Précision et droits de l'Homme dans les ordres juridiques allemand et suisse

Céline Fercot

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1330>

DOI : 10.4000/revdh.1330

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Céline Fercot, « Précision et droits de l'Homme dans les ordres juridiques allemand et suisse », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 16 juillet 2015, consulté le 09 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1330> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1330>

Ce document a été généré automatiquement le 9 juillet 2020.

Tous droits réservés

Précision et droits de l'Homme dans les ordres juridiques allemand et suisse

Céline Fercot

- 1 « L'indétermination est consubstantielle aux textes normatifs », écrivait Pierre Moor¹. Toutes les normes seraient donc indéterminées, et ce constat vaudrait tout particulièrement pour les droits de l'Homme², lesquels seraient, par définition, rédigés en des termes généraux, et donc imprécis³. Et pourtant, force est de constater qu'en Allemagne et en Suisse, comme dans d'autres ordres juridiques, certaines dispositions relatives aux droits de l'Homme sont considérées comme plus imprécises que d'autres.
- 2 Il importe tout d'abord de revenir au terme de « précision ». Le Dictionnaire, qui indique comme éléments de définition, d'une part, un « haut degré de détermination » et, d'autre part, « le soin apporté à être exact, à ne rien omettre ni négliger⁴ », nous renseigne au final assez peu. Si l'on adopte ici quelques raccourcis, il apparaît, tant en Allemagne qu'en Suisse, que l'idée de précision renvoie à un objectif, plus général, de clarté (en allemand : « Klarheit », ou « Deutlichkeit »). Celui-ci revêt alors deux sens distincts, soulignés par Alexandre Flückiger, Professeur à l'Université de Genève⁵. Une première facette, d'essence juridique, met l'accent sur le degré de détail de l'énoncé, c'est-à-dire sur son exhaustivité. La clarté d'une disposition est ainsi entendue dans le sens de « concrétisabilité » : elle permet à son interprète de fournir, aussitôt et sans controverse, la solution précise dans un cas concret. Le terme allemand correspondant est alors celui de « Exaktheit », ou de « Genauigkeit » (exactitude)⁶. Mais l'on peut distinguer un second sens du principe de clarté : sous un angle davantage linguistique, celui-ci peut également être compris dans le sens de concision, de lisibilité et d'intelligibilité⁷. L'on retrouve alors, en langue allemande, le terme « Einprägsamkeit », qui renvoie à la densité, la concision, la prégnance⁸. Peut donc être considéré comme « clair » tout à la fois ce qui est détaillé, exhaustif, d'une part, et ce qui est concis, intelligible, d'autre part.

- 3 S'il convient d'avoir à l'esprit ces deux sens, qui apparaissent au premier regard comme contradictoires⁹, force est de constater que lorsque est mentionné le terme de « précision », c'est souvent le premier sens, à savoir celui d'exhaustivité, de « concrétisabilité » qui est mis en avant, et ce tant en Allemagne qu'en Suisse. Pour reprendre un vocabulaire beaucoup plus répandu au sein de ces deux ordres juridiques que celui lié à la précision / à l'imprécision, apparaît alors l'opposition entre des énoncés considérés comme « déterminés¹⁰ » (bestimmt) et des énoncés qualifiés d'« indéterminés » (unbestimmt).
- 4 La question qui nous occupe, à savoir celle du lien qui peut exister entre les droits de l'Homme et une exigence, ou un objectif de précision, est une question qui semble peu étudiée dans ces deux ordres juridiques. Seuls sont parfois passés au crible les « concepts juridiques indéterminés » (« unbestimmte Rechtsbegriffe »), « concepts insuffisamment déterminés » (« hinreichend bestimmte Rechtsbegriffe ») et autres « standards »¹¹. Ceux-ci se distinguent des « concepts techniques » (« gesetzestechnische Rechtsbegriffe ») et renvoient à des dispositions juridiques qui tout à la fois possèdent un contenu « ambigu » (« mehrdeutig ») ou « non exhaustif » (« nicht abschliessend ») et qui, par conséquent, ne revêtent pas d'entrée de jeu un sens « objectif ». Ces concepts, qui peuvent revêtir des formes très diverses¹², doivent donc être interprétés (« auslegungsbedürftig ») et ne sont, par définition, pas directement applicables.
- 5 Quel que soit l'angle sous lequel ils sont abordés, ces « concepts imprécis » semblent poser problème. Pourquoi ? Car, en principe, l'application d'une norme dans un cas d'espèce doit être sûre et prévisible¹³. En Allemagne comme en Suisse, le principe de sécurité juridique (Rechtssicherheitsprinzip), qui découle de l'Etat de droit¹⁴, revêt en effet deux implications. Il impose, d'une part, une « clarté juridique » (Rechtsklarheit), ou encore un « principe de clarté des normes » (Gebot der Normenklarheit) : le destinataire de la norme doit pouvoir reconnaître de manière suffisamment nette quel est le contenu de celle-ci. Il impose, d'autre part, la « fiabilité », la « certitude » (Bestimmtheit) de l'ordre juridique – remarquons d'ailleurs ici que le terme « Bestimmtheit » renvoie à la fois aux idées de détermination, de précision et de certitude – : c'est pourquoi la confiance de l'individu dans le contenu des normes juridiques doit être protégée¹⁵.
- 6 Le caractère déterminé, précis, ou au contraire indéterminé, imprécis, d'une norme doit néanmoins être entendu différemment selon le contexte dans lequel il trouve à s'appliquer¹⁶. L'imprécision peut tout d'abord concerner, du point de vue du juge, la norme contrôlée, autrement dit, pour ne retenir que celle-ci, la loi. Cette dernière doit tout d'abord être suffisamment précise, surtout lorsqu'elle empiète sur la sphère de protection d'un droit fondamental¹⁷. La volonté, l'intention du législateur doit ensuite être « perceptible ». Ainsi, comme l'a souligné la Cour de Karlsruhe en 1967, le principe de sécurité juridique implique que la loi soit « dans ses conditions et dans son contenu, formulée de telle sorte que les destinataires qu'elle mentionne connaissent l'état du droit et puissent ainsi orienter leur action en fonction de cela¹⁸ ». Il en est de même en Suisse, où le Tribunal de Lausanne répète régulièrement que « l'exigence de précision de la norme découle du principe général de légalité, mais aussi de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi¹⁹ ». La loi doit donc être prévisible, mais la loi ne saurait dire tout le droit. L'exigence de prévisibilité ne saurait donc être qu'une exigence minimale²⁰. La Cour de Karlsruhe l'interprète d'ailleurs soupagement, reconnaissant que

celle-ci est liée aux destinataires, à leur nombre, ou encore au domaine dans lequel ladite loi intervient, ajoutant par ailleurs qu'est interdite l'utilisation par le législateur de dispositions trop imprécises ... à moins que l'ensemble des dispositions du texte en cause ne permette de leur donner un contenu²¹. Le juge de Lausanne ne dit quant à lui rien d'autre lorsqu'il rappelle que « l'exigence de densité normative n'est pas absolue²² ».

- 7 Mais le caractère précis, ou imprécis, d'un énoncé juridique peut également trouver à s'appliquer à la norme de référence à laquelle a recours le juge²³. Tant en Suisse qu'en Allemagne, ce cas de figure est nettement moins souvent envisagé comme objet d'étude, et pour cause : l'imprécision est souvent présentée comme consubstantielle tout à la fois aux droits de l'Homme²⁴ et aux énoncés constitutionnels²⁵. Ainsi, les débats relatifs aux « concepts indéterminés » semblent peu concerner ces derniers – sauf peut-être la dignité humaine²⁶. Et pourtant, des arguments liés à la précision – en réalité à l'imprécision – des droits de l'Homme ou, plus exactement, de certains droits de l'Homme, s'immiscent parfois dans le discours, tant doctrinal que jurisprudentiel. Les caractéristiques formelles de certains énoncés consacrant des droits et libertés, jugés (trop) imprécis, semblent alors conditionner leur application pratique, et empêcher sinon leur pleine normativité du moins leur entière effectivité.
- 8 D'où une interrogation majeure : les énoncés imprécis, ou réputés imprécis – dès lors qu'il n'existe aucun critère scientifique permettant de conclure objectivement à la précision, ou au contraire à l'imprécision d'un énoncé juridique – ont-ils vocation à ne pas être effectifs (*wirksam*)²⁷ ? Qu'en est-il dès lors si, à l'instar d'Eric Millard, on souligne qu'« à défaut d'être effectifs, les droits de l'Homme ne sont pas des droits mais de simples prétentions²⁸ » ?
- 9 Si l'imprécision des droits de l'Homme, ou de certains droits de l'Homme, n'apparaît pas réellement comme un problème – au sens de « point suscitant la réflexion, l'interrogation sur un plan théorique ou pratique²⁹ » –, il apparaît bien, en Allemagne comme en Suisse, qu'elle est considérée par le juge, qui les interprète, comme un obstacle, sinon à leur normativité du moins à leur effectivité³⁰ (I). Cet obstacle, souvent présenté comme infranchissable, est néanmoins parfois contourné par le juge, sans pour autant que ce positionnement favorable ne soit exempt de défauts et de critiques (II).

I. L'imprécision des droits de l'Homme : un obstacle en trompe-l'œil

- 10 L'imprécision des droits de l'Homme est, en premier lieu, souvent présentée, en Suisse comme en Allemagne, comme un obstacle à leur normativité (A). Le recours parcimonieux – et stratégique – à cet argument, et son application à certains droits de l'Homme, permet toutefois d'affirmer qu'il s'agit là d'un obstacle qui est instrumentalisé par les acteurs qui le mobilisent, et en premier lieu par les juges (B).

