, la jurisprudence des pays européens fait preuve d'un engouement sans cesse renouvelé pour les obligations positives de protection des droits fondamentaux⁶. Ces dernières se développent en application de presque tous les droits fondamentaux; les obligations reconnues et sanctionnées par la jurisprudence vont des obligations positives de l'Etat de protéger la vie de l'embryon contre l'avortement aux obligations de l'Etat de protéger l'intégrité des individus contre les immissions polluantes. Ces obligations ont pour destinataires toutes les autorités étatiques, du législateur au juge en passant par l'exécutif. Finalement, elles ont pour objet de protection aussi bien les atteintes directes de tiers que certains phénomènes naturels ou personnels comme la pollution ou la maladie.

Etant donné l'importance grandissante du champ d'application de ces obligations, des droits protégés et de leurs destinataires, il n'est pas surprenant que la jurisprudence ait vite rencontré des difficultés importantes face à cette nouvelle construction dogmatique. Ces difficultés sont multiples. Il s'agit notamment de la question du fondement juridique des obligations positives, de leur relation avec d'autres institutions comme l'effet horizontal des droits fondamentaux, de leurs critères de mise en œuvre ou encore des modalités de leur restriction, notamment en cas de conflit de droits.

Au vu des difficultés de la jurisprudence, la doctrine a peu à peu commencé à s'intéresser de près à ces questions et cela avant tout en Allemagne⁷ et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme⁸. En Suisse, la doctrine, réagissant au développement jurisprudentiel de la ques-

² Cf. *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* (1989) 489 US 189, 195.

³ Cf. *Osman c. Royaume-Uni* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

⁴ Cf. BVerfGE 46, 160, 164 – *Schleyer* ou ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*.

⁵ Cf. ATF 107 I 304, 307 *Fuchs* = JdT 1983 I 579. Cf. aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, p. 126, 157 et 159 qui parlent indifféremment de «prestations positives», d'«obligations positives» ou encore de «devoir d'intervention». Cf. encore M. BORGHI, *La CEDH: un fondement pour des prestations positives de la part de l'Etat?*, in: R. Bieber (éd.), *Protection des droits fondamentaux en Europe*, Berne 2001, p. 37 ss qui assimile les «obligations positives» de la jurisprudence européenne aux «prestations positives» du droit suisse. Sur cette distinction en droit allemand, cf. H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen 2000, *Vorbemerkungen vor Art. 1 GG*, n. 50.

⁶ Cf. P. UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1996, p. 29 qui parle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande comme d'un «moteur» de la théorie des obligations positives.

⁷ Cf. UNRUH (note 6); J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1992; J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (éd.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 2000, § 111; H. H. KLEIN, *Die grundrechtliche Schutzpflicht*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1994, p. 489 ss; E. KLEIN, *Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, p. 1633 ss; G. HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, Heidelberg 1987. Cf. plus généralement, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^e éd., Heidelberg 1995, p. 349 ss; DREIER (note 5), n. 63 ss; A. BLECKMANN, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 4^e éd., Cologne 1997, n. 204 ss. Cf. sur un plan plus théorique, les contributions de E. W. BÖCKENFÖRDE, J. P. MÜLLER et R. ALEXV, in: *Der Staat* 1990, p. 1 ss.

⁸ Cf. F. SUDRE, *Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in: *Mélanges Rolv Ryssdal*, Cologne 2000, p. 1359 ss; BORGHI (note 5), p. 37 ss. Cf. plus généralement, WILDHABER/BREITENMOSER, *Internationaler Kommentar der EMRK*, Cologne 1992, p. 74 ss; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK Kommentar*, 2^e éd., Kehl 1996, *passim*; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres 1995, p. 19 ss.

tion, commence timidement à en traiter, souvent indirectement⁹ et plus rarement directement¹⁰. Cet article a par conséquent pour but de combler une lacune en proposant une *étude dogmatique de la question en droit suisse*, mais aussi en *droit comparé*.

2. La méthode

Cet article se veut un essai en dogmatique *comparative* en ce qu'il se fonde sur l'étude conceptuelle comparative de la jurisprudence¹¹ américaine, CEDH¹², allemande et suisse¹³.

Le recours au droit comparé, et à la jurisprudence comparée¹⁴ en particulier, se justifie pour deux raisons dans le contexte qui nous occupe: la nature

avant tout *jurisprudentielle* et *inachevée* du développement dogmatique des obligations positives¹⁵, d'une part, et l'influence désormais confirmée de la *jurisprudence étrangère* et notamment allemande et européenne sur leur réception dans la jurisprudence suisse¹⁶, d'autre part.

La méthode comparative n'est pas sans failles cependant; on ne compte plus les dangers et risques d'erreur ou de généralisation qui guettent le comparatiste. Il serait pourtant trop long d'apporter une légitimation complète de l'usage du droit comparé ici; le profond désaccord qui règne au sujet de la justification du droit comparé¹⁷, et notamment du droit constitutionnel comparé qui est un domaine relativement nouveau¹⁸, est un obstacle de taille à une clarification de ces questions en début d'étude.

Il y a *deux difficultés principales* qu'il est bon néanmoins d'évoquer brièvement ici: la question des buts de l'approche comparative, premièrement, et celle de ses limites, deuxièmement.

Premièrement, les *buts principaux* de l'approche comparative dans le contexte des obligations positives. La doctrine mentionne différents buts pratiques et théoriques du droit comparé. Parmi ceux-ci, figurent notamment la réforme juridique, la meilleure compréhension du droit étranger et du droit national ou encore l'*apport conceptuel*¹⁹ et *philosophique*²⁰ de la comparaison.

C'est surtout ce dernier élément qui est pertinent dans le contexte qui nous occupe ici; création purement jurisprudentielle et peu développée pour l'instant, le concept commun d'obligation positive peut être compris de manière plus complète grâce à une «interprétation conceptuelle différenciée»²¹ des différents éléments issus des conceptions jurisprudentielles étudiées. Le Tribunal fédéral fait d'ailleurs précisément cet usage du droit comparé dans l'arrêt *Ruth Gonseth*²².

La contribution du droit comparé à une meilleure conceptualisation des obligations positives peut être descriptive ou normative.

9 Cf. J. P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^e éd., Berne 1999, passim; J. P. MÜLLER, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: J. P. Müller/J. F. Aubert (éd.), *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2001, § 39, 37, 50; HÄFELIN/HALLER, *Schweizerisches Bunde staatsrecht*, 5^e éd., Zurich 2001, p. 256 ss; Y. HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Bd. 2 *Grundrechte*, Zurich 1982; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 5), p. 126 ss; M. P. Wyss, «Wer Grundrechte ausübt, muss die Grundrechte anderer beachten», *Grundrechtstheoretische Überlegungen und staatsrechtliche Thesen zu Rechten Dritter als Schranke der Grundrechtsausübung*, in: *Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998*, p. 59 ss, 61, 67 ss; B. WEBER-DÖRLER, *Grundrechtseingriffe*, in: U. Zimmerli (éd.), *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2000, p. 131 ss, 152 ss; A. KLEY-STRULLER, *Der Schutz der Umwelt durch die EMRK*, EuGRZ 1995, p. 511 ss.

10 Cf. M. SCHEFER, *Die Kerngehalte der Grundrechte*, Berne 2001, Ch. C, p. 235 ss; P. EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten*, *Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im schweizerischen Recht*, Zurich 2002, p. 283 ss; R. WIEDERKEHR, *Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte*, Berne 2000, p. 156 ss; T. FLEINER, *Verpflichten die Grundrechte den Staat zu positiven Leistungen?*, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, p. 67 ss; D. TRACHSEL, *Über die Möglichkeit justiziabler Leistungsforderungen aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung*, Zurich 1980.

11 Cet article porte avant tout sur les aspects *juridiques* de la question des obligations positives de protection des droits et non pas sur ses aspects *philosophiques*, même s'il est clair que des conceptions morales très diverses des droits de l'homme sous-tendent les garanties juridiques étudiées et affectent par conséquent différemment la question des fondements et les contours des obligations positives. Pour une approche philosophique de la question, cf. T. POGGE, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Oxford 2002, p. 59 ss.

12 Cf. sur l'intégration de l'étude du droit international au droit comparé, L. AMEDE BIORA, *Toward an auspicious reconciliation of international and comparative analyses*, (1994) 46 *American Journal of Comparative Law*, p. 669 ss; M. REIMANN, *Beyond national systems: a comparative law for the international age*, (2001) 75 *Tulane Law Review*, p. 1103 ss.

13 Le droit suisse constitue le point de départ et d'arrivée de la comparaison dans cette étude; cet essai cherchera en effet à considérer différentes solutions étrangères propres à combler les lacunes dogmatiques du droit suisse.

14 Différentes questions se posent quant à la légitimité de la judicialisation progressive du droit constitutionnel dans le domaine des droits fondamentaux et par conséquent du droit constitutionnel comparé. En l'occurrence, l'étude de la jurisprudence trouve sa justification dans la nature essentiellement jurisprudentielle des obligations positives, de même que dans les références que fait la jurisprudence nationale, et notamment suisse, à la jurisprudence étrangère.

15 Cf. UNRUH (note 6), p. 29; SCHEFER (note 10), p. 237. Cf. aussi BORGH (note 5), p. 51 et SUDRE (note 8), p. 364.

16 Cf. ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*.

17 Cf. O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, (2001) 2 *Revue Internationale de Droit Comparé*, p. 275 ss.

18 Cf. notamment JACKSON/TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, New York 1999; M. TUSHNET, *The possibilities of comparative constitutional law*, (1999) 108 *Yale Law Journal*, p. 1225 ss; D. KOMMERS, *Comparative constitutional law: casebooks for a developing discipline*, (1982) 57 *Notre Dame Lawyer*, p. 642 ss.

19 Cf. notamment PFERSMANN (note 17), p. 275 ss.

20 Cf. W. EWALD, *Comparative jurisprudence (I): what was it like to try a rat?*, (1995) 143 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1889, 1896 ss.

21 Cf. PFERSMANN (note 17), p. 285 pour cette notion.

22 Cf. ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*.

La contribution du droit comparé est *descriptive*, en ce qu'elle permet aux comparatistes de mieux saisir le sens des concepts utilisés dans les ordres juridiques comparés. Par exemple, après avoir étudié les différentes conceptions des obligations positives dans différents ordres juridiques, il devrait être possible de mieux comprendre le concept d'obligation positive.

La contribution du droit comparé à la compréhension du droit peut cependant aussi être *normative*. C'est principalement le cas lorsqu'une conception étrangère est considérée comme meilleure à l'issue du travail de clarification conceptuelle. Cela revient alors à imposer aux institutions de création et d'interprétation du droit national une responsabilité conceptuelle face au droit étranger. En l'occurrence, la question sera de savoir si la jurisprudence suisse, et notamment l'arrêt *Ruth Gonseth*, qui s'inspire ouvertement de la conception allemande des obligations positives est suffisamment consciente de cette responsabilité conceptuelle²³. Ceci implique de s'interroger, d'une part, sur l'autorité matérielle de la conception allemande *per se* et, d'autre part, sur la légitimité de sa «transplantation» en droit suisse²⁴, pour emprunter un langage chirurgical. A noter que cela ne veut pas dire que, grâce au droit comparé, une conception objectivement correcte des obligations positives puisse être établie dans tous les cas²⁵.

Deuxièmement, les *limites* de l'approche comparative. La question du degré de comparabilité requis pour que la comparaison soit légitime divise la doctrine depuis longtemps.

La majorité des comparatistes s'accorde pour dire que, selon le but de la comparaison, le degré de comparabilité requis variera plus ou moins. Si le but principal de la comparaison est de mieux *comprendre* le système national ou simplement d'acquérir une meilleure compréhension conceptuelle du droit, la comparaison d'ordres juridiques même très divers sera bénéfique. C'est le cas en l'espèce, étant donné le but de clarification conceptuelle que nous nous sommes fixé. Si, néanmoins, le but est aussi d'envisager quelles solutions étrangères pourraient constituer une bonne source d'inspiration et d'*emprunt*

pour une réforme du droit national, le degré de comparabilité devra être plus grand.

Dans cet article, l'idée première n'est pas d'encourager directement l'emprunt de solutions étrangères et leur transplantation en droit suisse. Cependant, comme le Tribunal fédéral se réfère expressément au droit étranger lorsqu'il présente les obligations positives en droit suisse²⁶, on ne peut exclure que le fruit de cette étude conceptuelle puisse ensuite être utilisé à des fins de réforme du droit national. Ceci rend donc la question de la comparabilité des conceptions européennes des obligations positives directement pertinente.

La controverse remonte à Montesquieu²⁷. Selon cet auteur, le droit d'un pays est influencé par les circonstances sociales et culturelles dans lesquelles il s'est développé; toute «greffe» ou «transplantation» d'éléments de droit national à l'étranger, sans autres précautions, est donc soit vouée à l'échec²⁸ soit condamnée au rôle d'élément irritant²⁹. Cette idée a été reprise depuis par les défenseurs d'un certain *contextualisme du droit* et est contestée par les défenseurs de l'*autonomie du droit de son contexte social*³⁰.

Le problème est particulièrement aigu dans le domaine du *droit constitutionnel* et des droits fondamentaux³¹. Ces derniers sont en effet le réceptacle des différentes valeurs que défend une entité politique. Ils sont par conséquent davantage liés à l'identité nationale et aux institutions politiques que le droit privé par exemple. Comme ces institutions varient naturellement beaucoup plus, les différences de droit public seront plus marquées entre ordres juridiques. Ceci fait même dire à un commentateur que souvent les Etats préfèrent réinventer la roue en matière de droit public que de s'inspirer de l'expérience de leurs voisins³².

Depuis Montesquieu, pourtant, les choses ont bien changé. Tout d'abord, la globalisation a rapproché les *conditions sociales et culturelles* dans lesquelles le droit se développe; les questions auxquelles les solutions nationales tentent de répondre sont donc souvent les mêmes. Ensuite, même les *circons-*

23 Sur la question très controversée de l'autorité du droit comparé, cf. C. McCrudden, A common law of human rights?: transnational judicial conversations on constitutional rights, (2000) 20 Oxford Journal of Legal Studies, p. 499 ss.

24 Il serait trop long de traiter ici de l'influence du droit constitutionnel allemand en droit suisse et de sa légitimité, mais il est important de garder à l'esprit que cette légitimité n'est pas automatique; elle doit être clairement établie, ce que ne fait pas le Tribunal fédéral dans ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*, par exemple. A ce sujet, cf. P. K. Tripathi, Foreign Precedents and Constitutional Law, (1957) 57 Columbia Law Review, p. 319 et McCrudden (note 23), p. 516 ss.

25 Cf. G. Frankenberg, Critical comparisons: re-thinking comparative law, (1985) 26 Harvard International Law Journal, p. 411 ss. Contra: D. P. Kommers, The Value of Comparative Constitutional Law, (1976) 9 J. Marshall Journal of Practice and Procedure, p. 685 ss.

