



HAL
open science

La constitution de la société civile

Samantha Besson

► **To cite this version:**

Samantha Besson. La constitution de la société civile. Revue Fribourgeoise de Jurisprudence, 2005, Num'ero sp'ecial. La nouvelle constitution fribourgeoise, pp.323–347. <hal-02516252>

HAL Id: hal-02516252

<https://hal.science/hal-02516252v1>

Submitted on 9 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

| | |
|------------------|---|
| Document | RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial) |
| Auteur | Samantha Besson |
| Titre | La Constitution de la société civile |
| Publication | Revue fribourgeoise de jurisprudence |
| Maison d'édition | Kantonsgericht (FR) |

La Constitution de la société civile

Samantha Besson, PD (Berne), Dr en droit (Fribourg), M. Jur. (Oxon.), Professeure associée FNS à l'Université de Fribourg et Chargée de cours à l'Institut européen de l'Université de Genève*

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 323

*"Seule une société civile démocratique peut constituer un Etat démocratique, mais seul un Etat démocratique peut contribuer à la constitution d'une société civile démocratique."*¹

Introduction

Il est une innovation de taille dans la nouvelle Constitution cantonale qui est pourtant passée relativement inaperçue jusqu'ici. Cette nouveauté réside dans la constitutionnalisation de la société civile par les trois articles du Titre VIII *Société civile*. La société civile² et la vie associative laïque³ ont donc désormais pris place au rang des principes constitutionnels du canton de Fribourg, après avoir été introduites récemment dans la nouvelle Constitution vaudoise⁴, mais à l'heure où

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 324

* Je tiens à remercier Me Pierre Scyboz du Secrétariat de la Constituante de sa disponibilité lors de mes recherches.

1 M. Walzer, *The Concept of Civil Society* in M. Walzer (éd.), *Toward a Global Civil Society*, Providence et Oxford 1995, p. 7 ss, 24 (en anglais). Cf. aussi M. Walzer, *Equality and Civil Society* in Chambers/Kymlicka (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 34 ss, 47.

2 Le milieu associatif est encore mal connu en Suisse, même si de nouvelles études fleurissent depuis peu: cf. p.ex. S. Baglioni, *Société civile et capital social en Suisse: une enquête sur la participation et l'engagement au niveau communal*, Thèse, Genève 2004. On compte généralement une association pour 100 habitants, selon la présentation de Mme Collaud, Groupe Action Bénévole, à la Commission thématique n° 2 de la Constituante vaudoise, Annexe au procès-verbal n° 11/2.

3 La vie associative *religieuse* est couverte par le Titre IX *Eglises et communautés religieuses*. Pour des raisons de simplicité, je n'en traiterai pas dans cet article.

4 La nouvelle Constitution vaudoise ne garantit cependant pas expressément la *société civile*, mais protège la *vie associative et le bénévolat* en son art. 70 et la *participation à la vie publique des partis politiques et associations* en son art. 86.

elles ne sont pas encore reconnues, comme telles du moins, par la Constitution fédérale⁵. La société civile *constitue* certes l'Etat⁶ et la démocratie en les soutenant par son réseau de coordination sociale, en les renforçant par la critique et la contestation⁷ et en promouvant diverses vertus civiques, mais il est aussi important que l'Etat démocratique (*re*)*constitue*⁸ cette société civile à son tour en lui reconnaissant valeur constitutionnelle et en lui apportant le soutien dont elle a besoin pour se développer et renforcer l'Etat en retour⁹. La tendance anti-politique de nombreux mouvements de promotion de la société civile est par-là même enrayée¹⁰; l'Etat et la société civile sont tous deux nécessaires au développement d'une démocratie forte et l'un ne peut jouer ce rôle, voire subsister sans le soutien de l'autre. Cette reconnaissance constitutionnelle dépasse par conséquent le cadre légal ordinaire de la société civile, notamment les garanties du Code civil¹¹ et les garanties constitutionnelles de la liberté d'association; le nouveau

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 325

Titre VIII de la Constitution reconnaît en effet l'importance *collective* ou *civique* et non plus seulement individuelle de la vie associative¹².

Le *paradoxe de la société civile*¹³ et la relation dialectique qu'elle nourrit avec l'Etat et le pouvoir politique¹⁴ sont donc enfin dévoilés et garantis en tant que tels. Pourtant, mis à part la reconnaissance de la valeur de la société civile, le texte de la nouvelle Constitution ne semble guère prêter d'attention à l'importance de la relation entre Etat et société civile; il regroupe sous un même titre et pêle-mêle des institutions et principes aussi différents que la promotion du civisme, la protection de la vie associative et le soutien aux partis politiques. Ce sera un des objets de cet article que de démêler l'écheveau très complexe des art. 137 à 139. Il s'agira en particulier d'*explicit*er le concept polysémique de société civile à l'ombre duquel ces trois dispositions sont réunies et de le *délim*iter d'autres concepts connexes comme ceux de sphère publique et de société politique. Paradoxalement, ce n'est que lorsque les limites de la société civile sont clairement établies que son rôle constitutif de l'Etat démocratique peut être mis en

-
- 5 La Constitution fédérale, comme la majorité des constitutions cantonales, garantit certes la liberté d'association en son art. 23, mais sa dimension politique et démocratique ne ressort pas clairement de cet article.
 - 6 Sauf indications contraires, lorsque le présent article mentionne l'Etat, il englobe l'Etat cantonal et les communes.
 - 7 Selon J. Keane, *Democracy and Civil Society*, Londres 1988, p. 15 ss, la société civile est "une épine en permanence dans le pied du pouvoir politique".
 - 8 Cf. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Francfort-sur-le Main 1998, p. 443 ss. Cf. aussi J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Berlin 1962; Cohen/Arato, *Politics and the Reconstruction of the Concept of Civil Society in Honneth/McCarthy/Offe/Wellmer (éd.), Zwischenbetrachtungen: Im Prozess der Aufklärung*, Francfort-sur-le Main 1989, p. 492 ss; J. Habermas, *Further Reflections on the Public Sphere in C. Calhoun (éd.), Habermas and the Public Sphere*, Cambridge Mass. 1993, p. 421 ss, 453.
 - 9 Cf. W. Kymlicka, *Civil Society and Government: A Liberal-Egalitarian Perspective in Rosenblum/Post (éd.), Civil Society and Government*, Princeton 2002, p. 79 ss, 94.
 - 10 Cf. Walzer, 1995 (op. cit. note 1), p. 21 ss; Foley/Edwards, *The Paradox of Civil Society in (1996) 7:3 Journal of Democracy* p. 38 ss; I.M. Young, *State, Civil Society and Social Justice in Shapiro/Hacker-Cordon (éd.), Democracy's Value*, Cambridge 1999, p. 141 ss, 153 ss; K. Kumar, *Civil Society: An Enquiry into the Usefulness of an Historical Term in (1993) 44:3 British Journal of Sociology* p. 375 ss; K. Kumar, *Civil Society again: a reply to Christopher Bryant's "Social self-organization, civility and sociology" in (1994) 45:1 British Journal of Sociology* p. 127 ss.
 - 11 Cf. H.M. Riemer, *Die Vereine in Commentaire Bernois*, Berne 1990, n. 218-264.
 - 12 Cf. M. Walzer, *Constitutional Rights and the Shape of Civil Society in E. Calvert (éd.), The Constitution of the People, Reflections on Citizens and Civil Society*, Lawrence 1991, p. 123 ss, 125.
 - 13 Cf. Walzer, 1995 (op. cit. note 1), p. 23; Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 43 ss; Cohen/Arato (op. cit. note 8); Cohen/Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge Mass. 1992; Foley/Edwards (op. cit. note 10); Rosenblum/Post, *Introduction in Rosenblum/Post (éd.), Civil Society and Government*, Princeton 2002, p. 1 ss, 23.
 - 14 Cf. les essais in Rosenblum/Post (op. cit. note 13).

oeuvre et que l'Etat peut ensuite intervenir pour remédier à certains de ses défauts¹⁵. C'est en effet le *double paradoxe de la société civile* que d'être non seulement en relation de constitution mutuelle avec l'Etat et donc de complémentarité, mais aussi de l'être d'une manière telle que ni l'un ni l'autre ne perdent leur indépendance et leur capacité de renouvellement¹⁶.