A. Un obstacle affirmé

- 11 Que ce soit explicitement ou implicitement, l'argument relatif à la précision, ou à l'imprécision des droits de l'Homme revient de temps à autre, tant en Suisse qu'en Allemagne, tout à la fois dans le contexte fédéral (1) et fédéré (2).

1. Dans le contexte fédéral

- 12 En Allemagne comme en Suisse, l'idée a toujours été de circonscrire la catégorie des droits de l'Homme, et donc d'écarter ce qui ne saurait entrer dans celle-ci ... à commencer par les dispositions qui sont considérées comme (trop) imprécises. A une différence près, toutefois, dans la mesure où ce « rejet » des dispositions imprécises s'est effectué en amont en Allemagne, c'est-à-dire au moment de la rédaction de la Loi fondamentale, alors qu'il a lieu en aval en Suisse, c'est-à-dire au moment de la concrétisation, par le juge, d'un certain nombre d'énoncés.
- 13 Evoquée ici en premier lieu, une étude du droit allemand nous impose un retour en arrière. En 1919, les constituants de Weimar ont fait le choix d'insérer dans la Constitution un amalgame de dispositions aux multiples facettes, dont le caractère précis, et applicable, a souvent été remis en cause. Le choix effectué fut donc celui d'une large inclusion de dispositions hétéroclites au sein du texte constitutionnel, le caractère applicable de celles-ci étant ensuite établi au cas par cas par les juridictions chargées de son application³¹. C'est ainsi que la Constitution de Weimar a perpétué la situation existant sous la période impériale : comme le souligne David Capitant, « les droits fondamentaux [s'imposaient] à l'administration, sous le contrôle des juridictions administratives, dans la mesure où ils [étaient] suffisamment précis pour se passer de toute transposition législative. Dans le cas contraire, ou si une loi [venaient] à les écarter, ils se [trouvaient] privés de toute efficacité, aucune procédure ne contraignant le législateur à les respecter³² ». Voilà pour le choix initial du constituant. Néanmoins, progressivement, au cours de la première moitié du XX^e siècle, l'obligation pour le législateur de respecter les droits fondamentaux mentionnés dans le texte constitutionnel s'est imposée, et avec elle, le critère de la précision : si une disposition était suffisamment précise, elle s'appliquait directement – ce fut surtout le cas du droit de propriété, ainsi que des garanties relatives aux fonctionnaires –, sinon il était admis qu'une loi devait en assurer la transposition³³.
- 14 A l'opposé, en 1949, le choix réalisé par les constituants se révèle dénué d'ambiguïté. Il s'articule autour de deux idées fondamentales. D'une part, est partagé, en 1949, un refus d'encombrer la Loi fondamentale de dispositions imprécises et insusceptibles d'être concrétisées. D'autre part, et parallèlement, est expressément prévu par la Loi fondamentale le caractère obligatoire et directement applicable des droits fondamentaux³⁴. Le principe est posé à l'article 1er al. 3 LF, en vertu duquel les droits fondamentaux « sont directement applicables et opposables, y compris au législateur³⁵ ». Contrairement au positionnement de 1919, la soumission du législateur à tous les droits et libertés est donc explicitement affirmée. Un changement de cap radical, donc. Mais une évolution qui n'est pas aussi absolue qu'elle en a l'air, dans la mesure où la Cour de Karlsruhe opère parfois un « tri » au sein des dispositions constitutionnelles, rappelant qu'un « contenu normatif directement applicable » ne peut être extrait d'une disposition que si celle-ci est formulée de manière suffisamment précise. Ainsi en est-il dans la célèbre décision *Imposition des époux*, de 1957³⁶, à propos de l'article 6 al. 1 LF,

qui protège le mariage et la famille : « comme toute norme constitutionnelle, [cette disposition] ne lie le législateur de manière directe que dans la mesure où sa rédaction est suffisamment précise [déterminée] pour qu'une norme de rang inférieure lui soit mesurée³⁷ ».

- 15 Ce positionnement est essentiel, dans la mesure où il a toujours fondé, en Allemagne, le rejet de deux types de dispositions³⁸. En premier lieu, les Pères de la Loi fondamentale ont très clairement renoncé à introduire dans la Constitution des droits impliquant une prestation de l'Etat dans le domaine social. Ils sont en effet partis du principe que ces droits ne pouvaient être directement applicables, étant donné qu'ils étaient, par définition, rédigés en des termes imprécis³⁹. Partant, lorsque les droits fondamentaux dépendaient entièrement du législateur quant à leur mise en œuvre – autrement dit, sous Weimar –, la reconnaissance de droits à prestation ne posait pas de difficulté particulière. En revanche, à partir du moment où ces droits, désormais gravés dans le marbre constitutionnel, ont été considérés comme devant s'imposer au législateur, lesdits droits à prestation sont en quelque sorte « sortis » du texte constitutionnel pour rester à l'entière disposition de ce dernier⁴⁰. La même conclusion vaut, en second lieu, pour un ensemble de dispositions considérées comme programmatoires, qu'il s'agisse de « dispositions établissant les objectifs de l'Etat » (Staatszielbestimmungen)⁴¹ ou, plus particulièrement, de « buts étatiques sociaux » (« soziale Staatsziele »). Autant d'énoncés qui ont été purement et simplement écartés de la Loi fondamentale, au motif qu'il ne s'agissait là que de « poésie constitutionnelle » : belle à lire, mais sans effet juridique précis⁴².
- 16 La question de l'ancrage éventuel de « droits sociaux » (« soziale Grundrechte ») ou de « buts étatiques sociaux » (« soziale Staatsziele ») a certes fait l'objet de discussions doctrinales et politiques lors de la révision de la Loi fondamentale, intervenue à l'occasion de la réunification, mais ces débats n'ont en rien modifié la conception dominante⁴³. Ainsi, les seuls droits « qui comptent », ce sont les droits inscrits dans les articles 1 à 19 LF, l'article 19 al. 4 LF disposant en complément que « quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel ». Tout se passe donc un peu comme s'il existait une incompatibilité fondamentale entre la reconnaissance de dispositions à caractère social, d'entrée de jeu considérées comme imprécises, et la normativité de la Constitution ; comme si la reconnaissance de droits sociaux risquait d'entraîner la « dilution » des droits fondamentaux.
- 17 Il existe ici une grande différence entre le droit allemand et le droit suisse. La Constitution fédérale helvétique n'est pas totalement réfractaire à des dispositions habituellement qualifiées d'imprécises, et parfois même considérées comme un « problème » du droit constitutionnel⁴⁴. Le texte de 1999 contient, au sein d'un Titre 2, intitulé « Droits fondamentaux, citoyenneté et buts sociaux », et à côté d'un catalogue de « droits fondamentaux⁴⁵ », une série de « buts sociaux⁴⁶ ». Celui-ci indique ainsi, par exemple, que « la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que : (...) les enfants et les jeunes soient encouragés à devenir des personnes indépendantes et socialement responsables et soient soutenus dans leur intégration sociale, culturelle et politique »⁴⁷. Autant de dispositions classiquement qualifiées d'imprécises, mais que le constituant suisse a fait le choix d'intégrer dans le texte constitutionnel ... tout en assortissant cette insertion de précieux garde-fous : d'une part, ces dispositions sont expressément qualifiées de « buts » ; d'autre part, le texte constitutionnel sape d'entrée de jeu leur

effectivité, en précisant d'emblée « qu'aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux⁴⁸ ».

- 18 L'argument lié à la prétendue imprécision de certains droits de l'Homme n'est toutefois pas absent du droit suisse. Dès avant 1999, le degré de précision des droits fondamentaux a toujours été pris en compte par le Tribunal fédéral dans le cadre du processus de consécration des droits non écrits. Rappelons en effet l'une des conditions posées par le juge de Lausanne pour dégager de tels droits : le droit ou la liberté concerné devait être « directement justiciable », et ne devait pas requérir l'intervention du législateur pour permettre sa réalisation⁴⁹. Or, pour le juge constitutionnel suisse, est « directement justiciable » une disposition « d'une normativité suffisamment précise », ou qui « possède un contenu normatif suffisamment déterminé », sous-entendu pour pouvoir être concrétisée⁵⁰. Qu'en est-il depuis 1999 ? Perpétuant ce positionnement de principe, les Chambres fédérales, lors de la dernière révision de la Constitution fédérale, n'ont pas souhaité consacrer les droits économiques, sociaux et culturels comme des droits individuels et justiciables. Précisément en raison de leur imprécision. Ce qui explique que l'on ne retrouve en définitive que deux droits-créances dans la Constitution fédérale : l'article 12, qui renferme un droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse⁵¹, et l'article 19, qui mentionne un droit à un enseignement de base suffisant et gratuit.