26 Cf. ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*.

27 Cf. C. Montesquieu, De l'Esprit des Loix, Amsterdam 1755, Livre 1, Ch. 3.

28 Cf. P. Legrand, The impossibility of legal transplants, (1997) 4 Maastricht Law Journal, p. 111 ss, 120 sur l'échec total de toute greffe juridique hors contexte et O. Kahn-Freund, On uses and misuses of comparative law, (1974) 37 Modern Law Review, p. 1 ss, 27 sur l'échec de certaines greffes juridiques dans les domaines proches de la structure politique.

29 Cf. G. Teubner, Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences, (1998) 61 Modern Law Review, p. 11 ss.

30 Cf. A. Watson, Legal transplants and law reform, (1976) 92 The Law Quarterly Review, p. 79 ss.

31 Cf. Montesquieu (note 27), Livre 29, Ch. 13.

32 Cf. C. Osakwe, Introduction: the problems of the comparability of notions in constitutional law, (1998) 59 Tulane Law Review, p. 875 ss, 876.

tances politiques du droit national se ressemblent de plus en plus, en raison de l'internationalisation de la gouvernance. Seul un *contextualisme critique* peut donc encore être de mise dans le domaine du droit constitutionnel comparé³³. La spécificité juridique nationale demeure certes, mais elle relève désormais plus de la nature du raisonnement juridique et de la perspective propre à chaque pays que de différences plus fondamentales. Le succès d'une comparaison juridique dépendra donc de la *connaissance du droit étranger* et de son contexte social et politique. Le but dans chaque cas sera d'examiner la *comparabilité* du problème et des institutions qui y remédient dans chaque ordre juridique.

En l'occurrence, la comparabilité nécessaire au succès d'emprunts d'institutions juridiques est donnée; en effet, les ordres juridiques comparés appartiennent à la famille des Etats constitutionnels démocratiques et libéraux issus de la tradition constitutionnelle du 18^e siècle. De plus, la pratique jurisprudentielle elle-même se réfère dans chacun de ces ordres de plus en plus ouvertement à la jurisprudence étrangère comme à une autorité légitime en droit national³⁴.

3. La structure

Il n'est bien sûr pas possible de présenter l'ensemble du régime des obligations positives en droit suisse et comparé en un seul article. L'idée est au contraire de jeter les bases d'un travail de plus longue haleine en signalant quelques-unes des difficultés que rencontre la jurisprudence dans ce domaine.

La structure de cet article sera la suivante. La première section présentera les différentes juridictions étudiées dans cet essai et leur jurisprudence sur la question des obligations positives (I.). Dans une seconde section, il s'agira de mieux cerner le concept d'obligation positive en le distinguant d'autres institutions existantes (II.). Une troisième section cherchera à déterminer son fondement juridique (III.). Dans une quatrième section, les différents éléments constitutifs du concept seront identifiés (IV.). Dans une dernière section, il s'agira d'examiner les modalités de mise en œuvre des obligations positives et leurs restrictions (V.).

I. Brève présentation des juridictions étudiées

Avant de passer à l'étude comparative proprement dite, il est utile de présenter brièvement les juridictions étudiées et leur jurisprudence dans le domaine des obligations positives. Les différents droits étudiés seront le droit américain, la CEDH, le droit allemand et le droit suisse.

Le choix de ces différents ordres juridiques n'est pas arbitraire, mais est, au contraire, dicté par la pertinence et la richesse de leur jurisprudence dans le domaine. Deux grands types de contrastes sont en effet recherchés ici: un contraste entre les jurisprudences qui reconnaissent et ne reconnaissent pas l'existence d'obligations positives, d'une part, et un contraste entre les jurisprudences qui reconnaissent certes leur existence, mais diffèrent quant à leurs modalités, d'autre part.

Le *premier contraste*, tout d'abord. Alors que les jurisprudences européennes reconnaissent largement l'existence d'obligations positives³⁵, les Etats-Unis sont traditionnellement opposés à toute dimension positive ou objective des droits fondamentaux. Cela ressort plus généralement de leur théorie très limitée de la «state action» et de leur conception individualiste des droits fondamentaux³⁶.

C'est ce qui découle, par exemple, de la décision de la Cour suprême *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* de 1989, une décision désormais tristement fameuse en droit constitutionnel américain. Dans cette affaire, la mère d'un enfant battu par son père au point d'avoir été rendu mentalement retardé, invoquait la violation de la part de l'Etat, et notamment des services sociaux du comté de Winnebago, de leur obligation positive de protection de la vie et de l'intégrité physique de tous les citoyens à l'encontre des atteintes des tiers. Aussi bien la majorité que la minorité des juges nient l'existence de telles obligations positives de manière générale en droit constitutionnel américain³⁷. Leur désaccord porte plutôt sur l'existence en l'occurrence d'une relation spéciale entre l'enfant et les services sociaux dont on aurait pu déduire une obligation positive de protection de la part de l'Etat³⁸.

35 Il est intéressant à cet égard de comparer la décision *DeShaney* avec une décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *A. v. UK* Série A, n. 44 dont les faits sont presque identiques, mais dans laquelle la Commission considère que le gouvernement britannique a violé ses obligations positives de protéger la vie.

36 Sur ce point, dans le contexte du droit comparé de l'avortement, cf. M. A. GLENDON, *Abortion and Divorce Law in Western Law: American Failures, European Challenges*, New York 1989, p. 19. Sur la possibilité d'un changement en la matière, cf. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3^e éd., New York 2000, Vol. I, p. 16 ss; P. B. EDELMAN, *The Next Century of Our Constitution: Rethinking our Duty to the Poor*, (1987) 39 *Hastings Law Journal*, p. 1 ss.

37 Cf. *DeShaney* (1989) 489 US 189, 195 ss et 203 ss.

38 Cf. *DeShaney* (1989) 489 US 189, 197 ss et 205 ss.

33 Cf. sur cette voie médiane, E. ORÚCÚ, *Critical comparative law, considering paradoxes for legal systems in transition*, *Electronic Journal of Comparative Law* Vol. 4.1 June 2000, <http://www.ejcl.org/41/art41-1.html> (visité le 09.12.2002).

34 Cf. ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*.

Le deuxième contraste, ensuite. Les divergences intra-européennes portent sur les fondements, l'étendue et les modalités d'application et de restriction des obligations positives.

- La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est désormais classique en matière d'obligations positives de l'Etat. Sur la lignée de ses premières décisions dans ce domaine³⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a pris un certain nombre de décisions ces dernières années qui étoffent sa conception des obligations positives. Il y en a trois qu'il vaut la peine de mentionner en détail à ce stade, étant donné que nous y ferons souvent mention plus loin.
 - La première décision est la décision *Osman c. Royaume-Uni* de 1998 dans laquelle il s'agissait d'examiner le respect de l'obligation positive de l'Etat de protéger la vie au sens de l'art. 2 CEDH⁴⁰. En l'occurrence, la Cour considère que la police britannique a usé de sa marge d'appréciation de manière raisonnable en ne considérant pas qu'il y avait suffisamment de preuves d'un danger réel et immédiat pour prendre des mesures de protection de la vie des membres d'une famille contre les attaques répétées d'un tiers qui ont fini par se révéler fatales.
 - La seconde décision est la décision *Lopez Ostra c. Espagne* de 1994, dans laquelle il s'agissait de l'obligation positive de protéger le droit à la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH⁴¹. La Cour considère que l'omission des autorités espagnoles de prendre des mesures adéquates à l'arrêt des immissions et odeurs issues d'une station d'épuration n'est pas protégée par la marge d'appréciation des autorités nationales.
 - Finalement, la dernière décision qu'il faut mentionner est la décision *Guerra c. Italie* de 1998⁴². Il s'agissait à nouveau des obligations de protection du droit à la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH contre des immissions polluantes issues d'une usine située à proximité d'une zone d'habitation. La Cour y considère que le gouvernement italien n'a pas pris les mesures adéquates pour informer les habitants des dangers qu'ils encourraient.

Cette jurisprudence et son impact expliquent en grande partie la reconnaissance progressive de l'existence des obligations positives dans les Etats signataires de la Convention.

- Indépendamment de la jurisprudence CEDH, la jurisprudence allemande a progressivement construit dès les années 70 une notion d'obligation positive extrêmement détaillée⁴³.
 - La première décision importante dans ce domaine est la décision *Schwangerschaftsabbruch I* de 1975⁴⁴, dans laquelle la Cour constitutionnelle allemande reconnaît pour la première fois expressément l'existence d'obligations positives justiciables de protéger les droits garantis par la Constitution allemande. Elle y décide que la nouvelle loi sur l'avortement, qui instaure le régime des délais et la dépénalisation de l'avortement opéré durant les douze premières semaines de la grossesse, est inconstitutionnelle en ce qu'elle ne protège pas assez la vie de l'embryon contre les atteintes des tiers⁴⁵.
 - La seconde décision à retenir est la célèbre décision *Schleyer* du nom de l'homme d'affaires enlevé par des terroristes dans les années 70⁴⁶. Dans cet arrêt, la Cour avait à décider d'un conflit d'obligations positives: d'une part, l'obligation positive de protection de la vie de l'otage et, d'autre part, l'obligation positive de protéger tous les autres citoyens dont la vie serait mise en danger par la libération des onze terroristes prisonniers exigée en échange de la libération de l'otage. La Cour rappelle que le choix des moyens effectifs de protéger la vie appartient aux autorités étatiques compétentes et relève de leur responsabilité.
 - Une troisième décision importante est la décision *Kalkar*, dans laquelle la Cour avait à décider du respect par le législateur, auteur d'une loi sur l'énergie nucléaire, de son obligation positive de protéger la vie et l'intégrité physique des citoyens contre les dangers nucléaires⁴⁷. La Cour considère que le législateur n'a pas violé sa marge d'appréciation en l'occurrence. Une intervention plus stricte du juge dans la mise en œuvre des obligations positives priverait les autorités étatiques de toute marge de manœuvre dans l'expérimentation de nouvelles techniques.
 - Une quatrième décision du même type est la décision *Fluglärm*, dans laquelle la Cour avait à se prononcer sur le respect par le législateur de son obligation de protéger l'intégrité physique des citoyens contre le bruit notamment des avions⁴⁸. La Cour y considère que la loi en cause entre largement dans la marge d'appréciation du législateur.

39 Cf. notamment les affaires *Airey c. Irlande* Série A, n. 32; *Otto Preminger Institut c. Autriche* Série A, n. 295-A; *Marckx c. Belgique* Série A, n. 31; *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche* Série A, n. 139. Cf. aussi tout récemment l'affaire CEDH *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001, Série A, Rec. 2002.

40 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

41 Cf. *Lopez Ostra c. Espagne* Série A, Rec. 1994n. 303–C 38.

42 Cf. *Guerra c. Italie* Série A, Rec. 1998–I 210.

43 Outre les décisions présentées ci-dessous, il faut encore mentionner BVerfGE 53, 30 – *Mühlheim-Kärlich* et BVerfGE 90, 107 – *Waldorfschule/Bayern*.

44 BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*.

45 Cf. BVerfGE 39, 1, 71 ss – *Schwangerschaftsabbruch I*.

46 BVerfGE 46, 160 – *Schleyer*.

47 BVerfGE 49, 89 – *Kalkar*.

48 BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*.

- Finalement, une des dernières décisions importantes dans ce domaine est la deuxième décision sur l'avortement *Schwangerschaftsabbruch II* de 1992, dans laquelle la Cour considère qu'un nouveau projet de loi sur l'avortement ne protège pas assez le droit à la vie de l'embryon et est par conséquent inconstitutionnel⁴⁹. Cette affaire pose la question de la constitutionnalité de la dépénalisation de l'avortement durant les douze premières semaines de la grossesse et la Cour n'y semble pas absolument opposée, tant qu'il est établi qu'un seuil minimal de protection de la vie de l'embryon est assuré.
- Indépendamment de l'application de la jurisprudence CEDH, la jurisprudence suisse a commencé tout récemment à prendre position très clairement au sujet des obligations positives⁵⁰. La jurisprudence du TF s'est longtemps caractérisée par l'*indécision*. Elle maintenait en effet une distinction très stricte entre la portée négative des droits fondamentaux et les prestations positives que certains auraient aimé en déduire, mais que le droit suisse ne reconnaissait pas expressément⁵¹. Progressivement, cependant, cette distinction a été nuancée et la jurisprudence a fini par reconnaître discrètement la possibilité d'exiger des prestations positives de l'Etat sur la base de *certain*s droits fondamentaux⁵². C'est ce que dit le TF dans son arrêt *Fuchs*, par exemple⁵³. Récemment, le TF a mentionné à quelques reprises l'existence d'obligations positives de protection des droits fondamentaux, bien que de *manière très générale*.
 - Il l'a notamment fait dans l'arrêt de la *Rue des Eaux-Vives* en 1993⁵⁴. Dans cet arrêt, le propriétaire d'un immeuble, qui s'était vu refuser l'expulsion des squatters qui s'y trouvaient, invoquait une violation de l'obligation positive de l'Etat de protéger son droit à la propriété. Le TF considère que les autorités doivent protéger activement l'exercice d'un droit constitutionnel. Il dit cependant aussi qu'un particulier n'est pas fondé à réclamer une intervention de la force publique pour la sauvegarde de n'importe quel droit fondamental. Le TF reconnaît en outre un large pouvoir d'appréciation aux autorités, notamment dans des circonstances de crise sur le marché du logement.

- Un autre arrêt important est l'arrêt *Stillen* de 1995⁵⁵. Dans cet arrêt, le TF reconnaît que l'allaitement par sa mère d'un enfant handicapé et hospitalisé est une mesure vitale. Par conséquent, l'Etat et notamment l'assurance-invalidité se doivent de donner à la mère les moyens notamment financiers pour que cette mesure vitale puisse être assurée.
- Un autre arrêt significatif dans ce domaine est l'arrêt *Ehler-Danlos-Syndrom* de 1992⁵⁶. Dans cet arrêt, le TF considère que le droit des parents de rendre visite à leur enfant malade et hospitalisé est protégé par l'art. 8 CEDH. En l'occurrence, ce droit est violé de manière indirecte par le refus de verser des prestations d'assurance aux parents afin de rembourser leurs frais de visite à leur enfant.

La dernière étape dans cette reconnaissance progressive des obligations positives dans la jurisprudence suisse est l'arrêt *Ruth Gonseth* de 2000⁵⁷. Il s'agit du premier arrêt dans lequel le Tribunal fédéral se prononce clairement non seulement sur l'existence, mais surtout sur l'étendue des obligations positives et cela de manière *détaillée*. Il s'agissait en l'espèce de savoir si le législateur communal avait violé son obligation positive de protéger la vie et l'intégrité physique en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires pour lutter contre les immissions auditives causées par une pratique annuelle de tir. Selon le TF, ces obligations positives ne sont pas absolues et la marge d'appréciation du législateur doit être respectée.