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 326

Par ailleurs, si l'on peut se féliciter de la reconnaissance constitutionnelle du rôle de la société civile dans une démocratie constitutionnelle, il ne faut pas pour autant perdre de vue le rôle actif et positif que doit jouer l'Etat dans la (re)constitution pratique de la société civile. Par conséquent, il est important, d'une part, de souligner l'absence de mesures de protection plus détaillées de la *dimension positive* de la société civile dans le nouveau Titre VIII; cette protection devrait passer, par exemple, par un mandat législatif clair ou des propositions élaborées de mesures de soutien qui aillent plus loin qu'une simple reconnaissance constitutionnelle¹⁷. D'autre part, si la dimension positive de la société civile ne semble pas avoir été suffisamment protégée par la nouvelle Constitution, il est d'autant plus surprenant que sa dimension négative et les *dangers* inverses d'oppression et d'exclusion que peut présenter la société civile¹⁸ n'aient pas été davantage développés par le Titre VIII.

La structure de cet article reflète ces deux critiques. Dans une première partie, il examine le concept de société civile et le distingue d'autres concepts et éléments constitutifs de la sphère publique et notamment de l'Etat et de la société politique. La première partie traite donc de la *nature* et des *limites* de la société civile (I). La deuxième partie aborde la question de la *relation* paradoxale entre l'Etat et la société civile et de leur besoin de renforcement mutuel dans les limites de leur indépendance, ainsi que les *responsabilités* de l'Etat vis-à-vis de la société civile (II). L'approche de cet article est par conséquent résolument *normative* voire *politique* dans la mesure où il analyse le nouveau Titre VIII de la Constitution à la lumière du concept éthique de société civile¹⁹ et propose ensuite des amendements du régime juridique existant.

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 327

I. La nature et les limites de la société civile

La nature et les limites de la société civile seront tout d'abord présentées de manière générale (A), puis ensuite dans le contexte du régime constitutionnel de la société civile (B).

A. Le concept général de société civile

Peu de concepts sont autant utilisés aujourd'hui sans pourtant être définis de manière approfondie que le concept de société civile. Il s'agit d'un concept polysémique et complexe, voire essentiellement contestable dont il existe autant de conceptions que de courants politiques²⁰.

15 Cf. Habermas, 1993 (op. cit. note 8); Young (op. cit. note 10); S. Chambers, *A Critical Theory of Civil Society* in Chambers/Kymlicka (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 90 ss.

16 Cf. Rosenblum/Post (op. cit. note 13), pp. 11-12; Walzer, 2002 (op. cit. note 1), pp. 47-48; T. Nardin, *Private and Public Roles in Civil Society* in M. Walzer (éd.), *Toward a Global Civil Society*, Providence et Oxford 1995, p. 29 ss, 30; C. Offe, *New Social Movements: Challenging the Boundaries of Institutional Politics* in (1985) 52:4 *Social Research* p. 817 ss, 818-819; C. Taylor, *Invoking Civil Society* in *Philosophical Arguments*, Cambridge Mass. 1995, p. 210 ss.

17 Cf. Habermas, 1998 (op. cit. note 8); Cohen/Arato (op. cit. note 8); Walzer (op. cit. note 12); Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 42 ss.

18 Cf. Kumar, 1993 (op. cit. note 10); Kumar, 1994 (op. cit. note 10); Walzer, 2002 (op. cit. note 1); Rosenblum/Post (op. cit. note 13).

19 Cf. A. Seligman, *The Idea of Civil Society*, Princeton 1992, p. 201 ss.

20 Cf. les essais in Rosenblum/Post (op. cit. note 13) et Chambers/Kymlicka (éd.), *Introduction in Chambers/Kymlicka (éd.), Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 1 ss.

Historiquement, l'apparition de la société civile en tant que champ social distinct de l'Etat remonte au 18^{ème} siècle et à l'émergence d'Etats souverains territorialement délimités et distincts de l'Eglise, et plus particulièrement à la séparation des sphères privée et sociale de la sphère publique²¹. Développé d'abord par les auteurs de la Renaissance écossaise, le concept est ensuite transformé, et constamment "recombiné" avec les concepts d'Etat et de marché, au fil des courants philosophiques et cela notamment par des auteurs comme Locke, Kant, Hume, Montesquieu, de Tocqueville, Hegel, Gramsci et Marx²². Réapparu à la fin du 20^{ème} siècle comme symbole de la résistance anti-totalitaire, notamment dans le contexte des révolutions sud-américaines et de l'émancipation démocratique des pays de l'Europe de l'Est²³, le concept est empreint depuis une vingtaine d'années, en

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 328

raison de l'apparition des "nouveaux mouvements sociaux²⁴", d'une nouvelle signification dans les milieux politiques et académiques des démocraties libérales occidentales²⁵. Contrairement à ce qui a lieu à l'Est, la société civile est considérée ici comme un complément nécessaire au champ politique plutôt qu'un mode de substitution de ce dernier²⁶. Le concept est devenu le symbole de la vie civique et de l'importance du lien social dans une société marquée par la diminution de l'engagement associatif²⁷ ou de ce que l'on est convenu d'appeler le *capital social*²⁸ pour des raisons liées à l'individualisme ambiant ou à l'omniprésence de l'Etat et du politique dans le champ social²⁹.

Le concept de société civile est un concept relationnel, voire même une "courroie de transmission³⁰" entre l'individu et l'Etat, qui se définit par conséquent en vertu de ses *limites*³¹. En bref, et de manière très générale, la société civile regroupe toutes les relations *sociales* et *volontaires* qui ne relèvent ni de l'Etat ou du *politique*, ni du marché