2. Dans le contexte fédéré

- 19 Qu'en est-il des dispositions réputées « imprécises » dans les autres Constitutions allemandes et suisses, à savoir les Constitutions fédérées ?
- 20 L'Etat fédéral permettant, en matière constitutionnelle, une grande diversité, la plupart des Constitutions cantonales et des Constitutions de Land renferment une juxtaposition de droits sociaux et de dispositions générales relatives aux domaines d'intervention de l'Etat⁵². Prenons l'exemple des Constitutions des Länder allemands. La plupart de ces textes – qu'ils aient été modifiés dans les années 1980⁵³ ou adoptés au moment de la réunification⁵⁴ – mentionnent de nombreux droits-créances. Mais ils comportent également une juxtaposition d'« objectifs sociaux » (Sozialziele)⁵⁵ ou « publics » (Staatsziele)⁵⁶, de « missions étatiques » (Staatsaufgaben)⁵⁷, de « dispositions établissant les objectifs de l'Etat » (Staatszielbestimmungen), de « principes généraux » (« Allgemeine Grundsätze »), de « dispositions générales » (« Allgemeine Bestimmungen ») ou encore de « missions publiques » (« öffentliche Aufgaben »)⁵⁸, en lien avec la culture, l'art, le sport, l'enseignement, l'aide sociale, la santé, ou encore l'environnement, et sans qu'aucune différence n'apparaisse explicitement entre ces différentes expressions. Il en est de même en Suisse, où l'article 43 de la Constitution fédérale suisse reconnaît expressément aux cantons la faculté de définir « les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences ». Autant de dispositions parfois minutieusement détaillées, extrêmement précises ... et pourtant considérées d'entrée de jeu comme dépourvues de normativité.
- 21 En définitive, en Allemagne et en Suisse, s'exprime donc, classiquement, que ce soit explicitement ou implicitement, une « échelle de normativité », ou une « normativité graduée ». A un premier niveau se trouvent les droits explicitement qualifiés de « droits fondamentaux », qui sont par définition des droits subjectifs, et dont les individus peuvent se prévaloir devant les juges. A un niveau intermédiaire viennent les énoncés qui, tout en générant des obligations juridiques à la charge des

pouvoirs publics, ne sont pas directement applicables et nécessitent une médiation, ou une transcription législative. Enfin, à un troisième niveau, apparaissent les énoncés que l'on présente souvent comme des « déclarations d'intentions », et qui se singularisent par leur absence totale de normativité. La distinction, en apparence aisée, n'est en réalité pas une simple distinction entre règles et principes : il existe entre les deux extrêmes une sorte de « zone grise⁵⁹ », au sein de laquelle se côtoient des dispositions relativement, ou particulièrement indéterminées⁶⁰.

- 22 L'argument lié à l'imprécision, ou a contrario à la précision de certains droits de l'Homme, est donc régulièrement évoqué. S'agit-il pour autant d'un argument exempt de toute visée stratégique ?

B. Un obstacle instrumentalisé

- 23 On constate qu'« imprécis » est un adjectif la plupart du temps accolé soit à des dispositions qualifiées de programmatoires, soit aux droits-créances. Revenons, par conséquent, à ces dispositions, et tout particulièrement à ces derniers.
- 24 On retrouve, classiquement, en droit allemand comme en droit suisse, deux principaux arguments conduisant à conclure que les droits sociaux sont frappés d'une certaine « vulnérabilité », à la fois « normative » et « contentieuse⁶¹ ». Selon le premier argument, de nature « technique », ces droits sont accusés d'être rédigés en des termes trop imprécis. Dépendants des valeurs sociales en vigueur à tel ou tel moment, ils revêtiraient, à ce titre, un contenu changeant et donc imprécis. Partant, ils sont généralement associés à des dispositions programmatoires – avec lesquelles ils sont d'ailleurs parfois formellement mélangés – plutôt qu'à des instruments normatifs générateurs de droits subjectifs à l'égard des autorités publiques⁶². Ainsi, tant en Allemagne qu'en Suisse, les droits sociaux sont très souvent assimilés aux « objectifs étatiques » (Staatsziele), dans la mesure où il appartient au législateur de les concrétiser⁶³. Le second argument, que l'on peut qualifier de « démocratique », renvoie quant à lui au partage des compétences entre le législateur et le juge : sur fond d'un argumentaire lié à la séparation des pouvoirs, le second serait considéré comme n'étant pas légitimé pour statuer sur une omission ou sur une inaction du premier⁶⁴.
- 25 Quelle est alors la place de l'imprécision dans cet argumentaire ? A première vue, lorsqu'il s'agit de dénier une quelconque justiciabilité aux droits sociaux, c'est surtout l'argument technique, lié à l'imprécision de ces dispositions, qui est régulièrement évoqué. Deux principaux facteurs explicatifs peuvent ici être évoqués. Outre que l'argument est aisé, celui-ci se veut neutre axiologiquement. Loin de s'adosser à une conception politique de la fonction judiciaire dans un Etat de droit, il se présente comme une conséquence nécessaire de ce qui serait une caractéristique intrinsèque des droits sociaux : leur imprécision et le caractère progressif de leur réalisation leur conféreraient un caractère programmatique excluant toute justiciabilité, le juge ne disposant pas de la capacité technique pour évaluer leur contenu et sanctionner les atteintes qui leur sont portées. Il semble ainsi, finalement, que l'on puisse tout reprocher aux dispositions dont on ne veut pas : tantôt d'être des « dispositions en caoutchouc⁶⁵ », c'est-à-dire des dispositions d'une concision excessive, qui laissent une trop grande liberté au juge ; tantôt d'être bien trop longues et bien trop détaillées, et de s'apparenter ainsi à de la prose, à de la poésie constitutionnelle et non à du droit⁶⁶ – ce qui nous ramène, une nouvelle fois, aux deux facettes du principe de clarté⁶⁷.

- 26 Le juge se référant rarement – du moins explicitement – à l'idée de précision⁶⁸, c'est vers la doctrine qu'il est possible de se tourner. Comme le souligne Pascal Mahon⁶⁹, la réticence de la doctrine helvétique face à l'insertion, avant 1999, de droits sociaux dans la Constitution, repose sur l'observation d'une « double différence de nature » entre les droits « classiques » et les droits-créances : ces derniers requièrent une action positive des pouvoirs publics, et supposent presque nécessairement la médiation du législateur ; ensuite, « et surtout », « la complexité de la matière sur laquelle portent ces droits, la nécessaire indétermination qui en résulte quant à leur contenu et le coût financier qu'ils entraînent impliquent leur caractère non (directement) "justiciable"⁷⁰ » – l'indétermination d'un droit de l'Homme étant alors présentée comme entretenant un lien avec la complexité de la matière qu'il aborde. L'auteur de poursuivre : « seuls quelques-uns de ces droits à connotation sociale, les "petits" droits sociaux, sont suffisamment précis pour être susceptibles d'une application directe qui justifie leur ancrage dans la Constitution en qualité de droit fondamental. Les autres droits sociaux en revanche ne sont « que de lointains parents des droits fondamentaux », « (des) droits qui ont la particularité de n'en pas être et d'avoir plutôt pour fonction d'inspirer l'action des autorités politiques⁷¹ ». La conclusion est alors sans appel, puisque l'auteur en conclut qu'il est dès lors préférable de ne pas les inscrire comme tels dans les Constitutions : « on peut en faire des buts ou des tâches de l'Etat ; on pourrait même, sur certains points déterminés, en faire des mandats à l'adresse du législateur. Mais les mots "droits sociaux" peuvent très bien, sans dommage pour personne, être rayés des constitutions⁷² ». Et l'auteur de justifier son propos : « il est presque unanimement admis (...) que les droits sociaux ne se prêtent pas à un ancrage constitutionnel au titre des droits fondamentaux, et qu'il est préférable de leur conférer la forme de tâches ou de mandats législatifs impartis à l'Etat. A défaut, on courrait le risque d'une dilution de la garantie des droits fondamentaux. Plus que celui du caractère positif de la prétention, c'est le critère de l'absence de "justiciabilité" qui est à cet égard déterminant⁷³ ». Une justiciabilité qui ne dépend pas de sa proclamation expresse, mais de la précision du droit et de l'existence d'un accès à la justice.
- 27 Néanmoins, lorsqu'il est fait allusion à l'argument technique, lié à la précision, ou à l'imprécision d'un droit, et si l'on revient à ce que dit le juge, il convient en réalité de lire entre les lignes : si ces dispositions sont écartées, ce n'est pas parce qu'elles sont imprécises, mais bien davantage parce qu'elles ne renferment pas des droits dirigés contre l'Etat (*Abwehrrechte*). La Cour allemande l'a explicitement rappelé dès 1951 : les droits fondamentaux sont avant tout des remparts contre l'arbitraire étatique⁷⁴. Il en est de même en Suisse, où l'exigence de précision est en réalité surtout appliquée aux droits sociaux. L'argument invoqué est alors souvent sensiblement le même : les droits imposant à l'Etat d'assumer certaines prestations en matière sociale doivent posséder un contenu normatif « suffisamment déterminé » (« hinreichend bestimmt ») pour pouvoir être concrétisés et mis en application dans le cadre des procédures et moyens judiciaires existants⁷⁵.
- 28 On s'aperçoit alors que l'imprécision apparaît plus comme une « excuse », comme un prétexte que comme un argument fondé lorsqu'il s'agit, en amont, de dénier toute normativité à un certain nombre de dispositions, et en particulier aux droits sociaux. L'imprécision fait alors en quelque sorte office de paravent pour masquer une crainte, quant à elle bien réelle : celle que le juge ne s'empare de ces dispositions pour leur faire produire des effets qui ne sont pas (politiquement) souhaitables. Cette imprécision,

généralement présentée comme un obstacle à la normativité des droits de l'Homme, est néanmoins parfois contournée par le juge constitutionnel.

II. L'imprécision des droits de l'Homme : un obstacle parfois contourné

- 29 Qu'il soit avéré ou non, l'obstacle lié à l'imprécision, ou à la supposée imprécision, des droits de l'Homme ne réduit pas à néant leur effectivité. Le juge, parfois, fait produire aux dispositions considérées comme imprécises un certain nombre d'effets. Il se retrouve alors toutefois aux prises avec le principe démocratique, lequel vient, dans une large mesure, expliquer la prudence dont il peut faire preuve (A). Bien que possible, la concrétisation des droits de l'Homme dits imprécis par la voie juridictionnelle n'est toutefois pas exempte de défauts et de critiques, au regard d'un autre enjeu cette fois, lié à l'objectif d'effectivité des droits de l'Homme (B).