Dans la liste de juridictions choisies dans cette étude comparative, ne figurent ni la Grande Bretagne ni la France. Il y a plusieurs raisons à cela:

- La jurisprudence britannique n'a pas encore beaucoup traité de la question. Pour l'instant, elle n'a fait que reprendre la jurisprudence européenne en la matière. Cela ressort, par exemple, de la décision de la House of Lords dans l'affaire *Zeta-Jones*⁵⁸.
- Le droit français, quant à lui, ne connaît pas encore, sauf à reprendre des décisions CEDH, l'institution juridique des obligations positives⁵⁹. La jurisprudence reconnaît certes la valeur objective des droits fondamentaux dans l'ordre juridique⁶⁰, mais le pas suivant, qui consiste à en tirer de vé-

49 BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

50 Sur cette évolution, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 5), p. 126 et 157 ss.

51 Cf. notamment ATF 92 I 503 *Hell*.

52 Cf. ATF 122 I 222 *Adir Cumali II*; 108 Ia 41 *Rivara*; 119 Ia 28, 31 *M.*; 97 1221, 230 *Neu-apostolische Kirche in der Schweiz*. Cf. déjà ATF 20, 274 *Zamperini* ou encore ATF 12, 93, 108 *Schaaff*. Cf. à ce sujet TRACHSEL (note 10), p. 153 ss.

53 ATF 107 Ia 304, 307 *Fuchs*. Cf. aussi ATF 103 Ia 369, 381 *Wäffler* sur la difficulté de distinguer entre restrictions négatives et prestations positives.

54 ATF 119 Ia 28 *Rue des Eaux-Vives*.

55 ATF 121 V 8 *Stillen*.

56 ATF 118 V 206 *Ehler-Danlos-Syndrom*.

57 ATF 126 II 300 *Ruth Gonseth*.

58 *Zeta-Jones and Douglas*, [2000] EWCA Civ 353. Cf. M. HUNT, The «Horizontal Effect» of the Human Rights Act, (1998) Public Law, p. 423 ss, 435 ss.

59 Il n'y a pas, par exemple, d'entrée «obligations positives» dans le précis français FAVOREU/GAIA/GHEVONTIAN/MÉLIN-SOUCRAMANIEN/PFERSMANN/PINI/ROUX/SCOFFONI/TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Paris 2000.

60 Cf. FAVOREU/GAIA/GHEVONTIAN/MESTRE/PFERSMANN/ROUX/SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Paris 2001, p. 1230.

ritables obligations positives pour l'Etat, n'a pas encore été franchi. Cela découle peut-être du fait que le droit constitutionnel français est marqué par une reconnaissance extrêmement large de l'effet horizontal direct des droits fondamentaux, d'une part, et par une forte garantie du principe de la réserve de la loi et de l'autonomie du législateur, d'autre part.

II. Le concept d'obligation positive

1. Une définition générale

Au seuil de cette étude, il est important de commencer par donner une définition transitoire des obligations positives afin d'identifier l'objet de la comparaison.

Différentes définitions ressortent de la jurisprudence des juridictions choisies:

- La Cour européenne des droits de l'homme parle dans *Osman* de droits qui astreignent l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction⁶¹.
- La Cour constitutionnelle allemande parle dans *Schwangerschaftsabbruch I* de droits fondamentaux qui non seulement interdisent à l'Etat d'attenter directement au droit à la vie de l'embryon, mais l'enjoignent aussi de protéger et de promouvoir la vie, c'est-à-dire avant tout de la protéger contre les atteintes illicites de la part d'autrui⁶².
- Le Tribunal fédéral suisse parle dans *Ruth Gonseth* des droits fondamentaux qui n'ont pas seulement une fonction de défense contre les atteintes étatiques, mais qui fondent aussi une obligation étatique de protection de ces droits contre les dangers et atteintes causés par les tiers⁶³. Dans un arrêt antérieur, l'arrêt *Rue des Eaux-Vives*, le TF parle notamment du devoir d'intervention de l'Etat afin de protéger la possibilité effective des citoyens d'exercer paisiblement leurs droits fondamentaux⁶⁴.

Plus généralement, on peut donc dire que les obligations positives sont les obligations constitutionnelles de l'Etat qui découlent de la garantie des droits fondamentaux et qui exigent de l'Etat non pas une abstention comme

dans le cas ordinaire, mais la prise de mesures positives de protection des droits fondamentaux à l'encontre d'atteintes extérieures qu'elle soient issues de l'action de tiers ou d'atteintes naturelles.

Ce concept général d'obligation positive donne lieu à diverses concrétisations et conceptions⁶⁵; il peut s'agir, par exemple, d'obligations de l'Etat d'assurer certaines prestations positives matérielles, notamment en matière sociale, au sens de l'art. 12 de la Constitution fédérale (= Cst.), d'assurer certains moyens procéduraux et institutionnels à l'exercice des droits fondamentaux en général, d'adopter certaines dispositions législatives et notamment pénales⁶⁶ afin de protéger certains biens juridiques ou encore de prendre certaines mesures concrètes de prévention des risques générés par des tiers ou des risques d'origine naturelle.

Dans toutes les juridictions étudiées qui reconnaissent leur existence, les obligations positives donnent naissance à des *prétentions subjectives et justiciables* à la protection positive de la part de toutes les autorités étatiques⁶⁷. Il faut remarquer que la *doctrine* est très partagée à cet égard⁶⁸. Qu'elle soit matériellement justifiable ou non, la nature justiciable des obligations positives découle cependant clairement de la *jurisprudence*. Les tribunaux se prononcent en effet sur le respect des obligations positives comme ils se prononceraient sur le respect de n'importe quelles obligations négatives issues d'un droit fondamental.

2. Quelques délimitations et distinctions

Afin de mieux comprendre ce que sont les obligations positives, il est important de les distinguer de cinq autres institutions connexes auxquelles elles sont souvent liées.

61 *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

62 BVerfGE 39, 1, 42 *Schwangerschaftsabbruch I*. Cette même définition figure dans BVerfGE 46, 160, 164 – *Schleyer*.

63 ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*.

64 ATF 119 Ia 28, 31 *Rue des Eaux-Vives*.

65 Cf. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3^e éd., Francfort 1996, pp. 420–428. Cf. sur les différentes formes que peuvent prendre les obligations positives en droit suisse, SCHEFER (note 10), p. 276 ss. A noter que nous ne pourrions pas, pour des raisons de place, entrer dans le détail de chacune de ces concrétisations dans cet article et devons, par exemple, laisser de côté la question complexe des prestations positives de l'Etat en matière sociale.

66 Cf. la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *X. et Y. c. Hollande* Série A, n. 91. Cf. aussi BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I* et BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

67 Cf. en droit allemand, UNRUH (note 6), p. 58; BLECKMANN (note 7), n. 219; HERMES (note 7), p. 187 ss, 208 ss; HESSE (note 7), p. 350. Cf. dans le contexte de la CEDH, WILDHABER/BREITENMOSER (note 8), p. 74 ss; FROWEIN/PEUKERT (note 8), Art. 8, 9 ss; WYSS (note 9), p. 67. Cf. en droit suisse, SCHEFER (note 10), p. 266 ss qui se réfère à l'art. 12 Cst. et à l'ATF 121 I 367 ss.

68 Cf. UNRUH (note 6), p. 58; HESSE (note 7), p. 350.

a) *Obligations positives de protection et obligations négatives d'abstention de l'Etat*

aa) Le principe

Les obligations *positives* de protection de l'Etat s'opposent aux obligations *négatives* d'abstention de l'Etat. Cette dernière fonction est la fonction classique de défense des droits fondamentaux contre les atteintes étatiques⁶⁹.

L'évolution vers la reconnaissance d'obligations positives de protection des droits fondamentaux de la part de l'Etat s'est faite en deux étapes⁷⁰. Tout d'abord, les juridictions ont progressivement reconnu l'existence d'une *fonction institutionnelle et objective des droits fondamentaux* dans tout l'ordre juridique⁷¹; cela implique qu'en tant qu'éléments objectifs de l'ordre juridique, les droits fondamentaux «rayonnent» à travers toutes les branches du droit. La dimension objective des droits fondamentaux est avant tout une orientation essentielle de la jurisprudence allemande⁷² et notamment de l'art. 1 al. 3 Grundgesetz (Constitution allemande, = GG), mais elle est reconnue désormais ailleurs en Europe. En Suisse, par exemple, ce principe autrefois jurisprudentiel a d'ailleurs été transcrit à l'art. 35 al. 1 de la nouvelle Constitution fédérale. Certains ordres juridiques, comme l'ordre juridique américain, demeurent cependant opposés au rayonnement des droits fondamentaux⁷³. Ensuite, de cette valeur objective des droits fondamentaux, on a déduit, dans certaines juridictions, comme l'Allemagne ou la Suisse notamment, l'*obligation positive* de l'Etat de prendre les mesures nécessaires à la protection des droits fondamentaux même contre des atteintes non étatiques.

bb) La difficulté à distinguer entre une action et une omission étatiques

Même si la distinction entre obligations positives et obligations négatives, et donc entre atteintes actives et omissions, est claire dans le principe, en pratique elle est plus difficile à établir⁷⁴. Il est rare en effet que l'atteinte à un droit fondamental soit le produit d'une action pure ou d'une omission pure, et cela

d'autant plus que la présence étatique s'accroît sans cesse dans tous les domaines de la société.

- On retrouve cette difficulté dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine dans l'affaire *DeShaney* en particulier. Dans son opinion dissidente, le Juge Brennan considère, par exemple, que la majorité a tort en l'occurrence de considérer qu'il n'y a pas eu d'intervention étatique préalable des services sociaux, apte à créer des obligations constitutionnelles de protection pour l'Etat⁷⁵.
- De même, dans l'arrêt *Wäffler*, le Tribunal fédéral suisse considère que restrictions et prestations sont étroitement liées. En effet, le concept de restriction cesse d'être un critère de distinction valable au fur et à mesure que l'intervention des pouvoirs publics grandit dans tous les domaines de la vie quotidienne⁷⁶.

b) *Obligations positives et valeur objective des droits fondamentaux*

De la valeur objective des droits fondamentaux, on a déduit dans certaines juridictions l'obligation positive de l'Etat de prendre les mesures nécessaires à la protection des droits fondamentaux même contre des atteintes non étatiques. Cependant, même si en soi il existe un *lien matériel* entre ces deux institutions, cela ne veut pas dire que la garantie objective de tous les droits fondamentaux fonde *automatiquement* des obligations positives de protection de ces droits.

En fait, le lien entre la fonction objective des droits fondamentaux et l'existence d'obligations positives n'est *pas direct*. Il est important, par conséquent, de bien les distinguer. Par exemple, en France, on accepte la valeur objective des droits fondamentaux sans reconnaître l'existence d'obligations positives. De même, pendant longtemps en Suisse, on admettait la fonction objective des droits fondamentaux sans aller jusqu'à en déduire des obligations positives.

Cette différence s'explique en ce que la notion d'obligations positives implique davantage qu'un simple mandat général de mise en œuvre des droits fondamentaux dans tout l'ordre juridique. Comme nous l'avons vu, il s'agit d'une obligation qui crée un *véritable droit subjectif et justiciable à certaines mesures de protection de la part de l'Etat*⁷⁷. Assimiler la dimension objective

69 Cf. J.-F. AUBERT, Les droits fondamentaux, Neuchâtel 1982, p. 10.

70 Cf. HÄFELIN/HALLER (note 9), p. 256 ss notamment sur les différences terminologiques dans ce domaine.

71 Cf. MÜLLER, 2001 (note 9), § 39, 30 ss.

72 Cf. principalement BVerfGE 7, 198 – *Lüth*.

73 Cf. TRIBE (note 36), p. 16 ss.

74 Cf. FROWEIN/PEUKERT (note 8), Art. 1, 11; SUDRE (note 8), p. 380; DIETLEIN (note 7), p. 87 ss. Cf. aussi ISENSEE (note 7), p. 25 et SCHIEFER (note 10), p. 238 ss sur les origines de la relation entre protection *contre*, mais aussi *par* l'Etat contre toute atteinte aux droits fondamentaux dans les constitutionnalismes américain et français des 18^e et 19^e siècles déjà.

75 Cf. *DeShaney* (1989) 489 US 189, 205 ss. Sur la nature artificielle de la distinction entre action et inaction; cf. STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET, Constitutional Law, 3^e éd., New York 2000, p. 1710.

76 ATF 103 Ia 369, 381 *Wäffler*.

77 Cf. WEBER-DÜRLER (note 9), p. 153. Cf. sur un tel droit subjectif en droit allemand UNRUH (note 6), p. 58; HERMES (note 7), p. 187 ss, 208 ss; HESSE (note 7), p. 350; BLECKMANN (note 7), n. 219. Cf. sur la reconnaissance d'un tel droit subjectif dans le contexte de la CEDH, WILDHABER/BREITENMOSER (note 8), p. 74 ss; FROWEIN/PEUKERT (note 8), Art. 8, 9 ss; WYSS (note 9), p. 67.

des droits fondamentaux à la reconnaissance d'obligations positives de l'Etat reviendrait donc à vider de tout sens la distinction entre la dimension subjective et justiciable des droits fondamentaux et leur dimension programmatique⁷⁸.

Plusieurs problèmes découlent de ce qu'on appelle en Allemagne la *re-subjectivisation* de la dimension objective des droits fondamentaux⁷⁹. Tout d'abord, déduire de la valeur objective des droits fondamentaux dans tout l'ordre juridique qu'ils sont aussi justiciables poserait de nombreux problèmes de mise en œuvre pour l'Etat dont les *ressources financières et matérielles* sont limitées. Ensuite, la création de droits subjectifs et justiciables supplémentaires sur la simple base de la valeur objective des droits fondamentaux remet en cause la *séparation des pouvoirs* d'une manière importante⁸⁰. L'établissement et la mise en œuvre de ces droits et obligations ne passe pas en effet par la voie législative ordinaire, puisqu'ils peuvent être déduits directement des droits fondamentaux constitutionnellement garantis.

c) Obligations positives et effet horizontal des droits fondamentaux

aa) Le contraste avec les différents types d'effet horizontal

S'il est clair que les obligations positives correspondent à la fonction positive de protection des droits fondamentaux par l'Etat, par opposition à leur dimension négative de défense à l'encontre de l'Etat, il est plus difficile de distinguer les obligations positives d'une autre dimension de la fonction objective des droits fondamentaux: l'effet horizontal dans les relations entre particuliers.

L'effet horizontal des droits fondamentaux implique que ces derniers se voient reconnaître un effet dans les relations des particuliers entre eux et qu'ils protègent les individus contre les violations de leurs droits par un tiers et non seulement par l'Etat. *A priori*, donc, rien ne distingue l'effet horizontal des obligations positives. Pourtant, les deux institutions sont distinctes; cette différence réside principalement non pas dans les droits protégés ou l'origine des atteintes contre lesquelles ces droits sont protégés, mais dans le *destinataire* de ces obligations: l'Etat et non pas les particuliers.