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 329

-
- 21 Cf. Taylor (op. cit. note 16), p. 210 ss. Le concept apparaît antérieurement bien sûr, mais principalement pour signifier la distinction entre l'Etat de nature et l'Etat établi par contrat social.
 - 22 Cf. sur l'histoire du concept, Seligman (op. cit. note 19); A Seligman, *Civil Society as Idea and Ideal in Chambers/Kymlicka* (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 13.
 - 23 Cf. Kumar, 1993 (op. cit. note 10); C. Bryant, Social self-organization, civility and sociology: a comment on Kumar's "Civil Society" in (1993) 44:3 *British Journal of Sociology* p. 397 ss; Kumar, 1994 (op. cit. note 10); C. Bryant, A further comment on Kumar's "civil society" in (1994) 45:3 *British Journal of Sociology* p. 497 ss.
 - 24 Cf. Offe (op. cit. note 16).
 - 25 Un des domaines d'expansion du concept de société civile est celui des relations internationales, que ce soit dans un contexte global ou européen. Cf. p.ex. J. Keane, *Global Civil Society*, Cambridge 2003; Anheier/Glasius/Kaldor (éd.), *Global Civil Society 2001*, Oxford 2001; M. Walzer (éd.), *Toward a Global Civil Society*, Providence et Oxford 1995.
 - 26 Sur ce contraste, cf. Foley/Edwards (op. cit. note 10); Rosenblum/Post (op. cit. note 13), p. 1; Walzer, 1995 (op. cit. note 1), p. 21 ss; Young (op. cit. note 10).
 - 27 Cf. R. Putnam, *Bowling Alone: America's Declining Social Capital* in (1995) 6:1 *Journal of Democracy* p. 65 ss. Cf. aussi Seligman (op. cit. note 19), p. 206; Seligman (op. cit. note 22), p. 13.
 - 28 Pour ce terme, cf. Putnam (op. cit. note 27).
 - 29 Sur le rôle des partis politiques dans cette interpénétration du civil et du politique, cf. C. Calhoun, Introduction: Habermas and the Public Sphere in C. Calhoun (éd.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge Mass. 1993, p. 1 ss, 27. Cf. aussi Cohen/Arato (op. cit. note 8), pp. 486-487.
 - 30 Cf. M. Mosher, Conclusion: Are Civil Societies the Transmission Belt of Ethical Tradition? in Chambers/Kymlicka (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 207 ss.
 - 31 Cf. Chambers (op. cit. note 15); Habermas, 1993 (op. cit. note 8); Young (op. cit. note 10). Contra: N. Fraser, *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy* in C. Calhoun (éd.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge Mass. 1993, p. 109 ss, 132 ss.

ou de l'*économique* (société bourgeoise)³², ni de la famille ou du *privé*. Contrairement à l'Etat ou au marché, les relations de la société civile ne sont pas coordonnées par le pouvoir ou l'argent (*System*), mais par la communication (*Lebenswelt*)³³; alors que le pouvoir et l'argent mettent en danger la solidarité et la justice sociales, la communication les renforce³⁴. La société civile comprend des associations au sens strict - d'où l'idée de vie associative -, mais aussi d'autres groupes sociaux, qu'ils soient formellement et juridiquement constitués ou non³⁵. Certaines de ces associations sont bénévoles, mais la plupart ont des ressources économiques propres, même si leur but n'est pas principalement lucratif³⁶. Certaines associations oeuvrent dans l'intérêt public, alors que d'autres protègent des intérêts purement privés. La caractéristique essentielle de la société civile est son pluralisme ou particularisme; le degré de vivacité du lien associatif se mesure en effet au degré d'hétérogénéité des associations et organisations représentant la diversité des relations humaines dans la société³⁷.

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 330

On ne peut pas par conséquent logiquement attendre de la société civile qu'elle se plie aux règles d'organisation de l'Etat et des services publics, ni à un mode de régulation parfaitement démocratique³⁸.

Il est utile de distinguer trois *degrés* d'associations selon leur taille: les associations primaires de type familial, sur le modèle d'une association de pêche locale, les associations secondaires ou intermédiaires, comme une association de physiothérapeutes, et les associations tertiaires ou anonymes, à l'exemple d'une association de défense des droits de l'homme³⁹. Une autre distinction a trait au *type d'activités* associatives; on peut en effet distinguer entre les associations d'allégeance (p.ex. associations d'étudiants), les associations de médiation (p.ex. associations d'automobilistes), les associations de conscientisation (p.ex. associations de locataires) et les associations de gestion⁴⁰ (p.ex. associations de défense des aveugles). Les associations de conscientisation et de gestion sont celles qui se sont le plus développées depuis la fin des années 70; leur apparition correspond notamment au recul de l'Etat-providence et à l'accroissement des délégations de tâches publiques à la société civile. Il faut aussi distinguer la société civile *privée* de la société civile *publique* ou *civique* en vertu du degré de publicité de l'engagement associatif⁴¹. Une association d'anciens collégiens, par exemple, peut être considérée comme privée, alors qu'une association de défense des locataires relève de la société civile publique.

Il convient de souligner cependant que tout ce qui n'est ni Etat, ni économie ni famille n'appartient pas nécessairement à la société civile. Il est important à cet égard de séparer la société civile publique de la *société politique*; la première n'implique pas d'interaction politique à proprement parler, alors que la seconde implique déjà un rôle et des compétences politiques⁴². La société politique est un intermédiaire

33 Cf. Habermas, 1993 (op. cit. note 8); Cohen/Arato (op. cit. note 13); Cohen (op. cit. note 32); Young (op. cit. note 10), p. 144.

34 Cohen (op. cit. note 32), p. 36.

35 Sur l'importance d'une certaine structure et organisation interne, cf. Rosenblum/Post (op. cit. note 13).

36 La jurisprudence relative aux art. 60 ss CC établit que ces formes d'associations peuvent aussi être considérées comme des associations au sens strict. A noter que beaucoup d'associations appartiennent à la société économique et politique et que la qualité d'association ne suffit pas à établir l'appartenance à la société civile.

37 Cf. Rosenblum/Post (op. cit. note 13); N. Rosenblum, Democratic Character and Community: The Logic of Congruence? in (1994) 2:1 The Journal of Political Philosophy p. 67 ss, 97; Cohen/Arato (op. cit. note 13), p. 346 sur les quatre conditions de la société civile: *pluralité*, *publicité*, *vie privée* et *légalité*.

38 Cf. Rosenblum (op. cit. note 37).

39 Cf. A. Gutmann, Freedom of Association: An Introductory Essay in A. Gutmann (éd.), *Freedom of Association*, Princeton 1998, p. 3 ss.

40 Cf. Présentation de Mme Collaud, Groupe Action Bénévole, à la Commission thématique n° 2 de la Constituante vaudoise, Annexe au procès-verbal n° 11/2.

41 Cf. Kymlicka (op. cit. note 9); Young (op. cit. note 10), p. 143.

42 Cf. Cohen (op. cit. note 32); Diamond (op. cit. note 32), p. 7.

nécessaire entre la société civile et l'Etat⁴³. Par exemple, une association de quartier appartient à la société civile (publique), alors qu'un parti politique est une association de la société politique⁴⁴. Il est crucial par conséquent de distinguer la participation politique d'un citoyen comme électeur ou votant de son engagement civil dans la désobéissance civile⁴⁵, ou encore le rôle politique de syndicats de leur fonction purement civile. Société politique et société civile publique forment ensemble la *sphère publique*, c'est-à-dire le réseau communicationnel dans lequel ont lieu différents échanges de vue et les délibérations sur des questions d'intérêt public⁴⁶. La sphère publique constitue une structure intermédiaire au sein de laquelle se rencontrent des éléments du système politique et de la société civile⁴⁷. Il est important par conséquent de ne pas confondre société civile publique et sphère publique; la première fait partie intégrante de la seconde qui est plus vaste, mais uniquement dans les cas où la société civile exprime des points de vue liés à la vie publique. A cette opposition correspond la distinction entre sphère publique *forte* et sphère publique *faible*, selon que les parties au dialogue ont un pouvoir de décision ou non⁴⁸; la première correspond à la société politique et comprend les partis politiques ou les citoyens lorsqu'ils votent ou élisent, alors que la seconde correspond à la société civile lorsqu'elle est suffisamment publique et comprend les communications de différents groupes de pression.

B. Le régime constitutionnel de la société civile

Le régime constitutionnel de la société civile sera présenté tout d'abord de manière générale (1) et ensuite dans le cadre de la Constitution fribourgeoise (2).