A. Un obstacle (prudemment) surmonté

- 30 L'imprécision consubstantielle aux droits de l'Homme et, surtout, l'imprécision particulièrement marquée de certains droits de l'Homme, semble à première vue profiter au législateur, lequel se voit confier une mission essentielle, liée à leur concrétisation. Et pourtant, le fait que les juges soient en mesure de se prononcer sur le fondement d'énoncés généraux et abstraits est susceptible d'entraîner un déplacement du pouvoir en leur faveur. C'est toutefois sans compter sans la prégnance du principe démocratique, lequel a nécessairement des répercussions sur la légitimité du juge. C'est précisément sur ce point que les droits allemand et suisse divergent : alors que le juge constitutionnel allemand se montre prudent, malgré un contexte favorable (1), son homologue suisse semble relativement audacieux, ce malgré des contraintes structurelles a priori défavorables (2).

1. Des tentatives prudentes en Allemagne

- 31 Dans un système marqué par un fort « constitutionnalo-centrisme⁷⁶ », comme c'est le cas en Allemagne, la création d'un organe chargé de veiller au respect de la Constitution par le législateur produit inéluctablement des conséquences sur la manière de concevoir l'effectivité des droits de l'Homme. En effet, dès lors que cet organe considère ces derniers comme des normes de référence claires, précises, revêtant un sens considéré comme « incontestable », il est amené, dans le cadre de son contrôle, à participer à leur concrétisation. Le juge constitutionnel sanctionne alors les débordements et les carences de la loi, et contraint, plus ou moins strictement, le législateur à prendre en considération ses interprétations de la Constitution.
- 32 Dans ce contexte, un principe a largement été mobilisé par la Cour de Karlsruhe : le principe de l'Etat social (« Sozialstaatsprinzip »). Explicitement considéré, en 1949, comme la contrepartie de l'absence de droits sociaux dans le texte constitutionnel⁷⁷, aujourd'hui mentionné à l'article 20 al. 1 LF⁷⁸, celui-ci revêt deux sens : il permet, tout d'abord, d'autoriser la puissance publique, et notamment le législateur, à intervenir dans le domaine social, alors même que son action pourrait constituer une ingérence dans d'autres droits fondamentaux⁷⁹ ; il peut, en outre, selon la Cour de Karlsruhe, être

utilisé pour justifier que des droits fondamentaux classiques soient interprétés dans un sens permettant de fonder des « droits à prestation⁸⁰ ». C'est notamment ce principe qui fut mobilisé par la Cour, le 9 février 2010, lorsque celle-ci, à l'occasion de la décision Hartz IV⁸¹, vint définir les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine (*menschenwürdiges Existenzminimum*)⁸². Se plaçant dans la continuité de leur jurisprudence, les juges de Karlsruhe sont alors venus apporter une définition extensive de celui-ci, soulignant que ce droit, loin de se limiter à un droit à la survie physique, assure à chaque individu qui se trouve dans un état de nécessité « les conditions matérielles indispensables à son existence physique et à sa participation minimale à la vie sociale, culturelle et politique⁸³ ».

33 Fortement ancré dans le droit constitutionnel allemand, le principe d'Etat social ne joue toutefois qu'à titre d'objectif constitutionnel. L'obligation d'instaurer un Etat social implique avant tout que les droits sociaux sont mis en œuvre au premier chef par le biais de la loi ordinaire. Les juges constitutionnels sont alors chargés de dicter au législateur, par la formulation de principes directeurs, le contenu de la loi, afin que celle-ci puisse prétendre à un brevet de constitutionnalité. Leur latitude apparaît donc ici bien mince, dès lors qu'ils ne font bien souvent que soumettre l'action, ou l'inaction du législateur, à un contrôle restreint, ce dernier disposant d'une large marge d'appréciation (*Gestaltungsspielraum*)⁸⁴. Ainsi, dans le cas de la décision Hartz IV, si le droit au minimum vital revêt un champ d'application relativement vaste, le montant des prestations sociales visant à assurer à l'individu un minimum existentiel ne saurait être déduit directement de la Constitution. Nulle trace, ici, d'un droit subjectif⁸⁵. Il incombe alors au législateur d'observer deux conditions : d'un point de vue matériel, la Cour s'attache à vérifier que les prestations accordées ne sont pas « manifestement insuffisantes » ; d'un point de vue formel, la loi déterminant les modalités de calcul desdites prestations doit reposer sur des données empiriques fiables, précises, compréhensibles, et doit présenter des méthodes de calcul cohérentes. Autrement dit, en l'espèce, la Cour se prononce donc uniquement sur les modalités de calcul de l'aide minimale, et non sur son montant ; elle ne fait que rappeler le législateur à son devoir de transparence, de réalisme et de précision dans le cadre du calcul des indemnités versées au titre de la loi « Hartz IV⁸⁶ ». Ce faisant, la Cour constitutionnelle cherche à concilier la nécessité de protéger la dignité humaine et le principe démocratique⁸⁷. Le législateur se voit certes contraint de modifier la loi dans un délai de dix mois. Mais il n'est nullement contraint de maintenir le standard obtenu, témoin d'un certain achèvement social⁸⁸. Il décide toujours, in fine, de la concrétisation qu'il entend donner à tel ou tel droit fondamental⁸⁹.

34 L'argument lié à la précision, ou à l'imprécision des énoncés mobilisés par la Cour, est ainsi omniprésent dans cette décision emblématique. Le juge constitutionnel se saisit en effet de deux standards, c'est-à-dire d'un principe qui peut aisément être qualifié d'imprécis – le principe d'Etat social – et d'une disposition elle aussi imprécise – la protection de la dignité humaine –, pour en déduire un droit fondamental, le droit à un minimum vital. L'imprécision de l'énoncé de référence semble donc – partiellement – surmontée par le juge constitutionnel, même si celui-ci ne fait produire aux dits énoncés que des effets limités, dès lors qu'il refuse d'en déduire un droit subjectif. Parallèlement, le juge constitutionnel contraint – certes a minima – le législateur à concrétiser des énoncés imprécis ... tout en faisant peser sur lui un devoir de précision.

Autrement dit, présente dans l'énoncé de référence, la précision l'est également dans l'énoncé de la norme contrôlée. Qu'en est-il du côté du juge suisse ?

2. Des tentatives audacieuses en Suisse

- 35 Si le juge constitutionnel est particulièrement prudent en Allemagne, il l'est encore davantage en Suisse. Le principe démocratique y revêt en effet deux implications particulières. D'une part, la conception rousseauiste, qui confie au législateur la tâche de concrétiser les droits de l'Homme et d'en assurer la protection, a toujours trouvé là un terrain favorable. D'autre part, le juge de Lausanne reste soumis à un certain nombre de contraintes structurelles, qui l'empêchent de contrôler véritablement l'œuvre du législateur fédéral⁹⁰ – et ce même s'il existe quelques tempéraments à cette affirmation de principe⁹¹. Le juge est donc avant tout « un auxiliaire de la loi démocratique », pour reprendre les termes d'Yvo Hangartner⁹², et occupe de ce fait « une position inconfortable⁹³ ».
- 36 Concernés au premier plan, les droits sociaux, réputés imprécis, sont désormais considérés, par une partie de la doctrine comme potentiellement justiciables⁹⁴. Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, notamment, soulignent que ces droits sont « des droits fondamentaux, dont on peut obtenir l'application par une décision judiciaire » : ils doivent certes être concrétisés par le législateur ; toutefois, si une loi fait défaut ou s'avère insuffisante, le juge doit pouvoir en déterminer lui-même le contenu et se fonder directement sur eux pour rendre leurs décisions. Partant, ces droits sont susceptibles de conférer directement des droits à des prestations sociales. De quels droits s'agit-il selon ces auteurs ? C'est ici que le bât blesse. Il s'agit de droits dont le contenu est ... suffisamment précis. Ainsi, seules quatre dispositions s'apparenteraient à un droit social : l'article 12, qui prévoit un droit en cas de détresse ; l'article 19, qui mentionne un droit à une éducation gratuite ; l'article 28 alinéa 3, qui fait référence au droit de grève et, enfin, l'article 29 alinéa 3, qui consigne un droit à une assistance juridique gratuite.
- 37 Ainsi encouragé par la doctrine, le juge de Lausanne a déjà fait preuve d'une certaine audace. Avant toute chose, sa position de principe, hostile aux droits-créances, n'est plus⁹⁵. Encore faut-il, toutefois, que la « normativité » – c'est-à-dire la précision – de ces droits à des prestations positives soit suffisante⁹⁶. Ainsi, dès 1995, le Tribunal fédéral semble aller plus loin que la Cour constitutionnelle allemande, lorsqu'il dégage un nouveau droit constitutionnel non écrit, qui s'apparente à un droit à des conditions minimales d'existence, et qu'il présente comme un droit subjectif, accordé à tous⁹⁷. Aujourd'hui inscrit à l'article 12 de la Constitution fédérale⁹⁸, ce droit a par la suite prouvé qu'il pouvait représenter un contrepoids important dans le débat politico-juridique. En 2005, de nombreuses discussions ont ainsi eu lieu en vue de légaliser la pratique liant l'octroi de l'aide d'urgence aux requérant.e.s d'asile débouté.e.s à l'obligation pour ces derniers de coopérer, en se procurant par exemple des papiers d'identité en prévision d'un retour dans le pays d'origine. C'est alors en se fondant sur l'article 12 que le Tribunal fédéral a, dans une décision du 18 mars 2005, constaté que l'aide d'urgence était obligatoire et n'était pas liée à une quelconque condition⁹⁹. Plus largement, et pour sortir du champ de l'article 12, le Tribunal fédéral entend par ailleurs l'imprécision dans un sens au demeurant restrictif, puisqu'il assure que « le simple fait qu'une norme constitutionnelle doive faire l'objet d'une législation d'exécution ne saurait justifier une invalidation totale en raison de sa prétendue

imprécision¹⁰⁰ ». Une audace, certes, mais une audace qui a ses limites. Notons en effet qu'en dehors de quelques arrêts emblématiques liés à la mise en œuvre de l'article 12, et surtout en dehors de cette disposition, le juge constitutionnel Suisse s'appuie traditionnellement sur une doctrine politique classique habituée à reléguer les droits sociaux à de simples visées programmatiques, imprécises et donc non justiciables.