Il existe différents types d'effet horizontal qui se distinguent plus ou moins des obligations positives de l'Etat de protéger les droits fondamentaux à l'encontre des atteintes des tiers. L'ordre dans lequel ils sont présentés correspond au degré de convergence entre les deux institutions.

- *Obligations positives et effet horizontal direct*. Les obligations positives se distinguent très clairement de l'effet horizontal direct des droits fondamentaux. Les premières lient l'Etat, alors que le second ne lie que les particuliers.
- *Obligations positives et théorie de la «state action»*. Les obligations positives se distinguent encore assez nettement des obligations des particuliers qui découlent de la théorie américaine de la «state action»⁸¹. Selon cette théorie, en effet, ce sont les particuliers qui sont liés par le respect des droits fondamentaux et non pas l'Etat lui-même⁸².
- *Obligations positives et effet horizontal indirect*. Cette troisième forme d'effet horizontal se rapproche des obligations positives. En l'occurrence, il ne s'agit plus de tenir des individus pour directement responsables des violations de droits fondamentaux, mais, au contraire, de contraindre une *autorité publique*, le juge, à interpréter le droit, qu'il soit privé, pénal ou public, conformément aux droits fondamentaux. En cela, l'effet horizontal indirect peut être considéré comme *une des applications des obligations positives* de protection de l'Etat dans le contexte judiciaire⁸³. Ce qu'il est important de retenir néanmoins c'est que l'effet horizontal indirect *n'épuise pas entièrement le champ d'application des obligations positives* qui lient non seulement le juge, mais aussi d'autres autorités.
- *Obligations positives et effet horizontal intermédiaire*. Une dernière forme d'effet horizontal, qu'on appelle intermédiaire, fait surface dans certaines juridictions et dans la doctrine de certains pays, comme l'Afrique du Sud et la Grande Bretagne notamment⁸⁴. Il s'agit d'une obligation pour *toutes les autorités publiques* de mettre en œuvre les droits fondamentaux dans les relations privées même *indépendamment d'une procédure judiciaire*. En fait, l'effet horizontal intermédiaire semble être issu d'une incompréhension des enjeux de l'effet horizontal et de sa différence avec les obligations positives de l'Etat⁸⁵.

Quelque part, par conséquent, la boucle semble bouclée: l'effet horizontal tel qu'il est compris par certains s'identifie avec les obligations positives. On assiste donc à une responsabilisation progressive de l'Etat pour les violations in-

78 Cf. MÜLLER, 2001 (note 9), § 39, 29 ss.

79 Cf. DREIER (note 5), n. 56; UNRUH (note 6), p. 60.

80 Cf. HÄFELIN/HALLER (note 9), p. 267. Cf. en droit allemand, UNRUH (note 6), p. 61.

81 Cf. NOWAK/ROTUNDA, Constitutional Law, 5^e éd., St Paul Minn. 1995, Ch. 12; L. TRIBE, Refocusing the «State Action» Inquiry: Separating State Acts from State Actors, in: Constitutional Choices, Cambridge Mass. 1985, p. 246 ss.

82 Cf. notamment *Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948).

83 Cf. UNRUH (note 6), p. 71 ss.

84 Cf. l'opinion dissidente du Juge Krieger dans la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud *Du Plessis v. De Klerk* (1996) 3 S. A. 850, 914H-915D.

85 Cela vaut notamment en droit britannique où l'on identifie les obligations positives de la jurisprudence CEDH avec un effet horizontal indirect beaucoup plus étendu que l'effet horizontal classique. Cf. notamment HUNT (note 58), p. 435 ss.

terindividuelles des droits fondamentaux et cela par le biais de l'effet horizontal, qui était à l'origine un instrument de responsabilisation des individus pour les mêmes atteintes. L'effet horizontal des droits fondamentaux a toujours été une construction extrêmement contestée dans les ordres juridiques étudiés qui favorisent clairement une conception verticale des droits fondamentaux; le retour à une responsabilité verticale, même si c'est dans le contexte d'une violation horizontale des droits fondamentaux, n'est donc pas surprenant.

Il est intéressant de rapprocher ce dernier point de la discussion philosophique récente qui oppose une conception purement *interactionnelle* à une conception purement *institutionnelle* des droits fondamentaux. Alors que la première conçoit les droits fondamentaux comme des contraintes interindividuelles uniquement, la seconde limite ces droits aux cas dans lesquels il existe des institutions que l'on peut tenir pour responsables d'une action ou d'une omission officielle en présence d'une violation interindividuelle ou institutionnelle des droits fondamentaux⁸⁶. Cette dernière conception ne conteste pas qu'il existe des droits et contraintes interindividuelles, mais elle limite l'appellation «droits fondamentaux» aux droits dont la violation peut être reprochée aux institutions, soit directement en cas d'action officielle soit indirectement en cas d'omission officielle de l'obligation de prévenir ou de réparer une violation interindividuelle des droits.

Selon cette conception, par conséquent, s'il existe des institutions, elles seules peuvent être tenues responsables d'une violation interindividuelle des droits fondamentaux; dans ces conditions, en d'autres termes, l'effet horizontal des droits fondamentaux cède la place aux obligations positives de l'Etat de protéger ces droits à l'encontre d'actions individuelles. Cette conception philosophique de la nature institutionnelle des droits fondamentaux permet non seulement de comprendre la priorité que se voient progressivement reconnaître les obligations positives de protection des droits fondamentaux sur leur effet horizontal dans la jurisprudence actuelle, mais aussi d'éclaircir certaines des difficultés que la jurisprudence et la doctrine n'ont pas encore réglées. Il s'agit notamment de la question de l'adéquation de la notion de «violation» des droits fondamentaux en cas de non-respect des obligations positives de protection de l'Etat, d'une part, et de la question de l'origine des violations contre lesquelles des obligations positives de protection peuvent être invoquées, d'autre part. Chacun de ces points sera traité séparément dans ce qui suit.

bb) Les avantages des obligations positives sur l'effet horizontal

Les obligations positives présentent plusieurs qualités que l'effet horizontal ne possède pas. Elles évitent, tout d'abord, une intervention trop stricte du droit dans l'*autonomie privée*. Ce ne sont pas les particuliers qui sont responsables les uns envers les autres du respect des droits fondamentaux, mais l'Etat qui doit veiller à leur respect dans les relations interindividuelles. Il dépend dès lors beaucoup plus largement de l'appréciation des autorités étatiques de savoir quelles mesures prendre afin de protéger les droits fondamentaux entre particuliers et d'accommoder les droits contraires⁸⁷. Ensuite, l'institution des obligations positives permet de ménager davantage la *séparation des pouvoirs* en faisant peser la responsabilité de la mise en œuvre des droits fondamentaux sur le législateur ou l'exécutif plutôt que sur le juge uniquement.

Cela ne veut pas dire, cependant, que les Etats, qui reconnaissent l'existence d'obligations positives, le fassent nécessairement avec l'intention d'éviter les dangers que comporte l'effet horizontal des droits fondamentaux. Dans la majorité des Etats, la tendance à la responsabilisation de l'Etat résulte d'une *évolution naturelle de la jurisprudence*. La preuve en soit qu'en droit allemand, les obligations positives émergent durant les années 70 parallèlement à la reconnaissance de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux. De même, en droit suisse, les obligations positives sont progressivement reconnues durant les années 90, alors qu'au même moment se prépare la garantie constitutionnelle de l'effet horizontal indirect du nouvel art. 35 al. 3 Cst. Dans le contexte de la CEDH, en revanche, le développement des obligations positives doit beaucoup aux *limites procédurales* qu'elle connaît en matière de justiciabilité. Il s'agit notamment de l'impossibilité de faire valoir une violation commise par quelqu'un d'autre que l'Etat et notamment par un individu (art. 34 CEDH); à défaut de pouvoir reconnaître un effet horizontal classique des droits de la Convention, la jurisprudence a développé une responsabilité positive de l'Etat en cas de violation interindividuelle des droits fondamentaux.

d) Obligations positives de droit constitutionnel et obligations positives de droit privé

Certains parlent à l'égard des obligations positives de *privatisation du droit constitutionnel* par opposition à la *constitutionnalisation du droit privé*; les obligations positives permettent en effet de tenir l'Etat responsable de viola-

⁸⁶ Cf. POGGE (note 11), p. 59 qui se fonde sur l'art. 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui parle de la garantie d'un *ordre social et international* dans lequel les droits et libertés de la Déclaration sont réalisés. Il faut remarquer cependant qu'il est possible de concilier ces deux conceptions et de considérer que les droits fondamentaux peuvent être opposés aux individus comme aux institutions; c'est d'ailleurs l'approche qu'adopte la majorité des ordres juridiques étudiés ici, excepté l'ordre juridique américain et la CEDH.

⁸⁷ Cf. BLECKMANN (note 7), n. 220–221.

tions des droits fondamentaux par des particuliers sur le mode de ce qui se fait en droit privé de la responsabilité, sans devoir tenir ces particuliers eux-mêmes pour responsables en vertu du droit constitutionnel.

Cette appellation n'est pas très heureuse, cependant. Elle fait en effet référence à une privatisation du droit constitutionnel, alors que le droit des obligations positives est *purement constitutionnel*. Le terme «privatisation» est donc utilisé dans un sens purement métaphorique ici. Ce point est clair en droit allemand ou suisse en ce qu'en principe, l'Etat ne peut être tenu responsable en vertu du droit privé. En droit américain, par contre, la situation n'est pas aussi évidente, puisque l'Etat peut être tenu responsable civilement. C'est d'ailleurs en partie ce danger de glissement du droit privé au droit constitutionnel qui est à la base de la position très stricte de la Cour suprême américaine dans l'affaire *DeShaney*⁸⁸.

III. Le fondement juridique des obligations positives

1. Généralités

Les obligations positives de protection de l'Etat sont de nos jours largement acceptées en Europe. Il est intéressant de remarquer néanmoins que leur fondement juridique demeure *extrêmement controversé*.

Il y a deux raisons à cela. Tout d'abord, la reconnaissance d'obligations positives *ne va pas de pair* avec celle des droits fondamentaux négatifs. Elle ne découle pas non plus nécessairement de la valeur programmatique des droits fondamentaux dans l'ordre juridique tout entier. Ensuite, peu de constitutions prévoient *expressément* des obligations positives de protection des droits fondamentaux; la plupart ne garantissent ces droits que de manière négative ou, tout au plus, de manière neutre.

On distingue entre les *fondements particuliers* de certaines obligations positives de protéger certains droits fondamentaux et les *fondements généraux* de toutes les obligations positives.

2. Les fondements particuliers

Dans quelques juridictions, certaines obligations positives propres à la protection de droits fondamentaux particuliers peuvent être déduites de fondements constitutionnels explicites.

- C'est le cas, par exemple, de l'art. 2 al. 1 CEDH qui parle de la *protection de la vie* par la loi.
- C'est aussi le cas de l'art. 1 al. 1 phr. 2 GG qui parle de la *protection de la dignité humaine*⁸⁹.
- C'est le cas, finalement, de l'art. 7 Cst. suisse qui exige, comme l'art. 1 al. 1 phr. 2 GG, la *protection de la dignité humaine*. On retrouve une autre obligation positive expresse à l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. en matière de protection de l'égalité matérielle entre hommes et femmes⁹⁰.

3. Les fondements généraux

Parmi les fondements potentiels d'une obligation positive générale de protection des droits fondamentaux, différentes suggestions ressortent de la doctrine et de la jurisprudence.

a) La dimension objective des droits fondamentaux

Comme nous l'avons vu auparavant, l'existence d'obligations positives de l'Etat dans la mise en œuvre des droits fondamentaux et leur protection est issue *matériellement* de la conception objective de ces droits qui prédomine de plus en plus en Europe. Certaines juridictions vont plus loin et *fondent* directement les obligations positives sur la dimension objective des droits fondamentaux.

- C'est ce qui ressort de la jurisprudence allemande et notamment des décisions les plus récentes dans ce domaine, à savoir *Schwangerschaftsabbruch* I⁹¹ et *Fluglärm*⁹². La jurisprudence n'est cependant pas entièrement univoque à ce sujet.
- Dans la jurisprudence suisse, la question du fondement juridique des obligations positives n'a pas encore été abordée de front. La majorité des auteurs n'en fait pas beaucoup de cas cependant, puisque le nouvel art. 35 al. 1 Cst. parle de la réalisation des droits fondamentaux dans tout l'ordre juridique⁹³ et que l'art. 35 al. 3 Cst. consacre même un type d'obligation positive en chargeant les autorités étatiques, et non seulement judiciaires,

88 Cf. *DeShaney* (1989) 489 US 189, 202.

89 Art. 1 al. 1 phr. 2 GG se lit comme suit: «Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.».

90 Cf. SCHIEFER (note 10), p. 254.

91 Cf. BVerfGE 39, 1, 41 s. – *Schwangerschaftsabbruch I*.

92 Cf. BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*.

93 Cf. notamment SCHIEFER (note 10), pp. 253–254.

d'assurer l'effet horizontal des droits fondamentaux dans les relations des particuliers entre eux⁹⁴. Il n'y a donc qu'un pas de l'effet horizontal indirect de l'art. 35 al. 3 Cst. à un fondement général des obligations positives en droit suisse. Cette interprétation semble confirmée par la formule qu'utilise le TF dans *Rue des Eaux-Vives* où il parle de la possibilité effective d'exercer paisiblement ses droits fondamentaux comme d'une *composante de l'ordre public*⁹⁵.

Même s'il existe en soi un lien *matériel* entre la valeur objective des droits fondamentaux dans tout l'ordre juridique et les obligations positives, cela ne veut pas dire que tous les droits fondamentaux *fondent directement* des obligations positives de protection en raison de leur valeur objective. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, la notion d'obligations positives implique davantage qu'un simple mandat général de mise en œuvre⁹⁶. Il s'agit d'un véritable droit subjectif et justiciable dont le fondement ne peut être la garantie objective des droits fondamentaux qu'au prix de la séparation des pouvoirs et de ressources matérielles que l'Etat ne possède pas nécessairement.

b) La dignité humaine

Il ressort de la jurisprudence qu'un autre fondement tacite des obligations positives de protéger les droits fondamentaux dans certains cas pourrait être la dignité humaine.

- C'est le cas, par exemple, en Allemagne où la garantie positive de la dignité humaine figure à l'art. 1 al. 1 phr. 2 GG. La Cour s'y réfère expressément dans ses arrêts plus anciens, et notamment *Schwangerschaftsabbruch II*⁹⁷, *Kalkar*⁹⁸ et *Schleyer*⁹⁹.
- En droit suisse, certains auteurs n'excluent pas que les obligations positives puissent se fonder sur le principe de la protection de la dignité humaine de l'art. 7 Cst. et notamment le besoin de protection du noyau fondamental des droits¹⁰⁰.
- Certains auteurs déduisent qu'en l'absence de fondement expresse des obligations positives de protéger tous les droits que garantit la CEDH, le

fondement tacite de ces obligations serait la dignité humaine¹⁰¹. C'est ce qui pourrait ressortir du Préambule de la Convention qui renvoie à la Déclaration Universelle des droits de l'homme et donc au principe de la dignité humaine.