1. Le régime constitutionnel en général

Le paradoxe de la société civile réside dans la relation de constitution mutuelle entre société civile et Etat. Sans Etat et par conséquent sans cadre légal, la société civile ne peut se développer, se transformer et se défendre, et par conséquent renforcer l'Etat en retour⁴⁹. L'Etat ne peut par conséquent (re)constituer la société civile et bénéficier de ses avantages qu'en s'autolimitant juridiquement⁵⁰ et en reconnaissant à la société civile un espace juridique propre dans lequel elle peut se développer dans le pluralisme⁵¹. Il est utile de diviser les garanties juridiques de la société civile en deux groupes: ses garanties individuelles et ses garanties collectives. Ces deux groupes de normes se recoupent souvent; une fois la liberté d'association protégée sur le plan individuel, sa

⁴³ Cf. Cohen (op. cit. note 32), p. 38; Fraser (op. cit. note 31), p. 132 ss.

⁴⁴ Cf. Kymlicka (op. cit. note 9), p. 81; Diamond (op. cit. note 32), p. 7. Contra: T. Balmelli, Relations problématiques entre la société civile et l'Etat in Borghi/Meyer-Bisch (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Fribourg 2000, p. 55 ss qui inclut les partis politiques dans la société civile.

⁴⁵ Cf. sur la relation entre désobéissance civile et société civile, Habermas, 1998 (op. cit. note 8), p. 463; Cohen/Arato (op. cit. note 13), p. 587 s. Contra: M. Borghi, Société civile et effectivité des droits de l'homme in Borghi/Meyer-Bisch (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Fribourg 2000, p. 377 ss, 386 ss et P. Meyer-Bisch, Et si le lien politique se trouvait d'abord au niveau "meso"? Essai sur le "milieu" des responsabilités in Borghi/Meyer-Bisch (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Fribourg 2000, p. 3 ss, 4 qui associent société civile et démocratie directe.

⁴⁶ Cf. Calhoun (op. cit. note 29); Habermas, 1993 (op. cit. note 8); Habermas, 1998 (op. cit. note 8), p. 436.

⁴⁷ Habermas, 1998 (op. cit. note 8), p. 451.

⁴⁸ Cf. Fraser (op. cit. note 31), p. 134 ss.

⁴⁹ Cf. Rosenblum/Post (op. cit. note 13); Walzer (op. cit. note 12); Walzer, 2002 (op. cit. note 1). Cf. aussi Cohen/Arato (op. cit. note 13), p. 346.

⁵⁰ Cf. Cohen/Arato (op. cit. note 8).

⁵¹ Cf. Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, n. 151, 842. Cf. aussi Rosenblum/Post (op. cit. note 13), p. 8.

protection en tant que bien social devrait en principe en être renforcée⁵². Il demeure cependant que les garanties individuelles liées au bon fonctionnement de la vie associative peuvent mener à une privatisation et à un isolement de la vie associative⁵³. La (re)constitution de la société civile requiert par conséquent davantage que des *droits*; elle exige aussi des garanties collectives de la société civile en tant que telle⁵⁴.

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 333

Premièrement, les garanties *individuelles* de la société civile⁵⁵. Il s'agit principalement des garanties constitutionnelles et législatives⁵⁶ des libertés de réunion, d'association et d'expression et de leur mise en oeuvre en pratique⁵⁷. Elles ont pour but d'isoler la société civile de l'Etat et de garantir ainsi son indépendance⁵⁸. Elles existent en droit suisse depuis la fin du 19^{ème} siècle⁵⁹, tant sur le plan fédéral que cantonal. En fait, l'essentiel du régime associatif est désormais fédéral et garanti par l'art. 23 Cst. féd.⁶⁰ qui garantit la liberté d'association en général et protège tout type d'association à but idéal, d'une part, et les art. 60 ss CC qui garantissent la liberté des associations de droit privé à but non lucratif⁶¹, d'autre part. L'art. 23 Cst., comme la plupart des garanties constitutionnelles cantonales, ne fait que reproduire la teneur de l'art. 23 Cst. féd.⁶².

Deuxièmement, les garanties *collectives* de la société civile. Il s'agit principalement de garanties constitutionnelles et législatives du lien associatif en tant que tel plutôt que de ses composants individuels. Ces garanties sont encore largement absentes du paysage juridique

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 334

suisse et étrangeté de la nouvelle Constitution fédérale⁶³. Elles sont cependant essentielles en ce qu'elles entérinent l'importance politique de la société civile et la nécessité de la promouvoir en pratique, tout en la protégeant contre les abus qu'entraîne son isolement. En ce sens, le Titre VIII de la nouvelle Constitution cantonale est une innovation d'importance, qui survient peu après la garantie de la vie associative et du rôle des associations dans la vie publique par la Constitution vaudoise.

2. Le régime constitutionnel fribourgeois

Dans cette section, il s'agira tout d'abord d'analyser et de critiquer le régime constitutionnel fribourgeois (a) et ensuite de proposer d'éventuels amendements (b).

a) Analyse et critique

⁵³ Cf. Walzer (op. cit. note 12), pp. 124-125; Habermas, 1998 (op. cit. note 8), p. 447.

⁵⁴ Cf. Habermas, 1993 (op. cit. note 8); Cohen/Arato (op. cit. note 8); Seligman (op. cit. note 22).

⁵⁵ Sur cette notion, cf. Habermas, 1998 (op. cit. note 8), pp. 445-446. Bien sûr, la liberté d'association est exercée par une personne *avec* d'autres et, en ce sens, il s'agit d'un droit de nature collective. Ce qu'il faut entendre par une garantie collective par opposition à une garantie individuelle relève cependant non pas de la nature des droits en cause, mais de l'opposition entre droits et biens collectifs.

⁵⁶ Sur la complémentarité entre droits ordinaire et constitutionnel, cf. Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 146-152; Walzer (op. cit. note 12), pp. 124-125.

⁵⁷ Cf. p.ex. Rosenblum/Post (op. cit. note 13). Cf. aussi Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 842.

⁵⁸ Cf. Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 842.

⁵⁹ Cf. Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 846-848.

⁶⁰ Cf. à ce sujet, J.P. Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, Bern 1999; G. Malinverni, Art. 56, *Commentaire de la Constitution fédérale du 28 mai 1874*, Bâle 1986; C. Rohner, Art. 23 in Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich 2002, n. 9.

⁶¹ Cf. à ce sujet, Riemer (op. cit. note 11); S. Besson, Liberté d'association et égalité de traitement: une dialectique difficile. Etude comparative des modèles théoriques américain et suisse in *Revue de droit suisse* 2001, p. 43 ss.

⁶² Cf. Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 850; Manfrini (op. cit. note 52), n. 7.

⁶³ Cf. Malinverni (op. cit. note 60), n. 5 sur l'importance des partis politiques notamment et l'insuffisance de la protection octroyée par l'art. 56 aCst. féd. et *a fortiori* par l'art. 23 Cst. féd.

Le régime constitutionnel de la société civile fribourgeoise consiste en trois articles regroupés sous le Titre VIII *Société civile*⁶⁴. Les art. 137 à 139 rassemblent trois idées principales: le soutien des organisations de la société civile, des associations et du bénévolat (art. 137 al. 1 et 138), la promotion du civisme (art. 137 al. 2) et le soutien des partis politiques (art. 139).