- 38 Même si le principe démocratique condamne bien souvent la concrétisation des droits de l'Homme directement par les juges, ces derniers acceptent, parfois, de faire produire des effets à des dispositions qualifiées d'imprécises. Pour autant, qu'elle soit prudente ou téméraire, leur audace peut en définitive se révéler contre-productive, au regard d'un autre enjeu, lié précisément à l'objectif d'effectivité des droits de l'Homme.

B. Une audace du juge contre-productive

- 39 L'audace du juge est donc variable. Mais est-elle toujours favorable aux droits alors protégés ?
- 40 En Allemagne comme en Suisse, l'ouverture des juges constitutionnels finit parfois par jouer en défaveur des droits de l'Homme, précisément au regard de l'objectif d'effectivité de ces derniers. Leur contrôle, certes admis, se révèle en effet, parfois, de moindre intensité, les droits sociaux devenant de simples « créances étatiques ». En Allemagne, notamment, les droits à prestation révèlent une conclusion : il ne s'agit nullement de droits ayant vocation à être appliqués et interprétés de manière autonome. Bien au contraire, souvent combinés au principe d'égalité ou au respect dû à la dignité humaine, ils fondent généralement des droits « dérivés » sous la forme d'un égal accès à des prestations déjà établies par les autorités publiques¹⁰¹.
- 41 Revenons à la décision Hartz IV de 2010. Plus précisément, la Cour de Karlsruhe fait habituellement varier son contrôle selon qu'est en cause le droit à une aide d'urgence ou à un minimum socioculturel¹⁰². Dans le premier cas, dès lors que l'Etat ne met à disposition aucune prestation sociale, ou prévoit une prestation insuffisante, l'individu dispose d'un droit subjectif issu de l'article 1er alinéa 1 LF, qui permet au juge de reconnaître ces lacunes¹⁰³. En revanche, dans le cas du « minimum socioculturel », tant la nature que l'étendue de la prestation relèvent de la compétence du législateur : le juge constitutionnel n'exerce sur cette dernière qu'un contrôle restreint¹⁰⁴, et ne sanctionne le législateur qu'en cas d'omission arbitraire¹⁰⁵, vérifiant simplement que celui-ci a bien fait usage de son « devoir d'activité sociale¹⁰⁶ ». Par là, le juge constitutionnel indique qu'il refuse d'assumer une fonction par trop politique alors qu'il ne dispose pas de la légitimité démocratique nécessaire. Une logique similaire est suivie par le Tribunal fédéral suisse lorsque celui-ci affirme qu'il n'est pas en mesure d'extraire un droit subjectif de l'article 11 al. 1 C. fédéral, en vertu duquel « les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement », dès lors qu'il manque à cette disposition « la détermination normative requise » (« erforderliche normative Bestimmtheit »), cette disposition ne pouvant ainsi qu'être qualifiée de « directive objective » (« objektive Richtlinie ») à visée programmatique¹⁰⁷.
- 42 Il convient alors de souligner que la distinction, par la Cour de Karlsruhe, entre un volet « physique » et un volet « social » du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine a soulevé un certain nombre de critiques¹⁰⁸. Il a alors pu être reproché aux juges constitutionnels de créer un droit de l'Homme au contenu flou, imprécis,

dont ils ne vérifieraient pas le respect dans son intégralité, relayant l'expression « droit intangible à une prestation » (« unverfügbarer Leistungsanspruch ») au rang de simple déclaration d'intention. En d'autres termes, la Cour n'aurait fait qu'établir un standard minimum que le législateur serait tenu de respecter¹⁰⁹. L'étendue du contrôle exercé par les juges et, partant, la portée de ce droit nouvellement consacré, seraient donc à relativiser. Au final, les caractéristiques formelles des énoncés relatifs aux droits de l'Homme ont bien un impact sur leur effectivité, dans la mesure où les droits de l'Homme « imprécis », ou, encore une fois « réputés imprécis », ne bénéficient que d'une effectivité a minima.

Conclusion

- 43 Une étude des droits allemand et suisse nous mène rapidement à une même conclusion, classique : un grand nombre de dispositions, à raison de leur supposée imprécision, ne constitueraient pas des prescriptions suffisamment rigoureuses et incontestables pour être de véritables règles de droit. Même si le juge constitutionnel superpose rarement les deux arguments – celui lié au caractère positif d'un droit et celui lié à son imprécision –, force est de constater, en droit suisse comme en droit allemand, que les « droits de » bénéficient encore d'une présomption d'applicabilité plus forte que les « droits à ». Soit ces derniers ne sont pas qualifiés de droits fondamentaux et se voient ôter, en amont, toute capacité à être justiciable, soit ils voient – lorsqu'ils sont directement concrétisés par le juge – leur portée, et donc leur effectivité, considérablement limitée.
- 44 Néanmoins, qu'elle soit réelle ou supposée, l'imprécision des droits de l'Homme, et plus précisément des droits-créances, a peu à peu évolué dans le discours juridique tant suisse qu'allemand. L'imprécision de certains énoncés juridiques ne constitue plus un obstacle à leur normativité, mais bien plutôt une potentielle limite à leur portée, à leur effectivité. En d'autres termes, leur imprécision ne supprime pas de facto leur caractère normatif : le degré de leur imprécision a pour seul effet d'ouvrir au législateur, à l'administration ou au juge un pouvoir d'appréciation (Beurteilungsspielraum) plus étendu. La position occupée par ce dernier apparaît notamment centrale. Car c'est bien au juge qu'il appartient d'ouvrir, ou au contraire de fermer aux requérants les portes de l'invocabilité ; c'est à lui, également, qu'il appartient de faire desdits droits imprécis des droits néanmoins effectifs ; c'est à lui, enfin, qu'il appartient de faire peser sur le législateur un impératif, plus ou moins pesant, de précision.
- 45 On peut, en définitive, s'interroger. S'interroger, en premier lieu, sur la nécessité d'admettre qu'un texte imprécis, c'est-à-dire flou, vague, indéterminé peut être non seulement inévitable, mais également souhaitable. La mise en œuvre du principe d'Etat social, ou de l'article 1er LF, en Allemagne, en sont la preuve. S'interroger, en second lieu, quant au fait de savoir si l'objectif de précision des droits de l'Homme ne serait pas un idéal à la fois « ambigu »¹¹⁰ et réversible¹¹¹. Car nulle règle, qu'elle soit précise ou imprécise, n'échappe à l'interprétation, et ce même si la règle dite « précise » est souvent présentée comme non sujette à controverse. Peut-être n'y aurait-il ainsi ni précision, ni imprécision, mais une échelle de précision, qui déboucherait sur une échelle de normativité et/ou d'effectivité, laquelle serait appréciée par le juge en fonction des diverses contraintes qui s'imposent à lui. La précision, la certitude, ne seraient donc ainsi, peut-être, que des illusions¹¹².

NOTES

1. MOOR Pierre, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005, p. 81.
2. Si tant le droit allemand que le droit suisse ont recours au vocable « droits fondamentaux », c'est ici dans un souci d'unification que nous opterons pour l'expression « droits de l'Homme ».
3. Toujours selon Pierre MOOR, « la construction pyramidale au sommet de laquelle sont normés les droits de l'Homme présente la configuration paradoxale que, plus on monte dans la hiérarchie, plus la densité normative est faible. Plus la norme est, par son rang, impérative, plus elle est, dans sa substance, indéterminée » (*op. cit.*, p. 70). En suivant cette argumentation, nous nous concentrerons donc, dans la présente contribution, sur les dispositions constitutionnelles allemandes et suisses, tout en tenant compte d'une particularité essentielle, liée à la structure fédérale de ces deux ordres juridiques.
4. Définitions issues du *Dictionnaire de l'Académie française*.
5. FLÜCKIGER Alexandre, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 21, « La normativité ».
6. V. aussi le terme « *Ausführlichkeit* », qui renvoie à l'idée de précision dans le sens d'exhaustivité.
7. Il s'agit alors de « tout dire, brièvement » et de sacrifier l'accessoire au principal, pour reprendre la formule d'Eugène HUBER, l'un des Pères du Code civil helvétique (*Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne, 1901, cité par FLÜCKIGER Alexandre, art. préc., p. 9 et 17).
8. V. aussi le terme « *Prägnanz* ». Soulignons que le *Dictionnaire* renvoie, dans le cadre de la définition du terme « précision » aux idées d'indication et d'éclaircissement (*Dictionnaire de l'Académie française*).
9. Soulignons toutefois que ces deux sens sont réunis par le Tribunal fédéral dans la définition qu'il donne d'une disposition « directement applicable » (« *self-executing* ») : « Selon la jurisprudence, une norme est directement applicable si elle est suffisamment déterminée et claire par son contenu pour constituer le fondement d'une décision concrète » (ATF 121, V, p. 246 §§248-249, 20 juill. 1995, souligné par nous).
10. Toujours selon le *Dictionnaire*, est précis « ce qui est déterminé exactement, ce qui ne laisse place à aucune incertitude » ; est déterminé « ce qui est fixé, défini avec précision » (*ibid.*).
11. Comme le souligne Antoine JEAMMAUD, « de nombreuses règles de notre système de droit étatique utilisent des catégories fonctionnellement imprécises, dénommées "standards" [...] Ces catégories introduisent une marge très sensible d'indétermination dans ce que le droit requiert, fonde ou tolère. Une indétermination qui se manifestera à l'heure de la mise en contact des règles faisant place à ces notions et de situations empiriques dans le cadre d'une opération juridique (ou juridictionnelle) de qualification ou d'évaluation. Avec cette dose d'imprévisibilité s'ouvrent des voies par lesquelles des représentations, valeurs, croyances, des agents d'application du droit (des juges) pénétreront dans le champ juridique » (« L'ordre : une exigence du droit ? », in ANCEL Pascal, RIVIER Marie-Claire et al. (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Presses univ. de Saint-Etienne, 2003, p. 20, souligné par nous).
12. V. MOOR Pierre, *op. cit.*, p. 64 et s. V. également les différents qualificatifs recensés par Peter JUNG : « notions floues », « notions générales au contenu indéterminé », « notions souples à contenu variable », « notions cadre », « notions évolutives », « standards juridiques », « principes généraux », « principes fondamentaux », « principes vastes », « règles souples », « paragraphes caoutchouc », « concepts arbitraires », « concepts soupapes », « notions à contenu variable » (« Die Generalklausel im deutsche und französischen Vertragsrecht », in BALDUS Christian, MÜLLER-GRAFF Peter-Christian (éd.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der*

deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive, München, Sellier, European Law Publishers, 2006, p. 38 et 41).