Fonder les obligations positives sur la dignité humaine se justifie en ce que la dignité humaine se trouve tacitement ou expressément au sommet de la hiérarchie des droits fondamentaux et à la base de l'ensemble de l'ordre constitutionnel de la plupart des juridictions étudiées. Puisque chaque droit fondamental constitue en quelque sorte une concrétisation de la dignité humaine, il est nécessaire, pour la protéger de manière positive, de protéger activement tous les droits fondamentaux¹⁰².

Il demeure cependant que même si l'on voit bien pourquoi les droits fondamentaux sont sous-tendus par le principe de la dignité humaine, on ne voit pas pourquoi la garantie de la dignité humaine requiert elle-même nécessairement des obligations positives¹⁰³. Toutes les constitutions ne mentionnent pas en effet expressément l'obligation de protéger activement la dignité humaine. De plus, toute violation des droits fondamentaux ne porte pas, contrairement à la violation des noyaux fondamentaux de ces droits, atteinte à la dignité humaine. La question du fondement juridique général des obligations positives demeure donc controversée et la jurisprudence devrait être appelée à la résoudre rapidement.

IV. Les différents éléments constitutifs des obligations positives

1. Les droits en cause

A leurs débuts, les obligations positives ne sont pas apparues comme une construction juridique générale, nécessairement propre à tous les droits fondamentaux, mais au contraire comme une *spécificité de certains droits fondamentaux*. Progressivement, cependant, la jurisprudence en est venue à les considérer comme des obligations générales qui découlent de *tous les droits*.

Il est intéressant de présenter les principaux droits dont la jurisprudence déduit des obligations positives à ce jour, avant de considérer le caractère non exhaustif de cette liste.

94 Cf. Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, RS 96.091, 192–195.

95 Cf. ATF 119 Ia 28, 31 *Rue des Eaux-Vives*.

96 Cf. sur cette distinction MÜLLER, 2001 (note 9), § 39, 29 ss.

97 Cf. BVerfGE 88, 203, 251 ss – *Schwangerschaftsabbruch II*.

98 Cf. BVerfGE 49, 89, 132 – *Kalkar*.

99 Cf. BVerfGE 46, 160, 164 – *Schleyer*.

100 Cf. SCHIEFER (note 10), pp. 252–253. Cf. aussi *a posteriori* BORGHI (note 5), p. 52.

101 Cf. BLECKMANN (note 7), n. 223 ss. Pour une critique du caractère auto-référentiel de la formule qu'utilise la jurisprudence européenne et donc de son absence de recherche de fondement, BORGHI (note 5), p. 37 et 52.

102 Cf. BLECKMANN (note 7), n. 225.

103 Cf. UNRUH (note 6), pp. 43–44.

a) *Les principaux droits protégés*

Il y a sept principaux droits fondamentaux protégés par des obligations positives dans la jurisprudence actuelle:

- *Le droit à la vie.* Presque tous les arrêts mentionnés jusqu'ici ont trait au droit à la vie¹⁰⁴.
- *Le droit à l'intégrité physique et psychique.* Beaucoup des arrêts mentionnés jusqu'ici ont trait au droit à l'intégrité physique aussi bien qu'au droit à la vie¹⁰⁵.
- *Le droit à la vie privée et familiale.* On retrouve ce droit de manière accessible dans l'arrêt CEDH *Osman* notamment¹⁰⁶. Il faut remarquer que ce droit est souvent invoqué de pair avec le droit à la vie et à l'intégrité corporelle.
- *La liberté personnelle.* Il est clair dans la jurisprudence que pour pouvoir véritablement jouir de sa liberté, il faut que certaines conditions de protection de cette liberté soient assurées¹⁰⁷.
- *Le droit de propriété.* Comme pour la liberté personnelle, pour pouvoir véritablement jouir de sa propriété, il faut que certaines conditions de protection de ce droit soient assurées. Dans l'arrêt *Rue des Eaux-Vives*, par exemple, le TF considère que la possibilité effective d'exercer son droit de propriété paisiblement est une composante de l'ordre public dont la sauvegarde incombe à l'Etat¹⁰⁸.
- *La liberté de réunion et de démonstration.* La protection de la liberté de réunion et de démonstration existe depuis très longtemps dans la plupart des juridictions qui acceptent l'existence d'obligations positives. C'est le cas, par exemple, depuis plus de 100 ans dans la jurisprudence suisse¹⁰⁹. C'est aussi le cas dans la jurisprudence de la CEDH¹¹⁰.
- *La liberté d'expression.* L'obligation de protection positive de la liberté d'expression existe depuis très longtemps dans les juridictions qui reconnaissent l'existence d'obligations positives. C'est le cas, par exemple,

de la jurisprudence suisse¹¹¹ et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹².

b) *Le caractère non exhaustif de cette liste*aa) *Le principe*

Après avoir énuméré les principaux droits fondamentaux dont sont tirées des obligations positives en pratique, il convient de préciser qu'aujourd'hui des obligations positives peuvent en principe être déduites de *tous les droits fondamentaux constitutionnellement protégés*.

- C'est ce qui découle de la jurisprudence de la CEDH qui ne limite pas les obligations positives à certains droits fondamentaux, comme on le voit dans l'affaire *Osman*¹¹³.
- C'est aussi ce qui ressort de la jurisprudence suisse et notamment de l'arrêt *Ruth Gonseth*¹¹⁴, dans lequel le TF parle d'obligations positives de protection de tous les droits fondamentaux indifféremment. Déjà, dans l'arrêt *Rue des Eaux-Vives*, le TF considère que ce devoir d'intervention existe *en principe de façon générale*¹¹⁵.
- C'est aussi ce qui découle de la référence allemande à la dignité humaine dans l'arrêt *Kalkar*¹¹⁶.

Il est intéressant de remarquer cependant que ce sont principalement des droits *negatifs* qui font l'objet d'obligations positives dans les jurisprudences étudiées. Les droits *positifs*, comme le droit au minimum vital ou le droit au logement, sont en effet logiquement et directement protégés par des obligations positives de l'Etat.

bb) *Les limites*

En pratique, certaines difficultés rendent difficile l'extension à tous les droits d'une prétention subjective et justiciable à la protection positive.

Il convient sur ce point de mentionner deux difficultés majeures: la limitation des ressources de l'Etat et la séparation des pouvoirs. Non seulement une telle extension peut-elle entrer en conflit avec ces intérêts et principes, mais elle contredit la distinction fondamentale entre la fonction négative de dé-

104 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124; BVerfGE 46, 160, 164 – *Schleyer*; BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I* et BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

105 Cf. *Lopez* Série A, Rec. 1994n. 303–C 38; *Guerra* Série A, Rec. 1998–I 210; BVerfGE 49, 89 – *Kalkar*; BVerfGE 56, 54 – *Fluglärme*; ATF 126 II 300 *Ruth Gonseth*.

106 *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124.

107 Par exemple, dans le cas de la liberté religieuse, cf. ATF 97 I 221, 230 *Neuapostolische Kirche in der Schweiz*.

108 Cf. ATF 119 Ia 28, 31 *Rue des Eaux-Vives*.

109 Cf. ATF 20, 274 *Zamperini*.

110 Cf. *Plattform «Ärzte für das Leben»* Série A, n. 139.

111 Cf. ATF 12, 93 *Schaaff*.

112 Cf. *Otto Preminger Institut* Série A, n. 295–A.

113 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

114 Cf. ATF 126 II 300, 314 *Ruth Gonseth*.

115 Cf. ATF 119 Ia 28, 31 *Rue des Eaux-Vives*.

116 Cf. BVerfGE 49, 89, 132 – *Kalkar*. Cf. DREIER (note 5), n. 65.

fense des droits subjectifs, d'une part, et la fonction de garantie objective des droits fondamentaux, d'autre part¹¹⁷.

cc) Une solution: la limitation selon certains critères

Généralités

Il est difficile, étant donné l'importance du pouvoir législatif dans ce domaine, d'établir des limites aux droits dont on peut tirer des prétentions subjectives et justiciables à la protection positive. Une manière de le faire consiste non pas à limiter le type de droits qui peuvent bénéficier d'obligations positives de protection, mais à limiter les *modalités de leur application*.

Deux limitations principales sont parfois proposées. Il s'agit de la *gravité de l'atteinte* et de l'*opportunité d'une intervention*. On retrouve ces deux critères dans la jurisprudence des juridictions étudiées:

- On les retrouve dans l'arrêt suisse *Rue des Eaux-Vives* dans lequel le TF établit qu'il faut qu'un droit qualifié soit compromis, que l'atteinte soit grave et que l'intervention soit opportune¹¹⁸.
- On retrouve cette idée de menace réelle et immédiate, d'une part, et d'adéquation raisonnable des mesures de protection, d'autre part, dans l'arrêt CEDH *Osman*¹¹⁹.
- On retrouve les mêmes critères dans l'arrêt allemand *Fluglärm*¹²⁰. Selon la Cour, le type de mesures à prendre dépendra: du genre, du caractère immédiat et de l'importance de l'atteinte (i), du genre et du rang du droit protégé (ii) et, finalement, des réglementations qui existent déjà (iii).

La gravité de l'atteinte

Toute atteinte ou risque d'atteinte ne suffit pas à déclencher une prétention à la protection positive des droits fondamentaux. Il faut encore que cette atteinte ou le risque soit grave¹²¹.

C'est principalement à l'autorité obligée qu'il revient de déterminer la gravité de l'atteinte au vu des circonstances. Mais le contrôle de la constitutionnalité des restrictions aux obligations positives a permis de dégager certains critères d'appréciation:

- La Cour européenne des droits de l'homme décompose cette exigence en celle d'un danger *réel* et celle d'un danger *immédiat*¹²².

- Le TF ne parle que de danger *grave* et laisse l'appréciation de ce danger aux autorités d'application si l'on en croit l'arrêt *Rue des Eaux-Vives*¹²³.
- La Cour constitutionnelle allemande parle, dans l'arrêt *Kalkar*, de dangers *résiduels* qui doivent être tolérés par les citoyens, mais elle ne donne pas de critères clairs quant à la manière de distinguer entre un danger grave et un danger résiduel et tolérable. Dans l'arrêt *Fluglärm*, par contre, la Cour parle du *genre*, du *caractère immédiat* et de l'*importance* de l'atteinte¹²⁴.

L'opportunité d'une intervention

La détermination de l'opportunité de l'intervention doit être laissée à l'autorité liée et notamment au législateur.

- La Cour constitutionnelle allemande parle dans les arrêts *Schleyer* et *Schwangerschaftsabbruch II* de mesures aptes à garantir une protection efficace du droit protégé¹²⁵.
- Dans l'arrêt *Rue des Eaux-Vives*, le TF établit qu'il faut que l'intervention soit opportune¹²⁶.
- On retrouve cette idée d'adéquation raisonnable des mesures de protection dans l'arrêt CEDH *Osman*¹²⁷.

L'opportunité se juge sur la base des critères habituels de proportionnalité. Nous y reviendrons plus tard dans le cadre de l'étude des règles applicables aux restrictions des obligations positives. Pour l'instant, il suffit de constater que la question des droits protégés par des obligations positives demeure une question controversée que la jurisprudence devrait être appelée à résoudre rapidement.

2. Le domaine d'application

En général, la jurisprudence des juridictions étudiées fait peu de cas du domaine d'application des obligations positives.

a) L'application automatique aux individus se trouvant dans une relation spéciale avec l'Etat

Il est important néanmoins de remarquer que, même dans les ordres juridiques qui ne reconnaissent pas l'existence d'obligations positives, il existe un domaine d'application dans lequel on les reconnaît: les *relations spéciales* entre l'individu et l'Etat.

117 Cf. MÜLLER, 2001 (note 9), § 39, n. 29 ss.

118 Cf. ATF 119 Ia 28, 31 *Rue des Eaux-Vives*.

119 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3160.

120 Cf. BVerfGE 56, 54, 78 – *Fluglärm*.

121 Cf. P. TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, RDS 1999 II, p. 408 ss; DIETLEIN (note 7), p. 86 s.

122 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3160.

123 Cf. ATF 119 Ia 28, 31 *Rue des Eaux-Vives*.

124 Cf. BVerfGE 56, 54, 78 – *Fluglärm*.

125 Cf. BVerfGE 46, 160, 164 – *Schleyer* et BVerfGE 88, 203, 254 s. – *Schwangerschaftsabbruch II*.

126 Cf. ATF 119 Ia 28, 31 *Rue des Eaux-Vives*.

127 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3160.

Il s'agit des relations qui empêchent les individus de pourvoir eux-mêmes à leur protection et qui appellent donc une protection particulière des droits fondamentaux de la part de l'Etat; on pensera à la relation qui se crée en cas d'internement ou d'incarcération, notamment.

- On trouve une discussion extensive de ce point dans *DeShaney*¹²⁸. En droit américain, le seul moyen de reconnaître une obligation positive de protection des autorités à l'encontre des atteintes physiques dont a souffert le jeune *DeShaney* était en effet d'établir l'existence d'une relation spéciale entre ces autorités et ce jeune homme.
- On retrouve cette garantie de protection des besoins minimaux des personnes incarcérées ou enfermées dans la jurisprudence *suisse*¹²⁹ et dans celle de la *Cour européenne des droits de l'homme*¹³⁰.

b) L'application générale à tous les domaines

Dans les ordres juridiques qui reconnaissent l'existence d'obligations positives indépendamment de l'existence d'une relation spéciale entre individu et Etat, le domaine d'application est illimité.

Il s'agit notamment à ce jour du domaine de la pollution sonore, nucléaire ou chimique¹³¹, du terrorisme¹³², du domaine scolaire¹³³, du domaine familial¹³⁴ ou encore du domaine du logement¹³⁵.

3. Les atteintes couvertes

Une question qui se pose souvent, dans le cadre de la détermination des atteintes contre lesquelles les obligations positives de protection de l'Etat sont orientées, est celle de leur origine.

Il est clair qu'il ne s'agit pas d'atteintes *étatiques*, puisque ces dernières sont déjà couvertes par les obligations négatives d'abstention de l'Etat. Parmi les atteintes non étatiques, le cas le plus fréquent est celui des atteintes *par*

des tiers. Mais on retrouve aussi parfois des obligations de protection contre des atteintes issues de *phénomènes naturels*.

a) Les atteintes de tiers

L'essentiel des atteintes que couvrent les obligations positives résulte du fait de tiers¹³⁶.