Même si ces différents types de soutien et principes sont liés en ce qu'ils relèvent tous de la sphère publique, il aurait fallu faire ressortir plus clairement les différences entre société civile privée et société

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 335

civile publique, d'une part, et entre société civile et société politique, d'autre part. Premièrement, même s'il est utile de distinguer les organisations de la *société civile* en général du groupe plus restreint des associations⁶⁵ et notamment des associations bénévoles, il y a une certaine redondance entre l'art. 137 al. 1 et l'art. 138 quant au soutien qui leur est accordé. Deuxièmement, la promotion du *civisme*⁶⁶ ne devrait pas être liée uniquement à la société civile. Même si le civisme peut être encouragé indirectement grâce la société civile, la société civile ne promeut pas nécessairement les vertus civiques requises par l'Etat⁶⁷ et ne devrait pas être appelée à le faire en vertu du pluralisme qui la caractérise⁶⁸. De plus, le civisme devrait aussi être directement promu par l'Etat dans le champ politique et notamment dans le contexte éducatif⁶⁹. Finalement, les *partis politiques* n'appartiennent pas à la société civile au sens strict, mais à la société politique, ce qui ne correspond pas au Titre VIII.

b) Propositions d'amendement

La structure des dispositions correspondantes de la nouvelle Constitution vaudoise est davantage conforme à la nature de la société civile et à sa délimitation du champ politique. Les art. 70, 85 et 86 Cst. VD sont

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 336

divisés en deux groupes selon qu'ils protègent la *vie associative* et le *bénévolat* (société civile privée) ou la *vie publique* (société civile publique et société politique, soit l'ensemble de la sphère publique)⁷⁰.

⁶⁵ Il n'est pas clair cependant si ces associations sont les associations au sens large de l'art. 23 Cst. féd. ou les associations au sens plus restreint des art. 60 ss CC. La deuxième variante est clairement privilégiée par le Rapport final de la Commission thématique n° 8, Décembre 2001 (<http://www.fr.ch/constituante/>), p. 10.

⁶⁶ A noter que la distinction entre "civisme" et "citoyenneté" n'est pas des plus utiles, en ce que le civisme est une vertu et la citoyenneté un statut ou une qualité de membre. Cf. les débats entourant l'examen des Titres V et Vbis, BOC 2003, p. 392.

⁶⁷ Cf. Young (op. cit. note 10); N. Rosenblum, *Feminist Perspectives on Civil Society and Government* in Rosenblum/Post (éd.), *Civil Society and Government*, Princeton 2002, p. 151 ss; Rosenblum (op. cit. note 37); A. Philipps, *Does Feminism Need a Conception of Civil Society* in Chambers/Kymlicka (éd.), *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton 2002, p. 71 ss; Walzer, 2002 (op. cit. note 1).

⁶⁸ Cf. Gutmann (op. cit. note 39), p. 13; Rosenblum (op. cit. note 37); Young (op. cit. note 10); Chambers/Kymlicka (op. cit. note 20); Rosenblum/Post (op. cit. note 13).

⁶⁹ Cf. le Rapport de consultation du Conseil d'Etat (<http://www.fr.ch/constituante/>), p. 62. A noter que la promotion du civisme faisait initialement partie du Titre II sur les droits fondamentaux.

⁷⁰ Titre III *Tâches et responsabilité de l'Etat et des communes* - Chapitre 9 *Vie associative et bénévolat* Art. 70 - 1 L'Etat et les communes prennent en considération le rôle de la vie associative et reconnaissent son importance. 2 Ils peuvent accorder aux associations reconnues un soutien pour leurs activités d'intérêt général. 3 Ils peuvent leur déléguer des tâches dans le cadre de contrats de partenariat. 4 Ils facilitent le bénévolat et la formation des bénévoles. Titre IV: *Le peuple* - Chapitre 4: *Participation à la vie publique* Art. 85 *Formation civique et commission de jeunes* - 1 L'Etat et les communes préparent les enfants et les jeunes à la citoyenneté en assurant leur formation civique et en favorisant diverses formes d'expériences participatives. 2 L'Etat met en place une commission de jeunes. Art. 86 *Partis politiques et associations* - 1 Les partis politiques et les associations contribuent à former l'opinion et la volonté publiques. 2 Ils sont consultés par l'Etat et les communes sur les objets qui les concernent. 3 Les partis veillent à la mise en oeuvre du principe de la représentation équilibrée entre femmes et hommes.

Même s'ils ne sont pas expressément désignés par le terme générique de société civile, la *vie associative* et le *bénévolat* sont protégés par le Chapitre 9 du Titre III et son article unique, l'art. 70; cette disposition protège les associations au sens strict tout comme d'autres groupements de la société civile privée. Quant à la *formation civique*, elle est garantie par l'art. 85 qui appartient à un autre titre, le Titre IV régissant le *peuple*, et qui figure au Chapitre 4 sur la *participation à la vie publique*; il s'agit par conséquent d'une tâche liée à la protection de la société politique plutôt que de la société civile. Finalement, les *partis politiques* sont protégés par l'art. 86 du même chapitre. Cela implique la reconnaissance claire de leur appartenance à la société politique et leur rôle dans la sphère publique plus largement. Il est intéressant de remarquer que l'art. 86 protège aussi le rôle des associations dans le contexte de la formation de la volonté publique dans la sphère publique et distingue par conséquent la société civile publique de la société civile privée protégée par l'art. 70.

Mis à part la référence expresse à la société civile dans le Titre VIII qu'il convient de saluer, il est regrettable que la nouvelle Constitution fribourgeoise n'ait pas suivi le modèle vaudois de plus près sur cette question. Une autre solution aurait été de garder l'unité des trois

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 337

articles du Titre VIII, mais sous le titre de *sphère publique*⁷¹ et en y distinguant clairement la société civile (associations et autres organisations de la société civile privée et publique) de la société politique (partis politiques et autres organisations de la société politique). Outre celui de la clarté, cette approche aurait eu le mérite de mettre en avant et de mieux protéger ce qui constitue l'essence de la vie associative privée et notamment du bénévolat, d'une part, et de la vie publique et notamment du rôle des partis politiques, d'autre part.

II. La relation entre la société civile et l'Etat

Il s'agit dans cette deuxième partie d'aborder la question de la *relation* paradoxale entre l'Etat et la société civile et de leur besoin de renforcement mutuel dans les limites de leur indépendance, ainsi que les *responsabilités* de l'Etat vis-à-vis de la société civile. Ces responsabilités sont à la fois positives et négatives⁷² et correspondent aux dimensions offensives et défensives de la société civile⁷³. La première section traite des avantages de la société civile et des moyens de la promouvoir plus activement (A). Dans une seconde section, il s'agira d'examiner les dangers de la société civile et les moyens de limiter ses effets négatifs (B).

A. Les avantages et la promotion de la société civile

Dans cette section, il s'agit tout d'abord de présenter les principaux avantages de la société civile dans un Etat démocratique (1), puis ensuite de considérer différentes mesures de promotion de ces avantages (2).

1. Les principaux avantages

L'évaluation des avantages de la vie associative est rendue difficile par la superposition des valeurs *individuelles* et *collectives* de la société

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 338

civile. L'individu et les libertés individuelles ne sont rien sans la société et la possibilité d'association, mais l'exercice de la liberté d'association acquiert rapidement une plus-value collective ou civique dans la mesure où le groupe lui-même bénéficie de la vie associative⁷⁴.

⁷¹ Il est intéressant à cet égard de remarquer que le Titre III, prédécesseur du Titre VIII, s'intitulait *Organismes paraétatiques* jusqu'à la lecture "0".

⁷² Cf. Rosenblum/Post (op. cit. note 13), p. 8; Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 47.