13. A propos de la prévisibilité du droit, v. MOOR Pierre, *op. cit.*, p. 52 et s.

14. V. art. 20 al. 3 LF ; art. 5 C. fédérale suisse de 1999.

15. Le droit allemand, via notamment la jurisprudence allemande de la « *Dispositionssicherheit* », insiste sur l'idée de sécurité, dans le sens de prévisibilité du droit, l'objectif étant de mettre en place un cadre juridique qui accorde une large place à la liberté de l'individu – restreinte par les limites imposées par la société – de décider et d'agir par lui-même. Nous retrouvons bien entendu ici le principe de « confiance légitime » (*Vertrauensschutz*).

16. V. GELBLAT Antonin, « Appréhender l'imprécision des droits : approche stratégique », *supra*.

17. Il s'agit là d'un positionnement commun aux droits allemand et suisse : le principe « de détermination suffisante de la loi » (*Gebot hinreichender Bestimmtheit der Gesetze*) découle du principe d'Etat de droit. Selon le Tribunal de Lausanne, « l'exigence de précision normative (*Bestimmtheit einer Eingriffsnorm*) découle du principe de la base légale, applicable en cas de restriction aux libertés fondamentales (art. 36 al. 1 C.). Une norme restrictive doit en particulier être *suffisamment précise* pour permettre aux administrés d'en apprécier la portée et d'adapter leur comportement en connaissance de cause (...) » (ATF 133, I, p. 110 ¶121, 12 oct. 2005, souligné par nous).

18. « L'autorisation fondamentale de concepts juridiques indéterminés ne dispense pas le législateur de concevoir la disposition de telle sorte qu'elle corresponde aux principes – liés à l'Etat de droit – de clarté de la norme et de justiciabilité. Elle doit être, dans ses conditions et dans son contenu, formulée de telle sorte que les destinataires qu'elle mentionne connaissent l'état du droit et puisse ainsi orienter leur action en fonction de cela » (BVerfGE 21, p. 73 ¶79, 12 janv. 1967, *Grundstücksverkehrsgesetz*). Dans le même sens, en droit suisse, v. par ex. ATF 109, Ia, p. 273 [282 s.], 9 nov. 1983, cons. 4d ; 123, I, p. 112, 16 avril 1997 ; 140, I, p. 381, 1^{er} oct. 2014.

19. V. not. ATF 109, Ia, p. 273 ¶282, 9 nov. 1983, cons. 4d ; ATF 117, Ia, p. 341 ¶346, 11 sept. 1991, cons. 5a ; 123, I, p. 112 ¶124, 16 avril 1997.

20. La loi peut être rédigée en des termes généraux, et elle peut comporter des « concepts juridiques indéterminés » (« *unbestimmte Gesetzesbegriffe* », ou « *unbestimmte Rechtsbegriffe* »). V. not. BVerfGE 21, p. 73 ¶79, déc. préc., § 20 ; BVerfGE 78, p. 205 ¶212 s., 18 mai 1988, *Schatzregal der Länder*.

21. V. BVerfGE 49, p. 24, 1^{er} août 1978, *Kontaktsperre* ; BVerfGE 65, p. 1, 15 déc. 1983, *Volkszählung*.

22. « On ne saurait en effet exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient en premier lieu à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit, et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel *degré de précision* on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires, et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (...). Une atteinte grave exige en principe une base légale formelle, claire et précise, alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi, ou trouver leur fondement dans une clause générale (...). Le Tribunal fédéral examine librement cette question » (ATF 123, I, p. 112 ¶124, déc. préc., souligné par nous).

23. Dans la mesure où les droits de l'Homme sont, en Allemagne et en Suisse, des droits gravés dans le marbre constitutionnel, c'est exclusivement sous l'angle du juge constitutionnel que nous envisagerons, dans la présente contribution, la figure et le rôle du juge.

24. V. not. MOOR Pierre, *op. cit.*, p. 70.

25. C'est là une idée que le Tribunal fédéral souligne expressément en affirmant que « l'on ne saurait se montrer aussi exigeant dans le cas d'une disposition de rang constitutionnel en matière de précision que pour une norme de niveau législatif : en tant que norme fondamentale, la constitution a

pour fonction notamment de définir l'organisation et la structure de l'Etat, de répartir des compétences et de poser des principes ; elle n'a pas à réglementer toute une matière de manière exhaustive » (ATF 133, I, 110 [121-122], 28 mars 2007, souligné par nous). A ce sujet, v. également AUBERT Jean-François, « Notion et fonction de la Constitution », in THÜRER Daniel et al., *Droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schulthess, 2001, p. 4.

26. V. CASHIN-RITAINE Eleanor, MAITRE-ARNAUD Elodie (dir.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruxelles / Zürich, Bruylant / Schulthess, 2008.

27. Sur la question de l'effectivité, v. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, LOCHAK Danièle (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Paris, PU de Paris X, 2008, p. 11 et s. ; RANGEON François, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126-149.

28. MILLARD Eric, « L'effectivité des droits de l'Homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008.

29. *Dictionnaire de l'Académie française*.

30. Nous rejoignons ici l'idée développée par Thomas ACAR, selon lequel il n'existe pas d'imprécision, mais uniquement des jugements d'imprécision. L'imprécision ne se rattache pas, en effet, à l'énoncé lui-même, mais à son interprète, et au positionnement que ce dernier adopte au cours de la phase de concrétisation dudit énoncé (« Appréhender l'imprécision des droits, approche linguistique », *supra*).

31. Après le rejet d'une disposition assez similaire à l'actuel art. 1^{er} al. 3 LF, prévoyant que « les droits fondamentaux constitueraient une "directive" (*Richtschnur*) et une limite pour le législateur, l'administration et la justice », on s'accorda pendant les débats de l'Assemblée nationale autour de l'idée de Hugo PREUSS, selon laquelle il conviendrait de décider au cas par cas la valeur de chacune des dispositions constitutionnelles garantissant des droits et libertés.

32. CAPITANT David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 1996, p. 75.

33. STERN Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck, Tome 3/1, 1988, p. 125, cité par CAPITANT David, *op. cit.*, p. 86.

34. Dès le début des travaux du Conseil parlementaire, il est établi que les droits et libertés inscrits dans le texte constitutionnel doivent être directement applicables. Cela apparaît dès le projet de la convention de Herrenchiemsee (v. not. art. 21 al. 2).

35. Notons que l'on trouvait alors déjà des dispositions comparables dans certaines Constitutions des *Länder* (v. art. 1 C. de Bade du 28 mai 1947 ; art. 20 al. 2 C. Brême ; art. 26 C. Hesse du 1^{er} déc. 1946).

36. BVerfGE 6, p. 55 [76], 17 janv. 1957, *Steuersplitting*.

37. « *Wie jede Verfassungsnorm ist Art. 6 Abs. 1 GG nur insoweit den Gesetzgeber aktuell bindendes Recht, als seine Fassung bestimmt genug ist, eine Norm niederen Ranges daran zu messen* ».

38. V. SOMMERMANNS Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

39. A ce sujet, v. not. ISENSEE Josef, « Verfassung ohne soziale Grundrechte », *Der Staat*, 1980, vol. 19, p. 367 et s.

40. Cf. STERN Klaus, *op. cit.*, p. 692, cité par CAPITANT David, *op. cit.*, p. 310.

41. Ce qualificatif, qui évoque la notion d'objectif de valeur constitutionnelle propre au droit français, est du à Hans Peter IPSEN, qui l'a employé afin de compenser les déficits de la Loi fondamentale dans le domaine social. V. not. son discours à l'Université de Hambourg, le 17 nov. 1949 : *Über das Grundgesetz : gesammelte Beiträge seit 1949*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 14 et s., 41 et s.).