On distingue en général selon que l'atteinte contre laquelle la protection est assurée est une atteinte directe ou simplement un risque d'atteinte ultérieure¹³⁷.

- Les atteintes *directes*. Il s'agit des cas ordinaires d'atteintes de la part de tiers¹³⁸. L'atteinte a lieu et l'autorité doit prendre les mesures adéquates pour la faire cesser. En ce sens, on peut dire que les obligations positives ont un rôle *compensatoire*.
- Les atteintes *indirectes*. Lorsque l'atteinte n'est pas imminente ni avérée, mais qu'il existe un risque réel et immédiat d'atteinte, les obligations positives de protection requièrent que certaines mesures soient prises afin de limiter ce risque et de *prévenir* une atteinte¹³⁹. La question demeure controversée en pratique de savoir quand le degré de danger ou de risque critique est atteint.

Il faut noter que la distinction entre atteinte directe et atteinte indirecte n'est pas toujours aisée en pratique. En fait, c'est la notion même d'atteinte qui est remise en cause par l'idée d'atteinte indirecte à un droit fondamental; la prévention de telles atteintes requiert en effet de prendre en compte non plus tellement l'origine de l'atteinte, mais plutôt le bien fondamental qui est touché et la manière dont il l'est¹⁴⁰.

b) Les atteintes naturelles

C'est une question très controversée que de savoir si les atteintes non étatiques dont d'autres particuliers ne sont pas à l'origine, mais qui sont causées par des phénomènes naturels sont aussi couvertes par les obligations positives

128 Cf. *DeShaney* (1989) 489 US 189, 197 ss.

129 Cf. notamment ATF 118 Ia 360 *Vegetarische Gefängnisernährung*; 122 I 222 *Adir Cumali II*.

130 Cf. notamment l'affaire CEDH *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001, Série A, Rec. 2002.

131 Cf. notamment *Lopez* Série A, Rec. 1994n. 303-C 38; *Guerra* Série A, Rec. 1998-I 210; ATF 126 II 300 *Ruth Gonseth*; BVerfGE 49, 89 – *Kalkar* et BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*.

132 Cf. BVerfGE 46, 160 – *Schleyer*.

133 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998-VIII 3124.

134 Cf. *DeShaney* (1989) 489 US 189 et ATF 121 V 8 *Stillen* ou ATF 118 V 206 *Ehler-Danlos-Syndrom*.

135 Cf. ATF 119 Ia 28 *Rue des Eaux-Vives*.

136 Cf. ISENSEE (note 7), p. 116 ss.

137 Cf. SCHIEFER (note 10), p. 255 sur cette distinction.

138 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998-VIII 3124; *Lopez* Série A, Rec. 1994n. 303-C 38; *Guerra* Série A, Rec. 1998-I 210; BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*; ATF 119 Ia 28 *Rue des Eaux-Vives* ou ATF 126 II 300 *Ruth Gonseth*.

139 Cf. BVerfGE 56, 54, 78 – *Fluglärm*; BVerfGE 46, 160 – *Schleyer*; BVerfGE 49, 89 – *Kalkar*.

140 Cf. SCHIEFER (note 10), p. 266.

de protection de l'Etat¹⁴¹. Il peut s'agir de phénomènes naturels *extérieurs aux personnes touchées*, comme la pollution, ou de phénomènes naturels *internes aux personnes touchées*, comme la maladie¹⁴².

La raison de cette controverse réside dans les limites des ressources de l'Etat, d'une part, et dans la conception sociale et interindividuelle des droits, d'autre part. Une telle restriction mettrait cependant en cause l'effectivité des droits fondamentaux¹⁴³; une omission de l'Etat peut en effet rendre l'individu vulnérable aux atteintes naturelles alors qu'il serait aisé de le protéger en prévenant ces atteintes.

D'ailleurs, dans la majorité des juridictions étudiées, il semble désormais possible d'invoquer des prétentions à la protection positive de l'Etat à l'encontre d'atteintes d'origine naturelle ou personnelle:

- C'est le cas, par exemple, dans la jurisprudence suisse où la protection du droit de visite des parents est assurée à l'encontre d'atteintes internes aux personnes, comme la maladie de leur enfant et son hospitalisation dans les décisions *Stillen* et *Ehler-Danlos-Syndrom*¹⁴⁴.
- C'est le cas aussi dans la jurisprudence allemande sur l'environnement où ce ne sont pas uniquement les nuisances issues de l'activité des tiers qui sont visées, mais aussi les immissions naturelles qui mettent en danger la vie ou l'intégrité physique comme dans *Kalkar*¹⁴⁵.
- Finalement, c'est aussi le cas dans la jurisprudence CEDH. Dans un arrêt de 1997, l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*¹⁴⁶, la Cour considère que le renvoi vers son pays d'origine d'un délinquant atteint du sida constitue une violation des obligations positives de l'Etat de protéger la vie, lorsqu'un traitement adéquat n'est pas disponible dans le pays d'origine.

En guise de conclusion, par conséquent, il est utile de distinguer, selon leurs origines, quatre différents types d'atteintes couvertes par les obligations positives de protection des droits fondamentaux¹⁴⁷. Elles sont énumérées dans

un ordre décroissant d'importance et de responsabilité de l'Etat: (i) les atteintes interindividuelles de tiers qui sont autorisées par la loi, (ii) les atteintes individuelles de tiers qui sont illégales mais tolérées en pratique, (iii) les conséquences d'atteintes naturelles, et (iv) les conséquences d'atteintes portées à soi-même.

4. Les destinataires

En soi, les obligations positives lient toutes les autorités publiques au même titre que les obligations négatives issues des droits fondamentaux. Il peut donc s'agir aussi bien du législateur, de l'exécutif que du judiciaire.

C'est ce qui ressort de la jurisprudence des juridictions étudiées et surtout de la jurisprudence allemande¹⁴⁸, suisse¹⁴⁹, et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁰.

a) Le législateur

Le législateur est le premier destinataire des obligations positives dans toutes les juridictions étudiées.

- Cela découle notamment des arrêts *Schwangerschaftsabbruch I et II* dans lesquels la Cour constitutionnelle fédérale allemande vérifie la constitutionnalité de la mise en œuvre des obligations positives de protéger la vie de l'embryon par le législateur dans le domaine de l'avortement¹⁵¹. On retrouve le même destinataire dans les arrêts *Kalkar*¹⁵² et *Fluglärm*¹⁵³.
- Cela ressort aussi de l'arrêt *Ruth Gonseth* dans lequel le TF contrôle le respect des obligations positives du législateur communal.

Il n'y a rien de surprenant à cela étant donné le principe de la réserve de la loi¹⁵⁴. Comme le législateur est le principal habilité à mettre en œuvre et à restreindre les droits fondamentaux, l'essentiel des relations entre droits individuels en application d'obligations positives passe par une pesée des intérêts par le législateur¹⁵⁵.

141 Cf. en droit allemand: DIETLEIN (note 7), p. 102 ss; KLEIN, 1994 (note 7), p. 490.

142 Il faut noter que, pour des raisons de place, je laisse de côté la question de l'application des obligations positives aux atteintes aux droits fondamentaux qui ne sont pas causées par des tiers, mais qui ne sont pas issues non plus d'une maladie ou d'autres phénomènes naturels; il s'agit principalement des atteintes qu'un individu porte à ses propres droits. Cf. à ce sujet l'affaire CEDH *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001, Série A, Rec. 2002 dans laquelle la Cour reconnaît l'existence d'obligations positives de protection contre l'auto-mutilation et le suicide.

143 Cf. en droit allemand UNRUH (note 6), p. 23. Cf. en droit suisse, SCHEFER (note 10), p. 263.

144 Cf. ATF 121 V 8 *Stillen* et ATF 118 V 206 *Ehler-Danlos-Syndrom*.

145 Cf. BVerfGE 49, 89 – *Kalkar* et BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*.

146 Cf. Affaire *D. c. Royaume-Uni* Série A, Rec. 1997–III 777, 795.

147 Cette liste est adaptée de la liste que présente T. POGGE, Human Rights and Human Responsibilities, in: P. De Greiff/C. Cronin (éd.), *Global Justice and Transnational Politics: Essays on the Moral and Political Challenges of Globalization*, Cambridge Mass. 2002 p. 151 ss.

148 Cf. BVerfGE 46, 160, 164 – *Schleyer*.

149 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

150 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

151 Cf. BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I* et BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

152 Cf. BVerfGE 49, 89 – *Kalkar*.

153 Cf. BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*.

154 Cf. BVerfGE 49, 89, 90 – *Kalkar*.

155 Cf. HESSE (note 7), p. 350.

b) L'exécutif

La réalisation des obligations positives de protection du législateur ne libère pas les autres autorités de leurs obligations, cependant. Parmi les décisions étudiées, on retrouve la mention de l'exécutif comme destinataire principal à plusieurs reprises, et notamment:

- Dans la jurisprudence CEDH, et notamment la décision *Osman* dans laquelle la police britannique était accusée d'avoir laissé faire l'auteur d'atteintes contre lesquelles les obligations de protection de l'Etat étaient invoquées. Selon la Cour, l'obligation positive de protéger la vie va plus loin qu'une simple obligation de législation; elle requiert que l'Etat prenne «préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui¹⁵⁶».
- C'est le cas aussi selon la jurisprudence allemande, et notamment la décision *Schleyer* dans laquelle le gouvernement allemand est accusé de ne pas tout faire afin de sauver la vie de l'otage¹⁵⁷.
- Dans le cas suisse *Rue des Eaux-Vives*, c'est le procureur du canton de Genève qui est mis en cause pour ne pas avoir ordonné l'évacuation de squatters¹⁵⁸.

c) Le juge

Finalement, le juge aussi peut être le destinataire d'obligations positives de protection des droits fondamentaux. Cela passe par l'interprétation du droit, dans le cas de l'effet horizontal indirect, mais aussi par le contrôle du respect des obligations positives des autres autorités.

V. La mise en œuvre des obligations positives

La théorie des droits fondamentaux veut qu'on distingue entre, d'une part, l'étendue des obligations positives ou le type de mesures qu'on peut en déduire et, d'autre part, leurs restrictions potentielles.

Il faut noter cependant que cette distinction ne tient pas toujours très strictement en matière d'obligations positives. L'étendue de ces dernières résulte déjà de l'interprétation et de l'appréciation des autorités même avant d'arri-

ver au stade de leurs restrictions. C'est ce qui fait dire à certains auteurs que les obligations positives sont des *obligations d'optimisation* en ce qu'elles doivent être mises en œuvre de la manière la meilleure possible en fonction des possibilités juridiques et matérielles¹⁵⁹.

1. L'étendue des obligations

Si la question de l'*existence* d'obligations positives n'est plus que très rarement contestée en Europe à l'heure actuelle, le débat s'est reporté sur l'*étendue* de ces obligations. C'est ce qui ressort de la jurisprudence des juridictions étudiées et notamment de la jurisprudence CEDH dans *Osman*¹⁶⁰ ou encore de la jurisprudence suisse dans *Ruth Gonseth*¹⁶¹.

a) Le principe: le pouvoir d'appréciation des autorités

Etant donné que l'objet d'une obligation positive est une *action* et non pas une *omission*, il est plus difficile de le dégager des garanties constitutionnelles des droits fondamentaux que dans le cas des obligations négatives classiques. Dans ce dernier cas, en effet, ce qu'il ne faut pas faire découle très clairement de ces droits. En matière d'obligations positives, par contre, c'est de l'*interprétation constitutionnelle* que ressortent les contours de l'action requise¹⁶².

La pratique en déduit donc que le *pouvoir d'appréciation des autorités* quant aux moyens de mise en œuvre de leurs obligations doit être très large.

- Dans l'affaire *Osman*, la Cour européenne rappelle que les autorités compétentes disposent d'un certain pouvoir d'appréciation dans le domaine de la mise en œuvre des obligations positives¹⁶³.
- Dans l'arrêt *Schleyer*, la Cour constitutionnelle allemande rappelle que le choix des moyens effectifs de protéger la vie appartient aux autorités compétentes¹⁶⁴.
- Dans l'arrêt *Ruth Gonseth*, le TF rappelle que la détermination de l'étendue des mesures à prendre en vertu des obligations positives relève du pouvoir d'appréciation du législateur¹⁶⁵.

159 Cf. UNRUH (note 6), p. 78, 89–90. Cf. aussi ALEXY (note 65), p. 75 ss.

160 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

161 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

162 Cf. BVerfGE 56, 54, 70–71, 81 – *Fluglärm*.

163 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159–3160.

164 Cf. BVerfGE 46, 160, 164 – *Schleyer*.

165 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

156 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

157 Cf. BVerfGE 46, 160, 162 – *Schleyer*.

158 Cf. ATF 119 Ia 28, 32 *Rue des Eaux-Vives*.

Ce respect particulier du pouvoir d'appréciation des autorités liées par les obligations positives en question trouve sa *justification* dans les différents motifs mentionnés auparavant et notamment le problème des *ressources limitées de l'Etat* et la *séparation des pouvoirs*¹⁶⁶.

On retrouve d'ailleurs mention de ces motifs dans la jurisprudence des juridictions étudiées:

- Dans l'arrêt *Osman*, la Cour européenne des droits de l'homme dit qu'il faut interpréter les obligations positives de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif¹⁶⁷. Elle mentionne notamment les difficultés de la police dans les sociétés contemporaines, l'imprévisibilité du comportement humain et les choix opérationnels à faire en termes de ressources.
- Dans l'arrêt *Kalkar*, la Cour constitutionnelle fédérale allemande parle aussi des ressources matérielles et scientifiques de l'Etat et de l'importance de lui laisser une marge d'appréciation quant à leur utilisation¹⁶⁸.
- Dans l'arrêt *Ruth Gonseth*, le TF se réfère aux ressources limitées de l'Etat pour justifier la marge d'appréciation des autorités¹⁶⁹.

On trouve à ce propos un élément de *résistance à l'intervention judiciaire* dans les différentes décisions étudiées:

- Dans l'arrêt *Schleyer*, la Cour constitutionnelle allemande s'étend sur l'importance politique de la question et sur l'inadéquation qu'il y a à voir un juge dicter au gouvernement ce qu'il doit faire¹⁷⁰. Le gouvernement allemand parle même expressément de «judicial restraint»¹⁷¹.
- Dans l'arrêt *Ruth Gonseth*, le TF adopte la même réserve; il accorde une totale confiance à la pesée des intérêts du législateur¹⁷². Il faut remarquer cependant que cela tient en partie au fait qu'en droit suisse, il n'y a pas de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales et que, par conséquent, dans la mesure où le droit cantonal respecte le droit fédéral, le contrôle judiciaire du droit cantonal, comme dans ce cas, est sérieusement limité. Cette spécificité institutionnelle et procédurale expliquerait le retard suisse à reconnaître l'existence d'obligations positives¹⁷³.