⁷³ Sur ces deux dimensions, cf. Cohen/Arato (op. cit. note 8), p. 500 ss; Young (op. cit. note 10).

⁷⁴ Cf. Auer, 1986 (op. cit. note 52); Auer, 1993 (op. cit. note 52); Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 143-145; Manfrini (op. cit. note 52), n. 2.

La valeur civique de la société civile est moins évidente à déterminer que sa valeur individuelle. Elle est notamment plus empirique que sa valeur individuelle; elle repose en effet sur l'impact des valeurs individuelles sur la démocratie et la vie publique⁷⁵. En bref, la valeur collective de la société civile comporte trois dimensions. Premièrement, la société civile constitue le premier niveau d'association civique et donc de sensibilisation à l'intérêt commun; ce premier niveau est nécessaire pour engendrer par la suite des vertus civiques et une conscience politique⁷⁶. Deuxièmement, la société civile et le pluralisme qui la caractérise renforcent la démocratie par la contestation et la délibération, et plus généralement l'encouragement à la communication⁷⁷. Finalement, la société civile peut jouer un rôle de coordination et de protection sociale dans un contexte où l'Etat abandonne progressivement ses fonctions⁷⁸.

Il faut remarquer cependant que toutes les associations ou organisations de la société civile ne présentent pas ces avantages⁷⁹. La société civile publique sera la plus à même d'assurer ces effets bénéfiques, même si ce ne sera pas nécessairement le cas; tous les intérêts ne sont pas toujours représentés de manière égale dans la société civile, ni même défendus de manière conforme aux exigences publiques⁸⁰. Par ailleurs, certaines associations de la société civile privée

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 339

peuvent même avoir des effets néfastes sur les vertus civiques⁸¹, et cela indépendamment de leur nature juridique et notamment de leur qualité d'association au sens strict⁸². La société civile n'est donc pas garante du civisme et de la démocratie, mais elle peut leur être favorable et est dans tous les cas nécessaire à leur développement⁸³.

2. *Quelques mesures de promotion*

C'est le *paradoxe* de la société civile que de requérir une protection politique et juridique positive, tout en conservant une certaine autonomie afin de pouvoir questionner et soutenir l'Etat démocratique en retour⁸⁴. A cet égard, il est important de réaliser que la protection effective de la société civile implique davantage que de simples garanties *constitutionnelles* de la société civile en tant que phénomène collectif. La (re)constitution de la société civile requiert des réformes politiques en profondeur et ces réformes exigent par conséquent une certaine autolimitation de l'Etat dans son intérêt à long terme⁸⁵.

Ces mesures de promotion passent d'abord par un *mandat législatif* ou *exécutif* donnant lieu à des mesures législatives ou exécutives de soutien actif de la société civile. Aucun mandat exprès quant à la nécessité de ce soutien ni quant à sa forme ne figure cependant aux art. 137 al. 1 et 138 al. 1; ils reconnaissent certes l'importance de la vie

⁷⁵ Cf. Gutmann (op. cit. note 39), p. 18.

⁷⁶ Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1), pp. 37-39; Shils (op. cit. note 32), p. 11 ss; Putnam (op. cit. note 27), p. 67.

⁷⁷ Cf. Diamond (op. cit. note 32), p. 7 ss.

⁷⁸ Cf. Gutmann (op. cit. note 39), p. 18.

⁷⁹ Cf. Young (op. cit. note 10), p. 147. C'est l'erreur de Putnam (op. cit. note 27) que de ne pas avoir réalisé cela: Foley/Edwards (op. cit. note 10); Diamond (op. cit. note 32).

⁸⁰ Cf. Walzer (op. cit. note 12), pp. 123-125; Habermas, 1993 (op. cit. note 8), pp. 453-456.

⁸¹ Cf. Kymlicka (op. cit. note 9), pp. 92-93.

⁸² En ce sens, l'apparente générosité du régime de soutien de l'art. 138 par rapport au régime de l'art. 137 al. 1 n'est pas justifiée, du moins de manière générale.

⁸³ Rosenblum/Post (op. cit. note 13), p. 19.

⁸⁴ Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 47; Walzer, 1995 (op. cit. note 1).

⁸⁵ Cf. Habermas, 1998 (op. cit. note 8), p. 447; Cohen/Arato (op. cit. note 8); Seligman (op. cit. note 22).

associative⁸⁶, mais ne mentionnent que la possibilité d'un soutien⁸⁷, même si l'art. 138 al. 2 semble rendre le soutien au bénévolat impératif. Ensuite, les *mesures de promotion* de la société civile à proprement parler peuvent prendre différentes formes de valeur très inégale. On peut mentionner les mesures de soutien général et la

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 340

délégation de tâches prévus aux art. 137 al. 1 et 138 al. 1, même s'il y en a bien d'autres. Il est important de discuter les contours des ces deux types de mesures plus précisément, puisqu'ils ne ressortent pas clairement des deux articles.

Premièrement, les différentes formes de *soutien* de la société civile. Tout d'abord, il est important de mentionner les mesures de *soutien financier*. Ces mesures peuvent être *directes* comme dans le cas de subventions ou *indirectes* comme dans le cas d'exemptions fiscales. Même si les exemptions fiscales présentent l'avantage de ne pas requérir un soutien financier direct, elles privilégient habituellement les associations les plus riches, alors que le but du soutien de l'Etat devrait être d'assurer l'égalité dans la société civile et de protéger les associations les plus faibles afin d'assurer la diversité qui fait la force de la société civile⁸⁸. Un autre type de mesure de promotion est le *soutien matériel*. Il s'agit de mesures très diverses qui vont de la fourniture de matériel, de locaux et d'infrastructure à des mesures de formation de bénévoles, par exemple.

Même si les art. 137 al. 1 et 138 ne prévoient pas expressément la possibilité d'un soutien financier, contrairement à l'art. 139, cette forme de soutien de la société civile est clairement couverte par la nouvelle Constitution. Dans le contexte du soutien financier aux associations au sens de l'art. 138 al. 1, la Commission thématique n° 8 a retenu cinq conditions non cumulatives dans ses travaux: poursuite d'un but non lucratif, accomplissement de tâches d'intérêt public, transparence dans les comptes, respect des principes démocratiques, coordination et collaboration avec d'autres associations⁸⁹. Ces conditions n'ont cependant pas été rappelées dans le texte constitutionnel ni dans un message, et il est difficile dès lors de considérer qu'elles aient force et légitimité constitutionnelle. De plus, certaines d'entre elles laissent à désirer. Premièrement, l'exigence de l'accomplissement de tâches d'intérêt public, que l'art. 137 al. 1 semble aussi prescrire en établissant la condition de *l'intérêt public suffisant*, est ambiguë. Très souvent, l'indépendance et la fonction civique de la société civile ne peuvent être assurées qu'au prix de l'absence d'une parfaite

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 341

correspondance entre les intérêts de l'Etat et ceux de la société civile⁹⁰. Quant au respect des principes démocratiques dans l'organisation des associations soutenues, deuxièmement, il s'agit d'une exigence controversée pour des raisons liées à l'absence de correspondance absolue entre les raisons de l'impact démocratique d'une association et la nature démocratique des règles selon lesquelles elle est organisée⁹¹. Un des éléments caractéristiques de la société civile est son pluralisme⁹². Il est important par conséquent de ne pas se limiter à protéger les valeurs civiques et démocratiques que les associations génèrent directement, mais au contraire de viser à protéger aussi les activités associatives qui ne protègent ces valeurs qu'indirectement et à long terme

⁸⁶ Curieusement, et contrairement à l'art. 138 al. 1, l'art. 137 al. 1, dont la sphère d'application est plus large, ne mentionne pas la reconnaissance de l'importance de la société civile.