42. A propos du caractère indéterminé de ces dispositions, tant au regard de leur structure que de leur nature, v. not. MERTEN Detlef, « Über Staatsziele », *DöV*, 1993, p. 368 et s. ; WAHL Rainer, « Grundrechte und Staatszielbestimmungen im Bundesstaat », *AöR*, 1987, vol. 112, p. et 26 s.
43. V. BROHM Winfried, « Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung », *JZ*, 1994, p. 213 et s.
44. V. le titre de la thèse d'Urs BREITER, *Staatszielbestimmungen als Problem des schweizerischen Bundesverfassungsrechts*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1980.
45. Ch. 1, art. 7 à 36.
46. Ch. 3, art. 41.
47. Art. 41 al. 1 C.
48. Art. 41 al. 4 C.
49. Rappelons que la reconnaissance d'une liberté non écrite par le Tribunal fédéral est en principe soumise aux conditions suivantes : elle doit constituer une condition nécessaire pour l'exercice d'une autre liberté ou un élément indispensable de l'ordre démocratique et juridique de la Confédération ; la liberté doit déjà être reconnue dans plusieurs Constitutions cantonales et faire l'objet d'un consensus général ; elle doit être considérée comme étant directement justiciable, et ne doit pas requérir une intervention du législateur pour permettre sa réalisation. C'est dans le cadre de cette dernière exigence qu'apparaît le critère lié à la précision de l'énoncé.
50. V. not. ATF 126, II, p. 377 [391], 11 sept. 2000. Rappelons qu'avant 1999, au niveau fédéral, peuple et cantons ont rejeté à maintes reprises l'inscription de droits sociaux dans la Constitution, qu'il s'agisse du droit au travail (en 1946 et 1947, notamment), du droit au logement (en 1970) et enfin, du droit à la formation (en 1973). Par la suite, le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral se sont en conséquence abstenus de reconnaître l'existence de tels droits en tant que droits constitutionnels non écrits.
51. Il est intéressant de remarquer que les auteurs de la Constitution fédérale ont, d'une certaine manière, fait le choix de rendre la rédaction de l'article 12 ... imprécise. Celui-ci devait en effet initialement garantir un « droit à des conditions minimales d'existence », mais les parlementaires ont décidé de n'en garder qu'une version élaguée, l'actuel article 12 disposant que « quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ». A ce sujet, v. not. « Le droit à des conditions minimales d'existence : un nouveau droit social ? », in KNAPP Blaise, OBERSON Xavier (dir.), *Problèmes actuels de droit économique. Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod*, Genève, Bâle / Genève, Helbing und Lichtenhahn, 1997, p. 27 et s.
52. V. not. FERCOT Céline, *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral : étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne / LGDJ, 2011, p. 207 et s.
53. V. par exemple les lois de révision constitutionnelle adoptées en Bavière, le 20 juin 1984 (GVBl., p. 223) ou à Berlin le 3 sept. 1990 (GVBl., p. 1877).
54. A propos de la naissance de ces principes, v. FEDDERSEN Christoph, « Die Verfassungsgebung in den neuen Ländern : Grundrechte, Staatsziele, Plebiszite », *DöV*, 1992, p. 989-998 ; GRAF VITZTHUM Wolfgang, « Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen morgen – Landesverfassungsgebung und Grundgesetzreform », *ZfA*, 1991, p. 695-711.
55. V. not. Titre III C. du Tessin (« Sozialrechte und -Ziele ») ; Titre II C. Neuchâtel (« Droits fondamentaux, buts et mandats sociaux »). A propos de la notion d'« objectifs sociaux » en Suisse, v. BREITER Urs, *op. cit.* ; MÜLLER Peter, *Funktionen und Motive einer verfassungsrechtlichen Aufgabennormierung in den Kantonen*, Thèse Basel / Frankfurt-am-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1981.
56. V. 3^{ème} Sect. C. Saint-Gall ; 3^{ème} Sect. C. Bâle-ville (« Staatsziele und Staatsaufgaben »).

57. V. 3^{ème} Sect. C. Jura (« *Aufgaben des Staates* ») ; 6^{ème} Sect. C. Soleure ; 6^{ème} Sect. C. Thurgovie ; 3^{ème} Sect. C. Saint-Gall.
58. V. not. sect. 2 C. Nidwald ; sect. 4 C. Argovie ; sect. 3 C. Berne ; sect. 6 C. Grisons.
59. MORAND Charles-Albert, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in *De la constitution*, Bâle / Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1996, p. 60.
60. Partant, dans la mesure où le concept d'indétermination est lui-même indéterminé, dans la mesure où le concept d'imprécision est lui-même imprécis, on voit poindre les difficultés à classer un certain nombre de dispositions.
61. ROMAN Diane, *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Rapport de synthèse, p. 2.
62. A propos de la notion de droits subjectifs, v. not. ALEXY Robert, « Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen », *Der Staat*, 1990, vol. 29, p. 49 et s.
63. Tant la Loi fondamentale que la Constitution suisse contiennent en effet des normes attributives de compétences : parmi celles-ci, la 8^{ème} Section du 3^{ème} Titre de la Constitution suisse couvre par exemple les domaines du logement, du travail, de la sécurité sociale et de la santé. C'est ainsi que le législateur, tant allemand que suisse, est largement intervenu pour concrétiser les droits sociaux. Citons par exemple le droit à la sécurité sociale, le droit d'obtenir des traitements médicaux de première nécessité ou encore la protection de la santé des travailleurs.
64. V. not. GRAF VITZTHUM Wolfgang, « Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen morgen – Landesverfassungsgebung und Grundgesetzreform », *ZfA*, 1991, p. 698 ; id., « Auf der Suche nach einer sozio-ökonomischen Identität ? Staatszielbestimmungen und soziale Grundrechte in Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer », *VBLBW*, 1991, n° 11, p. 405 et s.
65. A propos de cette expression, fréquemment utilisée à propos du Code civil suisse, v. GMÜR Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1965, p. 41.
66. Le Guide pour l'élaboration de la législation fédérale suisse rappelle que « le langage législatif, à la différence par exemple du langage poétique, se doit d'être *le plus clair*, le moins approximatif et le plus direct possible. Il possède donc les spécificités suivantes : la nécessité d'une bonne conception préalable de la matière normative ; la cohérence ; la clarté ; la concision ; le respect d'un éventuel cadre terminologique préexistant » (Office fédéral de la justice, *Guide de législation : guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, Berne, 2002, p. 365, souligné par nous) et précise que la clarté « est la qualité principale d'un texte normatif » (*ibid.*, p. 367).
67. V. *supra*, introduction.
68. De l'aveu du Tribunal fédéral lui-même, c'est à de rares reprises qu'il est amené à se pencher sur la question de la précision des normes (« *zur Frage der Bestimmtheit von rechtlichen Normen* »). V. not. ATF 109, Ia, p. 273 [282 s.], 9 nov. 1983.
69. « Droits sociaux et réforme de la Constitution », in AUER Andreas (dir.), *De la constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle / Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1996, p. 385-403.
70. *Ibid.*, p. 385.
71. Pascal MAHON, citant AUBERT Jean-François, « La Constitution, son contenu, son usage », *Revue de droit suisse*, 1991 II, n° 226, p. 123.
72. *Ibid.*, p. 123.
73. MAHON Pascal, art. préc., p. 386-387.
74. BVerfGE 1, p. 97, 19 déc. 1951, *Hinterbliebenenrente I*, v. not. § 34.
75. Pour un exemple, v. ATF 123, I, p. 112, déc. préc.
76. V. ROULHAC Cédric, Introduction, *supra*.
77. V. WEBER Albrecht, « L'Etat social et les droits sociaux en RFA », *RFDC*, 1995, p. 677.

78. On le retrouve à deux reprises dans le texte de la Loi fondamentale : il est à la fois inscrit à l'art. 20 al. 1 LF (« la RFA est un Etat fédéral démocratique et social ») et à l'art. 28 al. 1 LF (« L'ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un Etat de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale »).

79. La Cour constitutionnelle fédérale en a par exemple déduit la garantie d'un système de sécurité sociale (BVerfGE 28, p. 324 [348], 27 mai 1970, *Heiratswegfallklausel*).

80. V. CAPITANT David, *op. cit.*, p. 325.

81. Emblème de l'Agenda 2010 du Gouvernement Schröder, entrée en vigueur en 2005, la loi *Hartz IV* avait vocation à simplifier le système des aides sociales : toutes les personnes disposant de revenus inférieurs au minimum social d'existence devaient recevoir une allocation unique, destinées à les protéger, ainsi que toutes les personnes vivant avec elles dans une « communauté de besoins », à commencer par les enfants. Le législateur avait alors instauré une méthode de calcul tenant compte non pas des besoins réels de ces derniers, mais de leur âge. Point précisément mis en cause par plusieurs requérants devant le tribunal social du *Land* de Hesse puis devant la Cour constitutionnelle fédérale.

82. BVerfGE 125, p. 175, 9 fév. 2010, *Hartz IV*. V. FERCOT Céline, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision "*Hartz IV*" de la Cour constitutionnelle allemande du 9 fév. 2010 », *RDSS*, 2010, n° 4, p. 653 et s.

83. BVerfGE 125, p. 175, déc. préc., dispositif, n° 1, souligné par nous.

84. La Cour constitutionnelle fédérale rappelle que « si [le] droit au minimum vital [doit] être respecté, sa mise en œuvre dépend de sa concrétisation et son actualisation continue par le législateur. Ce dernier dispose d'une compétence d'ajustement, en fonction de l'état de développement de la communauté et des conditions de vie existantes » (BVerfGE 125, p. 175, déc. préc., dispositif, n° 2).