166 Cf. pour ces critiques HÄFELIN/HALLER (note 9), p. 267; J. F. AUBERT, La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur, in: Festschrift für Kurt Eichenberg, Bâle/Francfort-sur-le Main 1982, p. 163 ss; HANGARTNER (note 9), p. 32 s.; SCHIEFER (note 10), p. 249. Cf. en droit allemand, UNRUH (note 6), p. 61.

167 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

168 Cf. BVerfGE 49, 89, 90 – *Kalkar*.

169 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

170 Cf. BVerfGE 46, 160, 165 – *Schleyer*.

171 Cf. BVerfGE 46, 160, 163 – *Schleyer*.

172 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

173 Sur ce point, cf. WEBER-DÜRLER (note 9), p. 153.

Le pouvoir d'appréciation des autorités peut être plus ou moins fort selon les *circonstances*.

Tout d'abord, on distingue entre un pouvoir d'appréciation fort quant à la *manière de mettre en œuvre les obligations positives* et un pouvoir d'appréciation limité quant à la *nécessité de les mettre en œuvre d'une manière efficace*¹⁷⁴. En droit allemand, on distingue en effet entre le «Ob» qui découle de l'existence de l'obligation positive elle-même et qui ne peut donc être remis en cause par les autorités liées, et le «Wie» qui peut être déterminé plus largement par les autorités liées par l'obligation de protection¹⁷⁵.

Ensuite, on distingue en général entre le pouvoir d'appréciation du *législateur* qui est en théorie plus important en raison du principe de la réserve de la loi, et le pouvoir d'appréciation de l'*exécutif* que la jurisprudence étudiée restreint plus facilement¹⁷⁶.

Finalement, il demeure que le pouvoir d'appréciation des autorités, même lorsqu'il est relativement fort, n'est *jamais absolu*; sinon il viderait de sens l'idée d'un droit subjectif au respect des obligations positives de l'Etat. La doctrine et la jurisprudence établissent donc, mais à contrecœur et d'une manière peu systématique, des *critères de mise en œuvre de ces obligations*.

b) Quelques critères directeurs minimaux

Un critère qu'on retrouve souvent dans la jurisprudence et la doctrine, même si la terminologie varie, est celui du *caractère adéquat et raisonnable* des mesures à prendre au vu du danger d'atteinte au droit protégé. Une fois que ce plancher minimal de protection est assuré, les droits fondamentaux sont réputés être protégés de manière suffisante et les obligations positives de l'Etat sont considérées comme étant respectées¹⁷⁷.

Il faut noter que ce critère extrêmement *minimal* se retrouve aussi bien dans le contexte de la mise en œuvre que dans celui de la restriction des obligations positives, comme nous le verrons.

- On retrouve cette formule dans la jurisprudence CEDH, tout d'abord. Dans l'arrêt *Osman*, la Cour établit le test suivant: pour constater la violation illégitime de l'obligation positive de protéger le droit à la vie, il faut établir (i) que les autorités savaient ou auraient dû raisonnablement savoir

174 Cf. HESSE (note 7), p. 350.

175 Cf. BVerfGE 56, 54, 80–81 – *Fluglärm*. Cf. BLECKMANN (note 7), n. 220; DREIER (note 5), n. 64.

176 Cf. BLECKMANN (note 7), n. 235.

177 Cf. POGGE (note 11), pp. 47–48 et POGGE (note 147): «Any human right of some person is fulfilled (completely) when access to its objects is sufficiently secure – with the required degree of security suitable adapted to the means and circumstances of the relevant social system».

qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate du fait des actes criminels d'un tiers et (ii) qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque¹⁷⁸.

- On retrouve les mêmes critères dans la jurisprudence allemande qui parle de la raison pratique des autorités et des risques à la charge des citoyens dans l'arrêt *Kalkar*¹⁷⁹. De même, dans les arrêts *Fluglärm* et *Schleyer*, la Cour parle de mesures adéquates pour assurer une protection effective¹⁸⁰. Finalement, dans l'arrêt *Waldorfschule/Bayern*, la Cour mentionne le critère de ce qui peut être raisonnablement attendu des autorités en fonction des différentes ressources à disposition¹⁸¹.
- Finalement, on retrouve ces critères en droit suisse dans l'arrêt *Ruth Gonseth* où le TF parle de pesée des intérêts nécessaire¹⁸².

Ces critères directeurs sont extrêmement minimaux. Les tribunaux font en effet montre d'une certaine *réticence* à dicter une ligne de conduite plus incisive au législateur.

- Cela ressort notamment des arrêts *Schleyer* et *Fluglärm*¹⁸³, où la Cour constitutionnelle allemande rechigne à donner des lignes de conduite aux autorités sur des questions sensibles¹⁸⁴.
- Cette réticence transparait aussi dans l'arrêt *Ruth Gonseth*, où le TF assimile le respect des obligations positives purement et simplement à ce qu'en fait le législateur¹⁸⁵.

La question des critères minimaux de mise en œuvre des obligations positives demeure donc une question insuffisamment traitée pour l'heure. La jurisprudence devrait par conséquent être appelée à y chercher des solutions à l'avenir.

2. Les limites et restrictions

Après avoir examiné l'étendue et les modalités de la mise en œuvre des obligations positives, il est intéressant de se tourner vers une question qui est encore très controversée: celle des critères de restriction des obligations positives.

178 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3160.

179 Cf. BVerfGE 49, 89, 90 – *Kalkar*.

180 Cf. BVerfGE 56, 54, 81 – *Fluglärm*; BVerfGE 46, 160, 165 – *Schleyer*.

181 Cf. BVerfGE 90, 107, 116 ss – *Waldorfschule/Bayern*.

182 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

183 Cf. BVerfGE 56, 54, 73 ss, 78 ss – *Fluglärm*.

184 Cf. BVerfGE 46, 160, 165 – *Schleyer*.

185 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

Dans la plupart des juridictions qui reconnaissent l'existence des obligations positives, on admet que ces obligations ne peuvent *pas être absolues* et sont relatives¹⁸⁶. C'est ce que dit la Cour européenne dans l'arrêt *Osman* notamment¹⁸⁷. C'est aussi ce que disent le TF dans l'arrêt *Ruth Gonseth*¹⁸⁸ et la Cour constitutionnelle allemande dans l'arrêt *Kalkar*¹⁸⁹.

a) La soumission des restrictions des obligations positives aux règles usuelles de restriction

La conséquence directe de la reconnaissance d'obligations positives de protection de l'Etat est, nous l'avons dit, la reconnaissance d'un *droit subjectif* et *justiciable* à la protection de l'Etat. La question qui se pose alors est celle de savoir comment ce droit justiciable relatif peut être restreint et, plus précisément, s'il doit l'être *selon les règles usuelles de restriction des droits fondamentaux*.

C'est une question éminemment controversée en *doctrine* et cela dans toutes les juridictions étudiées¹⁹⁰. En *jurisprudence*, pourtant, la question semble résolue. En effet, l'application des critères usuels de restriction aux violations d'obligations positives est de mise.

- C'est ce qui ressort *expressément* de la jurisprudence de la CEDH. Dans l'arrêt *Lopez*, la Cour reconnaît que le régime de restriction d'une obligation positive est celui qui s'applique à la restriction d'une obligation négative classique et que ces deux types de restrictions doivent être traités selon des principes *voisins*¹⁹¹. La Cour parle notamment de l'importance de ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société. En outre, la Cour reconnaît l'importance des objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'art. 8 pour mesurer la validité des restrictions aux obligations positives de l'art. 8 al. 1 CEDH, comme dans le cas ordinaire. Dans l'arrêt *Osman* par exemple, la Cour oppose les obligations positives aux intérêts publics de l'Etat et aux droits d'autrui comme la présomption d'innocence notamment¹⁹².

186 Cf. SCHIEFER (note 10), p. 256.

187 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159.

188 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

189 Cf. BVerfGE 49, 89, 90 – *Kalkar*.

190 Cf. WEBER-DÜRLER (note 9), pp. 153–154; MÜLLER, 2001 (note 9), § 39, 50–51 en droit suisse. Cf. UNRUI (note 6), p. 80 ss en droit allemand. Cf. WILDHABER/BREITENMOSER (note 8), p. 13, 480 et Art. 8, 55; FROWEIN/PEUKERT (note 8), Art. 8, 11 dans le contexte de la CEDH.

191 Cf. *Lopez* Série A, Rec. 1994 n. 303–C 38, 54–55.

192 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3159 et 3163.

- C'est aussi le cas dans la jurisprudence allemande. La Cour constitutionnelle utilise, en effet, certaines règles habituelles comme notamment le principe de la proportionnalité, lorsqu'elle examine la manière dont les autorités ont mis en œuvre leurs obligations positives. Dans l'arrêt *Schleyer*, par exemple, la Cour parle des droits d'autrui et même des obligations positives de protéger la vie d'autrui comme constituant des limites aux obligations positives¹⁹³, de la même manière qu'ils constituent des limites aux obligations négatives de l'Etat. Dans sa dernière décision *Schwangerschaftsabbruch II*¹⁹⁴, cependant, la Cour adapte les règles usuelles en la matière et développe un régime de contrôle de constitutionnalité des restrictions propre aux obligations positives; elle utilise en effet un seuil minimal de protection (*Untermassverbot*) qui est l'équivalent dans le domaine des obligations positives du seuil maximal d'ingérence (*Übermassverbot*) dans le cas des restrictions à des obligations négatives¹⁹⁵. Nous y reviendrons plus loin.
 - C'est aussi ce qui ressort de la jurisprudence suisse. Le TF parle dans l'arrêt *Ruth Gonseth* de pesée des intérêts et droits en cause, comme dans le cas d'un conflit de droits subjectifs ordinaire¹⁹⁶. Cette interprétation est compatible avec la lettre de l'art. 36 Cst. qui contient les différentes règles applicables aux restrictions de «droits fondamentaux», sans se référer plus précisément à la nature positive ou négative des obligations qui en découlent¹⁹⁷. D'ailleurs, dans l'arrêt *Ehler-Danlos-Syndrom*, le TF reconnaît que le droit à la vie privée peut être techniquement violé en cas de refus de remboursement des frais de transport nécessaire à des parents afin de rendre visite à leur enfant hospitalisé et que cette restriction est soumise aux règles usuelles en matière de restriction de droits fondamentaux¹⁹⁸.
- En dépit des apparences, plusieurs *difficultés* découlent de l'application des règles usuelles de restriction des droits fondamentaux aux obligations positives.

Le premier problème a trait à la difficulté de constater l'existence d'une restriction ou atteinte à un droit fondamental dans le cas d'obligations positives, puisque cette restriction est une *omission* contrairement à ce qui a lieu en cas de restriction d'obligations négatives où la restriction a lieu par le biais d'une *action*. Cette difficulté menace, en outre, la précision du *concept d'at-*

193 Cf. BVerfGE 46, 160, 165 – *Schleyer*.

194 Cf. BVerfGE 88, 203, 254 s. – *Schwangerschaftsabbruch II*.

195 Cf. UNRUH (note 6), p. 83 ss.

196 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

197 Cf. WEBER-DÖRLER (note 9), p. 151; MÜLLER, 2001 (note 9), § 39, 50–51.

198 ATF 118 V 206, 211 *Ehler-Danlos-Syndrom*. Cf. à ce sujet MÜLLER, 2001 (note 9), § 39, 50–51.

*teinte ou de restriction à un droit fondamental*¹⁹⁹. Certains suggèrent à cet égard d'utiliser un autre terme que le terme de violation ou de restriction dans ce contexte; il pourrait s'agir, par exemple, du *non-respect* d'un droit fondamental²⁰⁰. Ce terme traduit en effet une conception plus large et *ex ante* des obligations de protection qu'implique un droit fondamental.

Un deuxième problème concerne l'*applicabilité* des règles usuelles de restriction aux violations des obligations positives²⁰¹. Par exemple, en cas de violation des obligations positives du législateur, peut-on véritablement utiliser l'exigence d'une base légale comme dans le cas d'autres restrictions ordinaires à des obligations négatives? Ou encore, peut-on utiliser le test classique de proportionnalité et notamment l'idée d'un seuil maximal d'ingérence, alors que la mise en œuvre des obligations positives entre très largement dans la marge d'appréciation des autorités en raison de l'*unité de raisonnement entre «étendue» et «restriction» des obligations positives*?

Il convient de distinguer le régime général de restriction fondé sur un intérêt public du régime spécifique propre aux conflits de droits.

b) Le cas général de restriction en vertu d'un intérêt public

Afin de mieux présenter le régime général de restriction d'une obligation positive en vertu d'un intérêt public contraire, il est important de distinguer les différents éléments de ce régime: la base légale, l'intérêt public suffisant et la proportionnalité.

aa) La base légale

Comme la restriction d'obligations négatives, la restriction des obligations positives devrait en principe reposer sur une base légale. Le problème que posent les obligations positives est qu'il existe rarement une base légale pour les omissions qui caractérisent leurs restrictions.

Dans le cas du *législateur*, la situation est claire, puisque c'est en principe l'objet de l'obligation positive que de légiférer. L'omission consiste donc précisément en l'absence de législation et exiger une base légale dans ce cas serait absurde²⁰².

199 Cf. sur ces difficultés, SCHEFER (note 10), p. 264 ss; TSCHANNEN (note 121), p. 406 ss; WEBER-DÖRLER (note 9), p. 131 ss.

200 Cf. POGGE (note 11), p. 47 qui recommande d'utiliser le terme anglais «underfulfillment» au lieu du terme «violation».

201 Cf. WEBER-DÖRLER (note 9), pp. 153–154.

202 Cf. WEBER-DÖRLER (note 9), p. 154.

Dans le cas de l'*exécutif*, aussi, l'exigence est difficile à remplir, même si elle l'est moins. En effet, alors que pour une action restrictive de droits fondamentaux, il faut une base légale, une omission restrictive des obligations positives sera le plus souvent contraire à la base légale qui demandait une intervention en premier lieu.

Dans le cas du pouvoir *judiciaire*, finalement, il est tout aussi difficile d'exiger une base légale en cas de violation d'une obligation positive et cela en particulier dans le cas d'une omission d'interprétation conforme de la base légale elle-même.

bb) L'intérêt public

Le principe

Comme dans le cas ordinaire d'une restriction d'un droit fondamental négatif, la restriction des obligations positives devrait en principe reposer sur un intérêt public suffisant.

Cette exigence n'est pas trop difficile à remplir dans le contexte des obligations positives étant donné que, dans la jurisprudence, c'est précisément ce problème de conflit entre obligations positives et toute une série d'intérêts publics contraires qui pousse les juges à reconnaître plus facilement la constitutionnalité d'omissions d'agir dans la mise en œuvre d'obligations positives que celle de la violation d'obligations négatives.

Un exemple: la limitation des ressources matérielles de l'Etat

La limitation des ressources techniques ou matérielles de l'Etat est un des intérêts publics opposés le plus souvent à la mise en œuvre des obligations positives dans les juridictions étudiées.

- On le retrouve, par exemple, dans la jurisprudence suisse et notamment dans l'arrêt *Ruth Gonseth*²⁰³.
- On retrouve cet intérêt public contraire dans l'arrêt *Osman* où la Cour européenne des droits de l'homme parle des choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources²⁰⁴. On le retrouve aussi dans l'arrêt *Lopez* où la Cour mentionne l'intérêt économique de la ville en cause²⁰⁵.
- On le retrouve dans l'arrêt *Schleyer*. Selon la Cour constitutionnelle allemande, une application stricte et absolue de l'obligation positive de protéger la vie de *Schleyer* aurait rendu la réaction de l'Etat au terrorisme totalement prévisible et par conséquent privé l'Etat de moyens efficaces de lutte contre le terrorisme et de protection de ses autres citoyens²⁰⁶.

203 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

204 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998-VIII 3124, 3159.

205 Cf. *Lopez* Série A, Rec. 1994n. 303-C 38, 56.

206 Cf. BVerfGE 46, 160, 165 – *Schleyer*.

cc) La proportionnalité

Le principe

Comme dans le cas ordinaire d'une restriction d'un droit fondamental négatif, la restriction des obligations positives devrait en principe respecter le principe de la proportionnalité. Elle devrait donc être *apte à atteindre le but visé, être nécessaire pour ce faire et être le moyen le moins restrictif possible d'atteindre cet objectif*.

Cette exigence est satisfaite dans le contexte des obligations positives étant donné que, dans la jurisprudence, c'est précisément le principe de proportionnalité qui sous-tend la détermination de l'*étendue* des obligations positives. Les critères de mise en œuvre dégagés par la doctrine se résument en effet, comme nous l'avons vu, au critère général de la nature raisonnable et adéquate des mesures. Le test de mise en œuvre des obligations positives, qui sont des obligations d'optimisation, ressemble donc étrangement à un test de proportionnalité.

Néanmoins, la difficulté propre à l'application du test de proportionnalité aux obligations positives est qu'il est difficile de juger *a posteriori* ce qui est disproportionné et ce qui ne l'est pas dans un domaine où la marge d'appréciation est si grande. Dans le cas ordinaire, en effet, la question de la proportionnalité de la restriction est une question de droit soumise au degré de contrôle judiciaire ordinaire; dans le cas des obligations positives, ce contrôle est *de facto* limité à l'arbitraire²⁰⁷.

L'instauration d'un seuil minimal de protection

Afin d'éviter de vider les obligations positives de tout sens et de toute possibilité de contrôle de constitutionnalité de leurs restrictions, la question qui se pose est dès lors celle de savoir s'il ne faudrait pas prévoir un contrôle de proportionnalité propre aux obligations positives.

Il serait notamment intéressant de savoir si, au-delà du contrôle limité à l'arbitraire de la marge d'appréciation des autorités publiques, il existe un *seuil minimal de protection* en dessous duquel il n'est pas possible d'opérer²⁰⁸. En droit allemand, on parle d'un *Untermassverbot* par opposition à l'*Übermassverbot* qui s'applique lors du contrôle de proportionnalité des restrictions aux obligations négatives de défense classiques. C'est ce qui ressort, par exemple, de l'arrêt *Schwangerschaftsabbruch II*²⁰⁹. Cela signifie qu'il y a des circonstances dans lesquelles le pouvoir d'appréciation des autorités en

207 Cf. WEBER-DÜRLER (note 9), p. 154.

208 Cf. UNRUH (note 6), p. 83 ss sur l'histoire doctrinale de cette construction.

209 Cf. BVerfGE 88, 203, 254 s. – *Schwangerschaftsabbruch II*.

cause est *réduit à une marge minimale voire inexistante* lors du contrôle judiciaire de constitutionnalité du respect des obligations positives.

Un tel standard minimal de protection ne semble pas exister dans toutes les juridictions:

- Il n'existe pas, par exemple, en droit suisse. Dans l'arrêt *Ruth Gonseth*, par exemple, le TF assimile la pesée des intérêts du législateur à l'étendue correcte des obligations positives à assumer²¹⁰. Il est évident cependant que cette constatation doit être nuancée pour des raisons liées à l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales en Suisse²¹¹.
- De même, dans les arrêts *Schwangerschaftsabbruch I*, *Schleyer*, *Kalkar* ou *Fluglärm*, la Cour constitutionnelle allemande refuse d'établir un seuil minimal de protection²¹².

Un tel standard existe, par contre, dans d'autres juridictions ou dans d'autres circonstances et, plus généralement, dans la majorité des décisions les plus récentes sur la question:

- Il existe, par exemple, dans la jurisprudence de la CEDH comme cela ressort des arrêts *Lopez* et *Guerra* même si la Cour n'est malheureusement pas très claire sur le contenu exact de ce seuil²¹³.
- Il existe aussi, en droit allemand depuis l'arrêt *Schwangerschaftsabbruch II* dans lequel la Cour constitutionnelle allemande a considéré que la protection minimale de la vie assurée par les lois sur l'avortement en cause n'était pas suffisante²¹⁴. La Cour est cependant particulièrement avare de détail quant à ce seuil minimal d'efficacité de la législation²¹⁵.

Les critères propres au contrôle de proportionnalité des violations d'obligations positives

Il y a deux critères principaux utilisés dans le cadre du contrôle de proportionnalité des violations d'obligations positives: le caractère *raisonnable* des mesures et leur caractère *adéquat*.

Le premier critère est celui du caractère *raisonnable des mesures attendues au vu de la connaissance du danger de la part des autorités*. La Cour européenne des droits de l'homme parle dans l'arrêt *Osman* de la condition selon laquelle les autorités savaient ou auraient dû raisonnablement savoir

qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate du fait des actes criminels d'un tiers²¹⁶.

Le second critère le plus utilisé dans la jurisprudence est celui du caractère *adéquat des mesures attendues au vu de la connaissance du danger de la part des autorités*. La Cour européenne des droits de l'homme parle dans l'arrêt *Osman* de la condition selon laquelle les autorités n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié le risque qu'elles connaissaient ou auraient dû raisonnablement connaître²¹⁷.

La question des critères applicables aux restrictions des obligations positives et notamment celle des critères minimaux de protection demeure donc une question insuffisamment traitée pour l'heure et la jurisprudence devrait être appelée à la résoudre rapidement.

c) Le cas spécial du conflit de droits

Toutes les juridictions étudiées ici reconnaissent la possibilité de conflits entre les droits subjectifs qui découlent des obligations positives et d'autres droits négatifs ou positifs.

L'obligation positive de l'Etat de protéger le droit d'un individu peut en effet entrer en conflit avec le droit négatif ou positif d'un autre individu qu'il se trouve ou non à la source de l'atteinte que l'obligation positive vise à éliminer. Dans ces cas-là, la résolution du conflit de droits devient elle-même un des objets de l'obligation positive de protection de l'Etat²¹⁸.

Afin de résoudre de tels conflits, les différentes juridictions font appel aux règles usuelles de résolution des conflits de droits²¹⁹. Il s'agit, en l'absence d'une hiérarchie de droits, principalement de la *pesée* et de la *conciliation* des droits entre eux selon le principe de concordance pratique et notamment de la proportionnalité²²⁰.

210 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

211 Cf. WEBER-DÜRLER (note 9), p. 153 sur cette question.

212 Cf. BVerfGE 56, 54, 78 ss – *Fluglärm*.

213 Cf. *Lopez* Série A, Rec. 1994 n. 303–C 38 et *Guerra* Série A, Rec. 1998–I 210. Pour une critique des critères de mise en œuvre des obligations positives, cf. BORGHI (note 5), pp. 38–39; SUDRE (note 8), p. 380.

214 Cf. BVerfGE 88, 203, 254 s. – *Schwangerschaftsabbruch II*.

215 Cf. DREIER (note 5), n. 64; UNRUH (note 6), p. 83 ss.

216 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3160.

217 Cf. *Osman* Série A, Rec. 1998–VIII 3124, 3160.

218 Cf. WYSS (note 9), pp. 68–69.

219 Notez que, pour des raisons de temps, il ne sera pas possible d'entrer dans les détails de la question complexe des conflits de droits et de la légitimité de leur résolution. Sur le principe de concordance pratique en droit allemand, cf. HESSE (note 7), p. 317 ss et R. ALEX, *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, (1992) 5 Ratio Juris, p. 143 ss, 148 ss. Pour une critique générale de ce principe, cf. O. PFERSMANN, *Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux*, in: FAVOREU/GAÏA/GHIEVONTIAN/MELIN-SOUCRAMANIAN/PFERSMANN/PINI/ROUX/SCOFFONI/TREMEAU (note 59), p. 96 ss.

220 Cf. notamment MÜLLER, 1999 (note 9), p. 18 sur le droit à la vie.

- C'est le cas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme cela ressort de l'arrêt *Lopez* notamment. Dans cet arrêt, la Cour parle de l'importance de ménager un *juste équilibre* entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société²²¹.
- C'est le cas aussi dans la jurisprudence allemande. Dans l'arrêt *Schleyer*, par exemple, la Cour parle des droits d'autrui et même des obligations positives de protéger la vie d'autrui comme constituant des limites aux obligations positives²²².
- C'est aussi ce qui ressort de la jurisprudence suisse. Le TF parle dans l'arrêt *Ruth Gonseth* de la pesée des intérêts et droits en cause²²³.

Conclusion

Contrairement au droit américain, la *jurisprudence européenne* reconnaît depuis trente ans environ l'existence d'obligations positives de protection des droits fondamentaux de la part de l'Etat. C'est le cas en droit allemand et dans le cadre de la CEDH. On retrouve les obligations positives en droit suisse aussi, même si la jurisprudence n'a commencé que très récemment à se pencher sur leurs contours et leur étendue précise.

L'importance des obligations positives ne cesse de croître; il n'y a rien d'étonnant à cela lorsque l'on considère l'accroissement du pouvoir des entités non étatiques et des dangers de violation interindividuelle des droits fondamentaux, voire d'atteintes naturelles aux droits fondamentaux. Face à ces menaces, l'Etat semble être la meilleure source de mesures de protection et un responsable tout indiqué en cas d'atteinte. L'émergence des obligations positives de protection correspond, en d'autres termes, à une *tendance à la privatisation du droit constitutionnel* au sens figuré, par opposition à une constitutionnalisation du droit privé qui a longtemps fait davantage d'adeptes, mais dont le fer de lance, l'effet horizontal des droits fondamentaux, perd progressivement en importance et cela en faveur des obligations positives.

Si cette tendance se confirme, il est important que les jurisprudences nationales prennent position rapidement sur les différentes questions dogmatiques qu'elles ont soigneusement évité de traiter jusqu'ici. Ceci vaut tout particulièrement pour la jurisprudence suisse qui n'a pas encore donné de réponses très claires à la majorité d'entre elles.

On peut par ailleurs se demander s'il relève véritablement du rôle de la jurisprudence de poursuivre l'important travail conceptuel recommandé dans

cet essai. Les difficultés que pose la reconnaissance extrêmement large dans la jurisprudence du pouvoir d'appréciation des autorités de mise en œuvre pourraient s'estomper si le législateur ou le constituant se saisissait de la question de façon à jeter des bases solides et minimales dans ce domaine. Ceci vaut tout particulièrement en droit suisse, étant donné l'absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales et le frein au développement dogmatique que cela implique.

Au terme de cette étude comparative, il est utile de rappeler brièvement les cinq groupes de questions conceptuelles sur la clarification desquelles nous nous sommes penchés:

1. Premièrement, le concept d'obligation positive. Les obligations positives sont les *obligations constitutionnelles de l'Etat qui découlent de la garantie des droits fondamentaux et qui exigent de l'Etat non pas une abstention comme dans le cas ordinaire, mais la prise de mesures positives de protection des droits fondamentaux à l'encontre d'atteintes extérieures, qu'elles soient causées par des tiers ou des atteintes naturelles*. Elles donnent naissance à des *prétentions subjectives et justiciables* à la protection positive de la part de toutes les autorités étatiques.
2. Deuxièmement, le fondement des obligations positives. Leurs fondements peuvent être exprès, lorsqu'ils découlent de la garantie constitutionnelle d'un droit particulier, comme l'art. 2 al. 1 CEDH, l'art. 7 Cst. ou l'art. 1 al. 1 phr. 2 GG, mais ils peuvent aussi être implicites et communs à toutes les obligations positives. La jurisprudence est avare de détails sur les fondements potentiels des obligations positives en général; il est fait mention de la dignité humaine, notamment en droit allemand, mais aussi, plus récemment, de la garantie objective des droits fondamentaux.
3. Troisièmement, les éléments constitutifs des obligations positives. Il est important de retenir que les obligations positives s'appliquent à tous les droits fondamentaux et dans le cas d'atteintes de tiers ou d'atteintes purement naturelles, peu importe le domaine ou la relation qui lie l'individu protégé à l'Etat. Quant aux destinataires des obligations positives, il peut s'agir du législateur comme de l'exécutif ou du juge. Il faut remarquer que certaines juridictions ont développé des critères afin de limiter l'émergence d'obligations positives dans tous les cas où un droit fondamental est violé; ces critères sont notamment la gravité de l'atteinte et l'opportunité d'une intervention.
4. Quatrièmement, la mise en œuvre des obligations positives. La particularité des modalités de leur mise en œuvre tient à leur nature d'obligations d'optimisation; elles doivent être mises en œuvre de la meilleure manière possible compte tenu des possibilités juridiques et matérielles. En raison de l'importance de l'interprétation constitutionnelle dans la détermination du contenu des obligations positives, les décisions étudiées reconnaissent

221 Cf. *Lopez* Série A, Rec. 1994n. 303-C 38, 54.

222 Cf. BVerfGE 46, 160, 165 – *Schleyer*.

223 Cf. ATF 126 II 300, 315 *Ruth Gonseth*.

un très large pouvoir d'appréciation aux autorités et notamment au pouvoir législatif. Les critères minimaux de mise en œuvre tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence sont le caractère raisonnable et adéquat de l'intervention.

5. Finalement, la restriction des obligations positives. L'importance du pouvoir d'appréciation des autorités de mise en œuvre dans ce domaine implique que les questions de l'étendue et des restrictions légitimes des obligations positives sont plus intrinsèquement liées que dans le cas des obligations négatives. Ceci pose certaines difficultés quant à l'application des critères ordinaires de légitimité des restrictions des droits fondamentaux. Par exemple, le critère de la base légale ou le principe de proportionnalité ne peuvent pas être appliqués sans autres dans un domaine où la marge d'appréciation de l'autorité est la règle.

Cette étude en dogmatique comparative avait pour but de déterminer les contours et les principaux éléments constitutifs du concept d'obligation positive. Elle aura tenté d'identifier les points sur lesquels une réponse est attendue, mais elle n'a pu offrir guère plus que des débuts de réponse à des problèmes dont la complexité dépasse son champ de recherche.