⁸⁷ Cf. Rapport de synthèse après consultation de septembre 2003 (<http://www.fr.ch/constituante/>), p. 67.

⁸⁸ Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 43.

⁸⁹ Cf. Rapport final de la Commission thématique n° 8, Décembre 2001 (<http://www.fr.ch/constituante/>), p. 10.

⁹⁰ Cf. Gutmann (op. cit. note 39), p. 13; Rosenblum (op. cit. note 37); Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 44 ss.

⁹¹ Cf. Rosenblum (op. cit. note 37); Gutmann (op. cit. note 39), p. 13; Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 44 ss.

⁹² Cf. Rosenblum/Post (op. cit. note 13); Walzer, 2002 (op. cit. note 1).

uniquement, par la nature de leurs activités plutôt que par leur contenu ou leur organisation⁹³.

Deuxièmement, la *délégation des tâches* à la société civile. Elle est prévue par l'art. 138 al. 1 dans le contexte des associations au sens strict. Il s'agit cependant d'un concept ambigu qui n'a pas véritablement sa place dans un article sur la protection et la (re)constitution de la société civile. Le besoin de protection constitutionnelle de la société civile découle en effet en grande partie de l'assimilation progressive de la société civile par le champ politique durant les trente dernières années et la diminution de l'autonomie de la société civile qui s'ensuit⁹⁴. La société civile a un rôle central à jouer dans le contexte social, mais cette fonction doit être indépendante de la délégation formelle de tâches de l'Etat. Elle peut bien sûr être soutenue et subventionnée pour son travail social, mais elle ne devrait pas être soumise au cadre strict du contrôle d'une délégation de tâches publiques⁹⁵.

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 342

B. Les dangers et la limitation de la société civile

Dans cette section, il s'agira tout d'abord de présenter les principaux dangers de la société civile dans un Etat démocratique (1), puis de considérer les différentes mesures de limitation face à ces dangers (2).

1. Les principaux dangers

Il existe une tendance générale à considérer la société civile et la vie associative comme essentiellement positives⁹⁶. La société civile peut certes jouer un rôle extrêmement positif dans une démocratie et dans le contexte de la protection des droits fondamentaux contre l'Etat, mais elle peut aussi à son tour violer ces droits et les principes fondamentaux de la démocratie⁹⁷. En fait, nombre de ces abus sont rendus possibles par le régime juridique autonome de la société civile et notamment par la liberté d'association⁹⁸. Il est possible de classer ces dangers en deux groupes.

Premièrement, les dangers *individuels* désignent tous les risques et abus de la société civile qui menacent des droits et intérêts particuliers. Il s'agit principalement des dangers de renforcement des *discriminations*⁹⁹. Bien sûr, la société civile étant volontaire, les membres d'une association discriminatoire peuvent en principe en sortir (art. 23 al. 3 Cst. féd.). En pratique, cependant, les choses ne se déroulent pas de cette manière et la survie sociale peut dépendre de l'appartenance à des associations même discriminatoires¹⁰⁰. De plus, la liberté d'association implique le droit de s'associer, mais non pas celui de devenir membre de toute association: le revers de la liberté d'association est en effet la liberté de ne pas s'associer et par conséquent

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 343

93 Cf. Rosenblum (op. cit. note 37); N. Rosenblum, *Compelled Association: Public Standing, Self-Respect and the Dynamic of Exclusion* in A. Gutmann (éd.), *Freedom of Association*, Princeton 1998, p. 75 ss; Gutmann (op. cit. note 39), p. 31 ss.

94 Cf. Taylor (op. cit. note 16), p. 206; Habermas, 1993 (op. cit. note 8); Cohen (op. cit. note 32); Cohen/Arato (op. cit. note 8).

95 A noter que les contrats de partenariat étaient prévus par les travaux préparatoires de la Commission thématique n° 8, mais n'ont pas été retenus dans la version finale de l'art. 138 Cst.

96 Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1); Cohen/Arato (op. cit. note 13); Rosenblum (op. cit. note 67); Young (op. cit. note 10).

97 Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 46.

98 Cf. Walzer (op. cit. note 12) sur ce paradoxe de la relation entre société civile et droit constitutionnel.

99 Cf. sur le renforcement de l'exclusion de la femme par la société civile, Philipps (op. cit. note 67); Chambers (op. cit. note 15); Rosenblum (op. cit. note 67); Young (op. cit. note 10).

100 Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1), pp. 39-41; M. Walzer, *On Involuntary Association* in A. Gutmann (éd.), *Freedom of Association*, Princeton 1998, p. 64 ss.

la liberté d'exclure en s'associant¹⁰¹. Ces effets d'*exclusion* de la société civile se sont accrus avec l'extension de la délégation des tâches publiques aux associations privées.

Deuxièmement, les dangers *collectifs* désignent les risques d'abus de la vie associative perçus du point de vue du groupe ou de l'ensemble de la société. Ces dangers regroupent les menaces pour les vertus civiques et le pluralisme démocratique qui peuvent dériver d'associations créées à des fins non civiques ou non démocratiques. Dans ces cas, l'intérêt à la protection d'associations, dont les buts ne correspondent pas nécessairement à ceux de l'Etat, et cela simplement en vertu de leur caractère associatif, peut entrer en conflit avec d'autres intérêts publics dont la violation ne peut être tolérée même dans une société libérale.

2. *Quelques mesures de limitation*

Ce qui fait la spécificité de la société civile est de jouir d'une certaine autonomie nécessaire au déploiement de ses effets positifs, mais aussi potentiellement de ses effets néfastes. Cela rend toute intervention politique et juridique difficile, dans la mesure où en protégeant la société civile contre elle-même, et en protégeant les droits fondamentaux contre les associations, l'Etat risque de mettre en danger les aspects de la vie associative qui contribuent à la contestation de l'Etat et à la protection d'autres droits fondamentaux, et par conséquent à l'autonomie de l'Etat lui-même¹⁰². Il demeure qu'une société civile décente requiert un minimum d'intervention étatique destiné à la renforcer, mais aussi à la protéger contre ses propres abus et à lui assurer les conditions nécessaires à son développement¹⁰³. La logique d'une absence de correspondance totale entre les buts de la société civile et de l'Etat est donc aussi absurde que celle d'une parfaite correspondance¹⁰⁴.

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 344

La question est de déterminer comment concilier l'autonomie de la société civile, d'une part, avec son besoin de soutien et le respect des principes fondamentaux de l'Etat, d'autre part. La responsabilité de la sphère privée et sociale en cas de violation des droits et principes fondamentaux est une question relativement nouvelle qui doit impérativement être résolue à l'heure où beaucoup de tâches publiques sont déléguées à des particuliers¹⁰⁵. Ces associations ne peuvent plus se cacher derrière l'écran de la vie privée, mais elles ne peuvent pas non plus être tenues des respecter les mêmes standards constitutionnels que l'Etat, au risque sinon de vider l'autonomie associative et son pluralisme de tout sens. Ce qu'il est important de saisir cependant, c'est que cette responsabilité en cas de violation des droits et principes fondamentaux n'appartient pas uniquement à la société civile ou à l'Etat, mais qu'elle est *plurale*¹⁰⁶; tous deux portent le fardeau du respect minimal des droits fondamentaux et principes démocratiques dans leurs sphères d'autonomie. Cette responsabilisation plurale requiert un régime de limitation très délicat qui respecte l'indépendance de l'Etat *et* de la société civile¹⁰⁷. La société civile doit pouvoir réagir à une intervention abusive de l'Etat, mais l'Etat doit pouvoir conserver l'indépendance nécessaire à faire respecter ses droits et principes

¹⁰¹ Cf. Besson (op. cit. note 61) sur les effets discriminatoires de la liberté d'association. Cf. aussi Malinverni (op. cit. note 60), n. 33; Rohner (op. cit. note 60), n. 20.

¹⁰² Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1); Walzer, 1995, (op. cit. note 1); Offe (op. cit. note 16), pp. 818-819.

¹⁰³ Cf. Cohen/Arato (op. cit. note 13), p. 474, 517-563.

¹⁰⁴ Gutmann (op. cit. note 39), p. 13.

¹⁰⁵ Cf. p.ex. S. Besson, *L'égalité horizontale - L'égalité de traitement entre particuliers. Des fondements théoriques au droit privé suisse*, Fribourg 1999, dans le contexte de l'égalité de traitement. Cf. aussi Besson (op. cit. note 61).

¹⁰⁶ Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 43.

¹⁰⁷ Cf. Rosenblum/Post (op. cit. note 13), p. 11.

fondamentaux¹⁰⁸. Parmi les critères de délimitation des zones de responsabilité constitutionnelle entre la société civile et l'Etat, on peut mentionner celui de la taille et du type d'association concernée, d'une part, et celui du type d'activité en question, d'autre part¹⁰⁹.

Les art. 137 à 139 ne parlent que de reconnaissance, de soutien et d'encouragement de la société civile et de délégation de tâches à celle-ci. Ils ne contiennent aucune mention des dangers et des limites de la société civile, ni de la légitimité d'une intervention étatique pour y

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 345

remédier¹¹⁰. Le *régime juridique* de restriction des droits fondamentaux de l'art. 36 Cst. féd. s'applique aux restrictions de la liberté d'association de l'art. 23 Cst. féd. et par conséquent aux restrictions de la marge de manoeuvre des associations de l'art. 138. Plus précisément, l'art. 56 aCst. féd., prédécesseur de l'art. 23 Cst. féd., prévoyait expressément qu'étaient interdites les associations dont les buts ou les moyens présentaient un caractère illicite ou dangereux pour l'Etat. L'art. 23 Cst. féd. n'a pas repris cette formule, même si son principe s'applique encore¹¹¹. Une mesure de restriction de la liberté d'association se justifie, par exemple, lorsque le but ou les moyens qu'emploie une association sont contraires à la sécurité ou à la moralité publiques ou lorsqu'ils menacent la sécurité de l'Etat¹¹². Cette notion est cependant interprétée de manière restrictive; même la volonté de supprimer les institutions fondamentales sur lesquelles repose l'Etat, comme le fédéralisme ou les droits fondamentaux, ne suffit pas pour déclarer une association illicite, pour autant que les moyens utilisés soient licites¹¹³. Plus généralement, il faut ajouter que l'art. 35 al. 2 Cst. féd. prévoit qu'une association ou toute organisation qui assume une tâche de l'Etat est tenue de respecter les droits fondamentaux. Dans le cas de délégations formelles de tâches publiques, par conséquent, la société civile est clairement tenue de respecter les droits et principes fondamentaux protégés par l'ordre juridique suisse¹¹⁴. Dans les autres cas, l'art. 35 al. 3 Cst. féd. engage les autorités à réaliser les droits fondamentaux dans le contexte de relations privées dans la mesure du possible, ce qui implique des obligations positives de la part du législatif et de l'exécutif¹¹⁵ et d'assurer l'effet indirect des droits fondamentaux par le biais de l'interprétation judiciaire du droit associatif¹¹⁶.

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 346

Finalement, il existe d'*autres moyens* de responsabilisation de la société civile en cas d'abus. On peut mentionner, par exemple, les sanctions financières et notamment le retrait de subventions ou d'exemptions fiscales de la part de l'Etat, mais aussi de la part d'organisations de la société civile. Dans tous les cas, il est important de faire en sorte de limiter l'intervention au redressement du tort causé et, dans la mesure du possible, de laisser les structures associatives en place.

Conclusion

¹⁰⁸ Cf. Walzer, 2002 (op. cit. note 1), p. 47; Walzer, 1995 (op. cit. note 1); Nardin (op. cit. note 16), p. 30. Cf. aussi Meyer-Bisch (op. cit. note 45) et Borghi (op. cit. note 45) pour un exemple de cette circularité (non-exprimée, cependant) entre une société civile gardienne des droits de l'homme (p. 380) et une société civile elle-même victime ou responsable de violations de ces droits de l'homme (p. 384).

¹⁰⁹ Cf. Besson (op. cit. note 61) pour davantage de détails.

¹¹⁰ Cf. cependant Rapport intermédiaire de la Commission thématique n° 8 (<http://www.fr.ch/constituante/>), pt. 3.3.8.

¹¹¹ Cf. Rohner (op. cit. note 60), n. 2.

¹¹² Cf. Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 879 ss; Rohner (op. cit. note 60), n. 8 ss; Malinverni (op. cit. note 60), n. 9 ss.

¹¹³ Cf. Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 881; Müller (op. cit. note 60), p. 347.

¹¹⁴ Cf. Malinverni (op. cit. note 60), n. 22.

¹¹⁵ Cf. Auer/Malinverni/Hottelier (op. cit. note 51), n. 870.

¹¹⁶ Cf. Riemer (op. cit. note 11), n. 258 ss; Besson (op. cit. note 61).

La vie associative et la société civile sont des valeurs collectives qu'il est fondamental de protéger constitutionnellement. C'est le paradoxe de la société civile en effet que de renforcer l'Etat démocratique tout en nécessitant sa protection pour se développer et pouvoir le protéger en retour. Les garanties constitutionnelles individuelles de la liberté d'association, et plus généralement le cadre légal traditionnellement offert à la vie associative ne suffisent pas à la promouvoir ni à la protéger contre les risques qui la menacent. D'où la nécessité d'une garantie constitutionnelle de la société civile en tant que phénomène collectif. C'est maintenant chose faite dans le canton de Fribourg, même si le contenu et la structure des dispositions laissent encore à désirer. Cette reconnaissance constitutionnelle servira, je l'espère, d'exemple à d'autres cantons et, qui sait, peut-être un jour à la Confédération. Il est important cependant de réaliser qu'une simple garantie constitutionnelle ne suffira ni à protéger la société civile dans ce qu'elle apporte d'essentiel à la démocratie constitutionnelle, ni à la limiter dans ce qu'elle peut générer de négatif dans une société encore bien imparfaite. Pour assurer la qualité du développement associatif et son rôle dans la protection de la vie démocratique et des droits de l'homme, l'Etat doit s'investir davantage par des mesures législatives, mais aussi pratiques, et cela tant de manière négative que positive. Bien sûr, il s'agira de trancher des questions difficiles que pose le deuxième paradoxe de la société civile, comme celle de savoir où placer la limite de l'intervention de l'Etat dans la société civile et comment concilier l'indépendance de ces deux sphères qui ont pourtant besoin l'une de l'autre pour subsister. Mais, après avoir ouvert la boîte de Pandore et révélé le paradoxe

RFJ 2005 I p. 323 (Cahier spécial), 347

de la société civile, il n'y a plus de retour possible. La balle est maintenant dans le camp du politique, et bien sûr des citoyens fribourgeois eux-mêmes.