85. Ceci ne veut pas dire que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe ne va jamais plus loin. Dès lors qu'un individu n'est pas en mesure de se procurer ce minimum vital pour des raisons indépendantes de sa volonté, la Cour complète le devoir qui incombe à l'Etat par une dimension subjective, en en déduisant un droit à prestation originaire (*originär Leistungsrecht*) (v. not. BVerfGE 40, p. 121, déc. préc. §§ 133-134, déc. préc. ; 44, 353 §§ 375, 24 mai 1977, *Durchsuchung Drogenberatungsstelle*). Mais la Cour constitutionnelle fédérale est davantage encline à reconnaître un tel droit lorsque l'affaire concerne non pas une action positive de l'Etat, mais la protection d'un droit individuel contre l'ingérence de l'Etat (v. not. BVerfGE 82, p. 60 §§ pp. 80 et s., spéc. p. 85, 29 mai 1990, *Steuerfreies Existenzminimum*). La Cour de Karlsruhe continue donc d'être réticente face à l'idée de concrétiser elle-même les énoncés consacrant des « droits-créances », pour leur faire produire des effets dans le cadre de contentieux dits « subjectifs ». D'une certaine manière, le juge constitutionnel tend ainsi à nier la dimension individuelle de certains droits de l'Homme, contribuant à ancrer l'idée selon laquelle il existerait une spécificité irréductible de certains droits-créances sur le plan de leur réalisation.

86. La Cour rappelle explicitement que « dans la mesure où il ne peut pas être constaté que les montants des prestations fixés par la loi sont manifestement insuffisants, le législateur n'est pas directement contraint par la Constitution d'établir des prestations plus élevées » (déc. préc. § 211). Néanmoins, il revient au législateur de déterminer, « de manière équitable et compréhensible », « dans le cadre d'une procédure transparente et appropriée », « l'ensemble des charges nécessaires à l'existence » sur les fondements de chiffres éprouvés et de méthodes de calcul concluantes (déc. préc., dispositif, n° 3).

87. V. BVerfGE 82, p. 60, déc. préc. §§ 82 ; 59, p. 231 §§ 263, 13 janv. 1982, *Freie Mitarbeiter*.

88. Rappelons que depuis la décision *Numerus Clausus I* (BVerfGE, 33, p. 303 [333], 18 juill. 1972), la Cour se fonde régulièrement sur l'existence d'une « réserve du possible » pour fixer des limites aux droits à prestation, établissant simplement un « plancher » en dessous duquel le législateur n'est pas autorisé à aller.

89. C'est ainsi que, dans le sillon de cette décision, la Ministre allemande du travail a préconisé, le 26 septembre, une augmentation de l'aide sociale au 1^{er} janvier 2011 de ... cinq euros, assortie d'un « forfait éducatif » (« *Bildungspaket* ») de vingt euros par mois destiné aux enfants des familles les plus pauvres. C'est bien ici que le processus politique prend le relais.

90. La procédure de recours de droit public permet de contrôler la constitutionnalité des actes législatifs cantonaux, d'une part, et des décisions cantonales prises en application du droit cantonal, d'autre part. Mais cette voie de recours n'est pas ouverte contre les actes des autorités fédérales, à commencer par les lois fédérales. Le système suisse n'offre ainsi aucune possibilité de contrôle judiciaire abstrait, ou direct, de la constitutionnalité des lois fédérales.

91. Outre les différentes voies ouvrant la possibilité d'un contrôle concret, à l'occasion d'un acte d'application (jugement cantonal ou décision administrative), le Tribunal fédéral est régulièrement amené à rechercher, parmi les différentes interprétations possibles de la loi fédérale, celle qui est conforme à la Constitution. Par ailleurs, l'obligation d'appliquer le droit international, qui s'impose au Tribunal fédéral en vertu de l'art. 191 C. fédérale, permet le cas échéant de faire échec à l'application d'une norme du droit fédéral qui empêcherait la réalisation des garanties prévues par un instrument international de protection des droits de l'Homme.

92. HANGARTNER Yvo, « La protection des droits constitutionnels en Suisse », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Univ. de Strasbourg, 2001, p. 270.

93. *Ibid.*, p. 276.

94. La doctrine demeure majoritairement très perplexe face à la justiciabilité des droits sociaux. Pour deux points de vue très critiques, anciens, mais néanmoins souvent cités et repris, v. not. GRISEL Etienne, « Les droits sociaux », RDS, 1973, II, p. 3-153 ; MÜLLER Jörg-Paul, « Soziale Grundrechte in der Verfassung ? », RDS, 1973, II, p. 689 et s.

95. Dès 1981, le Tribunal fédéral soulignait en effet, dans une célèbre décision *Fuchs*, que « l'affirmation selon laquelle les droits fondamentaux ne donnent pas droit à des prestations positives ne peut, selon la conception contemporaine de la Constitution, être maintenue en toute circonstance » (ATF 107, Ia, p. 304 [307], 8 déc. 1981, *Fuchs*, trad. JT 1983, I, p. 579).

96. V. MÜLLER Jörg-Paul, *Soziale Grundrechte in der Verfassung ?*, 2^{ème} éd., Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 1981, p. 5 et s.

97. ATF 121, I, 367, trad. in AUER Andreas et al., *Droit constitutionnel suisse*, Tome II, Berne, Stämpfli, 2000, § 1521, p. 680-681. Comblant une « lacune » dans la Constitution, le Tribunal fédéral a considéré, par cette décision, que la satisfaction des besoins élémentaires de la personne humaine lui permettant de se nourrir, de se vêtir, et de disposer d'un abri, représentait la condition même de l'existence humaine et du développement de la personne.

98. V. *supra*.

99. ATF 131, I, p. 166, 18 mars 2005.

100. ATF 133, I, p. 110 [122], 28 mars 2007.

101. Les droits à prestation se décomposent en deux sous-catégories. Les droits à prestation dérivés (*derivative Leistungsrechte*), ou droits à participation (*Teilhaberechte*), « donnent droit non pas à la création d'une prestation par l'Etat, mais à un aménagement des prestations déjà existantes » qui soit conforme aux droits fondamentaux (V. CAPITANT David, *op. cit.*, § 500, p. 312). En revanche, les droits à prestation originaires (*originäre Leistungsrechte*) visent à déduire à partir de droits fondamentaux inscrits dans la Loi fondamentale un droit à obtenir des prestations nouvelles.

102. V. *supra*.

103. BVerfGE 82, p. 60 [80], déc. préc.

104. V. BVerfGE 5, p. 85 [198], 17 août 1956, *KPD-Verbot* ; 98, p. 169 [204], 1^{er} juill. 1998, *Arbeitspflicht*.

105. V. BVerfGE 1, p. 97 [105], déc. préc.

106. V. BVerfGE 1, p. 97 §§104-105§§, déc. préc.

107. ATF 126, II, p. 377 §§391§§, déc. préc.

108. V. not. NESKOVIC Wolfgang, ERDEM Isabel, « Zur Verfassungswidrigkeit von Sanktionen bei Hartz IV – Zugleich eine Kritik am Bundesverfassungsgericht », *Die Sozialgerichtsbarkeit*, 03/12, p. 134 et s.

109. V. SPECKAMP Peter, *Soziale Grundrechte im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2013, p. 61.

110. FLÜCKIGER Alexandre, art. préc.

111. Les particularités liées tant au contenu qu'à la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles fédérées attestent de cette réversibilité.

112. Rappelons les propos de FRANCIS BACON, qui mettait en garde contre « l'illusion de certitude » que confère l'excès de précision (BACON Francis, *De la dignité et de l'accroissement des sciences* [1623], Paris, Charpentier, 1843, Livre 8, p. 435, aphorisme n° 66, cité par FLÜCKIGER Alexandre, art. préc.).

RÉSUMÉS

La présente contribution s'interroge sur la place qu'occupe, au sein des droits suisse et allemand, l'argument lié à la précision, ou à l'imprécision des droits de l'Homme. Plus largement, l'objectif de clarté, auquel renvoient ces termes, revêt un double sens, lié aux idées d'exhaustivité et de concision, d'une part, de détail et de densité, d'autre part. Souvent avancée en lien avec la norme contrôlée par le juge, et notamment avec la loi, l'exigence de précision pèse néanmoins également sur les énoncés constitutionnels consacrant des droits de l'Homme, ou plus exactement certains droits de l'Homme, en l'occurrence les droits-créances. L'argument lié à la prétendue imprécision de ces derniers est en effet généralement présenté comme un obstacle sinon à leur normativité du moins à leur effectivité. Néanmoins, le juge constitutionnel fait parfois preuve d'une certaine audace, acceptant de venir lui-même concrétiser des dispositions considérées comme imprécises. Une audace qui ne saurait toutefois masquer une certaine prudence, dès lors qu'une telle entreprise le conduit nécessairement à se retrouver aux prises avec le principe démocratique. Et une audace qui ne saurait non plus masquer une protection sinon minimaliste du moins atténuée des droits de l'Homme ainsi mis en œuvre.

This paper is considering the role of the argument related to the precision, or the imprecision, of human rights within Swiss and German law. More generally, the principle of clarity, to which these terms refer, takes on a dual definition, linked to ideas of both completeness and brevity, on the one hand, and to ideas of detail and density, on the other hand. Most of the time related to norms, and especially to acts reviewed by the judge, especially with the law, this requirement of precision weighs also upon the legal statements that enshrine human rights, or more exactly some human rights – in other words social rights. The argument related to the alleged vagueness of these rights is indeed usually presented as a major obstacle, -- if not to their normativity, at least to their effectiveness. However, when they accept to directly fulfill some provisions considered as imprecise, constitutional judges sometimes show an audacious behavior. This boldness can nevertheless not mask a certain degree of caution, since such a behavior exposes such judges to have to deal with the principle of democracy. Additionally, this boldness can not mask a form of human rights protection which is, if not minimalist, at least attenuated.

INDEX

Mots-clés : Imprécision, Sécurité juridique, Droit allemand, Droit suisse, Droit comparé, Droits sociaux, Concepts juridiques indéterminés, Droits de l'Homme

Keywords : Imprecision, Legal Certainty, German Law, Swiss Law, Comparative Law, Social rights, Undefined legal concepts, Human rights

AUTEUR

CÉLINE FERCOT

Céline Fercot est Maîtresse de conférences en droit public à l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense.