



Chapitre de livre

2020

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La constitution sociale

Dupont, Anne-Sylvie

How to cite

DUPONT, Anne-Sylvie. La constitution sociale. In: Verfassungsrecht der Schweiz = Droit constitutionnel suisse, vol. III. Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Ed.). Zurich : Schulthess, 2020. p. 2091–2119.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:134998>

La constitution sociale

Anne-Sylvie Dupont

I. Introduction	2091
II. Le contenu de la Constitution sociale	2092
1. Les buts sociaux	2093
2. Les normes attributives de compétences	2094
3. Les droits fondamentaux sociaux	2098
III. Concrétisations législatives et jurisprudentielles	2105
1. Le logement	2105
2. Le travail	2107
3. La sécurité sociale	2109
4. Les soins de santé	2112
5. Synthèse	2114
IV. L'État social helvétique : mythe ou réalité ?	2115

I. Introduction

Écrire sur la dimension sociale de la Constitution helvétique est une démarche qui se heurte à plusieurs écueils de taille. Premièrement, l'affirmation, à l'article 6, de la *responsabilité individuelle comme principe fondamental de l'État* s'avère peu engageante. On est d'emblée consciente, en lisant cette disposition de concert avec l'article 5a, qui postule quant à lui la subsidiarité de l'action de l'État, de ce que l'on s'apprête à traiter de l'exception, et qu'à ce titre, il s'agira de la justifier. La responsabilité individuelle, en tant que règle fondamentale, n'a, elle, pas besoin d'être justifiée ou expliquée.¹

Le deuxième écueil tient à la difficulté qu'il y a à définir l'épithète < social >. En effet, il connaît depuis quelques temps un succès grandissant dans le monde juridique, et s'est vu tour à tour accolé – au singulier ou au pluriel – à différents noms (État, droit, droits, etc.) pour former avec eux des concepts dont la définition varie en fonction de la sensibilité des commentateurs. Historiquement, l'utilisation de l'adjectif < social > pour qualifier une partie de l'activité législative est apparue en même temps que son usage en politique, pour qualifier des *mesures prises par l'État pour améliorer les conditions de vie et, plus particulièrement, les conditions matérielles des membres de la société*. Il existe un consensus pour dire que ces mesures concernent au premier chef la protection des travailleurs et la protection sociale de la population,² cette

1 Thomas Gächter, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme, REAS 2018, p. 693 ss, 697.

2 Cf. Hans Peter Tschudi, La Constitution sociale de la Suisse, Berne 1987, p. 2 s. ; Murer, in : Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 62, N. 3 ss ; Meyer-Blaser/Gächter, in : Thürer/Aubert/Müller, Verfas-

VIII.2 Constitution sociale (Dupont)

dernière incluant la santé. Avec le temps, la portée du qualificatif s'est, pour certains, restreinte dans ce sens que seules les mesures étatiques en faveur des plus démunis doivent être qualifiées de sociales,³ en même temps que, pour d'autres, cette étiquette doit également être collée sur de nouvelles préoccupations sociétales, comme la protection de l'environnement.⁴

- 3 Finalement, la valeur conférée à la Constitution dite sociale est directement influencée par les espoirs ou les désenchantements de l'époque à laquelle elle est étudiée. Elle est ainsi *tantôt projet d'avenir, tantôt coquille vide, tantôt preuve de l'humanité helvétique, tantôt mal nécessaire*. En somme, sa perception est éminemment subjective, au sein des juristes déjà, et davantage encore si l'on tient compte des vertus dont les justiciables la parent ou, au contraire, des lacunes qu'ils lui reprochent.
- 4 Pour louvoyer entre ces écueils, nous nous proposons, dans un premier temps, de décrire l'objet de la Constitution sociale dans la mesure où il existe un consensus au sein de la doctrine qui s'est exprimée à ce sujet (II). Nous étudierons ensuite la manière dont la dimension sociale de la Constitution est mise en œuvre dans la législation et la jurisprudence (III), afin de pouvoir discuter la question de savoir *si elle suffit à faire de la Suisse un État social* (IV).

II. Le contenu de la Constitution sociale

- 5 Il n'existe pas, dans la Constitution, de chapitre particulier qui regrouperait en son sein toutes les dispositions à connotation ou à vocation sociale. Le contenu de la Constitution sociale doit ainsi être délimité en procédant à la triangulation de l'objectif des règles visées, à savoir améliorer les conditions matérielles d'existence des membres de la société, de la liberté individuelle et de son corollaire, la subsidiarité de l'action de l'État.
- 6 Un consensus semble se dégager au sein de la doctrine, selon lequel les composantes de la Constitution sociale sont au nombre de trois :⁵ tout d'abord, des buts, qualifiés de sociaux, assignés conjointement à la Confédération et aux cantons (1) ; ensuite, des normes attributives de compétences, permettant à la Confédération, respectivement aux cantons, de poursuivre ces objectifs (2). Finalement, la Constitution contient également quelques droits fon-

sungsrecht, § 34, N. 4 ; *Alexandre Berenstein*, La construction de l'État social en Suisse, in : Jean-Michel Bonvin/Jean-Pierre Fragnière (éd.), *Repenser la sécurité sociale*, Lausanne 1995, p. 63 ss, 64.

3 Dans ce sens, cf. *Berenstein* (note 2), p. 64 ; *Michel Hottelier*, Constitution et droits sociaux, Rapport Suisse, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2015, p. 425 ss, N. 13.

4 Cf. *Maya Hertig Randall/Gregor T. Chatton*, Les droits sociaux en Suisse, in : Krzysztof Wojtyczek (éd.), *Social Rights as Fundamental Rights*, XIX^e Congrès international de droit comparé, La Haye 2016, p. 383 ss, 402 s. ; *Tschannen*, *Staatsrecht*, § 6, N. 32 et 38.

5 Cf. *Michel Hottelier*, La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux, *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale* 2001, p. 9 ss, 11 ss ; *Pascal Mahon/Christoph Müller*, La dimension sociale dans la Constitution fédérale, aujourd'hui et demain, *Aspects de la sécurité sociale* 1998, p. 25 ss, 26 ss ; *Tschannen*, *Staatsrecht*, § 6, N. 34 ss ; *Schweizer*, *St. Galler BV-Komm.*, Vorbem. zur Sozialverfassung, N. 36 ss.

damentaux qualifiés de sociaux (3). Volontairement, ces trois composantes ne sont pas présentées dans l'ordre où elles apparaissent dans le texte fondamental, mais en fonction de l'importance que nous leur prêtons pour la concrétisation du projet social helvétique.

1. Les buts sociaux

Sous la dénomination « buts sociaux », la Constitution contient, à son article 41, une liste d'engagements pris par la Confédération et les cantons. Selon l'analyse unanime, ces engagements *ne confèrent pas de droits subjectifs aux justiciables*, mais formulent des objectifs vers lesquels l'action étatique, singulièrement l'action législative, doit tendre, tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal.⁶ Comme pour se prémunir de toute interprétation contraire, la disposition constitutionnelle le précise d'ailleurs expressément.⁷

Les collectivités publiques – Confédération et cantons – s'engagent à poursuivre les objectifs mentionnés « en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée ». On retrouve ainsi exprimée ici l'idée de la *subsidiarité de l'action étatique*, la responsabilité individuelle demeurant la règle. Dans le contexte des buts sociaux, ce rappel pose deux questions : *premièrement*, faut-il le comprendre comme une condition dont les engagements seraient assortis ? Cette question n'est pas uniquement rhétorique : si l'on se réfère, par exemple, au premier engagement, consistant à veiller à ce que toute personne bénéficie de la sécurité sociale,⁸ on peut se demander dans quelle mesure l'État s'estimerait délié de son engagement pour le cas où les individus renonceraient à participer à leur propre sécurité sociale, par exemple en renonçant à épargner en vue de leur retraite. Cette hypothèse n'est pas une vue de l'esprit si l'on considère, d'une part, que les revenus disponibles pour ce faire pourraient à l'avenir faire défaut compte tenu de la précarisation induite, notamment, par la numérisation du monde du travail et, d'autre part, que transition générationnelle oblige, l'impératif de prévoyance pourrait ne plus imprégner les individus comme il a pu le faire par le passé.⁹ A notre sens, interpréter la réserve de la responsabilité individuelle comme une condition préalable, voire *sine qua non*, de la poursuite, par l'État, des buts mentionnés à l'art. 41 Cst. annihilerait à l'évidence leur caractère social.

Deuxièmement, le rappel de la responsabilité individuelle interpelle *lorsque les buts mentionnés servent à créer des conditions-cadre pour la population*, comme l'engagement de garantir l'accès à une formation initiale et à une formation continue correspondant aux aptitudes des

6 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 1537 s. et 1542 ; Gächter/Werder, Basler BV-Komm., Art. 41, N. 11 ; Schweizer, St. Galler BV-Komm., Vorbem. zur Sozialverfassung, N. 38 s.

7 Art. 41 al. 4 Cst. : « Aucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut être déduit directement des buts sociaux ».

8 Art. 41 al. 1 let. a Cst.

9 Cf. Anne-Sylvie Dupont, Révolution 4.0 et sécurité sociale : faut-il repenser la protection sociale et son financement ?, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (éd.), *La révolution 4.0 au travail, Une approche multidisciplinaire*, Genève etc. 2019, p. 121 ss.

justiciables. Il est difficile de voir dans quelle mesure les individus ont eux-mêmes le pouvoir de créer les infrastructures nécessaires, ou encore d'en décider les conditions d'accès.

- 10 Dans ce sens, nous comprenons la mention de la responsabilité individuelle et de la subsidiarité de l'activité étatique, alliée à la précision expresse de l'absence de droit subjectif déductible des buts sociaux – qui découle déjà de l'interprétation littérale et systématique de la Constitution – comme le *témoignage de la réticence du constituant* au moment d'imposer à l'État une attitude proactive. Cette interprétation est confortée par la précision – légistiquement superflue – que la Confédération et les cantons ne s'engagent en faveur des buts sociaux que dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles.¹⁰ Le premier élément découle déjà de l'organisation de l'État fédéral et du partage de compétences opéré par les art. 42, 43 et 43a Cst., le second du principe de l'équilibre budgétaire consacré, au niveau fédéral, à l'art. 126 al. 1 Cst. et, au niveau cantonal, en règle générale, par les constitutions cantonales.¹¹
- 11 Les engagements pris par la Confédération et les cantons concernent les domaines traditionnellement qualifiés de sociaux, comme *la santé, la sécurité sociale, le travail et le logement*. Mais ils concernent aussi des domaines plus récemment compris comme relevant de l'amélioration de la qualité de vie de la population, comme la protection des familles et de la jeunesse ainsi que la formation.
- 12 Dans tous les cas, ces buts sociaux doivent être *mis en œuvre par des lois* dont l'élaboration présente les difficultés que l'on sait dans un système alliant parlement bicaméral (au niveau fédéral) et démocratie directe. Les intentions du législateur – fédéral, cantonal ou communal – de promulguer des lois tendant à concrétiser les buts sociaux peuvent facilement être contrecarrées par une majorité qui n'adhérerait pas au projet.
- 13 Lorsque les constitutions cantonales contiennent des buts sociaux,¹² les mêmes réserves peuvent être formulées à leur égard.

2. Les normes attributives de compétences

- 14 Dans le système fédéral suisse, *les cantons sont souverains en premier lieu et compétents par principe*. La Confédération, quant à elle, ne dispose que des compétences qui lui sont expressément attribuées par la Constitution.¹³ Selon cette dernière, seules les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération doivent lui être transférées.¹⁴

¹⁰ Cf. art. 41 al. 3 Cst.

¹¹ Cf. par exemple art. 164 al. 1 Cst. VD ; art. 25 al. 1 Cst. VS ; art. 89 al. 1 Cst. TG.

¹² Cf. par exemple art. 19 Cst. ZH ; art. 30 Cst. BE ; art. 3 Cst. FR ; art. 22 Cst. SO. Sur la question des droits sociaux cantonaux, cf. N. 31.

¹³ Art. 42 al. 1 Cst.

¹⁴ Art. 43a al. 1 Cst.

Dans les domaines d'action qui ont été définis ci-dessus – à savoir la santé, la sécurité sociale, le travail, le logement, la protection des familles et de la jeunesse ainsi que la formation, *la Confédération ne dispose pas toujours de compétences correspondantes*. Lorsqu'elle s'en voit attribuer, elle doit composer avec le fait qu'il s'agit rarement de compétences globales ou exclusives. 15

En matière de soins de santé, par exemple, la Confédération ne se voit attribuer de compétences que dans des domaines ponctuels, comme la prévention,¹⁵ la recherche sur l'être humain,¹⁶ la procréation médicalement assistée et le génie génétique dans le domaine humain¹⁷ ou encore en matière de la transplantation.¹⁸ Le mandat général d'approvisionnement en soins demeure, quant à lui, confié aux cantons,¹⁹ qui doivent veiller à ce que chacun ait accès à des soins médicaux de base suffisants et de qualité, la tâche de la Confédération se limitant, dans ce cadre, à légiférer sur la formation des médecins, sur les conditions d'exercice de cette profession ainsi que sur la rémunération des médecins de famille. 16

En revanche, *la Confédération est compétente pour légiférer en matière de financement des soins*, 17 cette question relevant, dans la conception helvétique, des assurances sociales. Or, précisément, les art. 111 à 114, 116 et 117 Cst. transfèrent à la Confédération la compétence de légiférer dans différents domaines de la protection sociale, dont, pour la thématique qui nous occupe, l'assurance-maladie et l'assurance-accidents principalement.²⁰

Pour autant, *la Confédération ne dispose pas d'une compétence générale en matière de sécurité sociale*. 18 Pour des raisons historiques, la protection sociale en Suisse n'a pas été conçue d'un seul tenant, mais au fil de l'évolution des idées et des nécessités socio-économiques.²¹ Ainsi, dans la seconde moitié du 19^e siècle, bien avant que la Confédération ne soit dotée des compétences nécessaires, les villes avaient déjà développé des réglementations protectrices en faveur des travailleurs.²² La Confédération, quant à elle, a été progressivement créditée de compé-

15 Art. 118 Cst.

16 Art. 118b Cst.

17 Art. 119 Cst.

18 Art. 119a Cst.

19 Art. 3 et 117a Cst.

20 Art. 117 Cst.

21 Cf. *Philippe Gnaegi*, Histoire, structure et financement des assurances sociales en Suisse, 4^e éd., Zurich 2017, p. 37 ss ; *Dupont* (note 9), p. 123. Cf. également *Bernard Degen*, Assurances sociales, in : Dictionnaire historique de la Suisse, version du 30.7.2015 www.hls-dhs-dss.ch (31.1.2019).

22 Cf. www.histoiredelasecuritesociale.ch/themes/federalisme-et-cantons (31.1.2019). On peut même mentionner, dans ce contexte, la caisse de chômage imposée aux travailleurs de l'industrie de la rubannerie par les autorités bâloises à la fin du 18^e siècle, protection dont les ouvriers n'avaient pas voulu (cf. *William E. Rappard*, La révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse, Berne 1914 [nouvelle impression, Genève 2008], p. 181 s.). Cette tendance s'est poursuivie au début du 20^e siècle (cf., pour la Suisse, *Elena Cogato Lanza*, La «Genève Rouge» [1933–1936], une république internationaliste, in : Uwe Kühl [éd.], Le socialisme municipal en Europe, Munich 2001, p. 129 ss).

VIII.2 Constitution sociale (Dupont)

tences législatives dans ce domaine à partir de 1874,²³ sans bénéficier de celle de concevoir un système global de protection. Les cantons ont ainsi des possibilités d'action dans ce domaine, soit parce que les lois adoptées par la Confédération leur rétrocèdent certaines facultés,²⁴ soit parce qu'en l'absence de législation fédérale, ou en présence de législation n'épuisant pas les compétences de l'État fédéral, les cantons ont conservé la compétence de régler des points appelant, selon eux, une réponse législative. Plusieurs cantons ont ainsi créé des régimes de prestations complémentaires pour les familles à bas revenus,²⁵ ou encore des assurances perte de gain en cas de maladie en faveur des chômeuses et des chômeurs.²⁶ Finalement, l'assistance des personnes dans le besoin reste exclusivement du ressort des cantons, la Confédération n'ayant pas fait usage des compétences résiduelles que lui octroie la seconde phrase de l'art. 115 Cst. dans ce contexte-là.

- 19 *En matière de travail*, par quoi il faut entendre de travail salarié,²⁷ la Confédération a reçu la compétence de légiférer en matière de droit public du travail, singulièrement en matière de protection des travailleurs,²⁸ compétence dont elle a fait usage en édictant notamment la loi sur le travail.²⁹ À cet égard, il faut relever la formulation potestative de l'art. 110 Cst., qui ne fait nullement obstacle à l'abrogation de cette loi.³⁰ Forte de sa compétence générale en matière de droit privé,³¹ la Confédération a par ailleurs légiféré en matière de droit privé du travail, en encadrant les modalités du contrat de travail dans le Code des obligations.³² Là encore, la formulation du mandat constitutionnel, qui n'impose pas d'activité législative dans ce domaine, se révèle peu protectrice. Si l'existence de compétences cantonales rési-

23 La Confédération a reçu cette année-là la compétence de légiférer sur les fabriques, afin notamment de protéger les ouvriers qui y travaillaient.

24 En matière d'allocations familiales, cf. art. 3 al. 2 de la LF du 24.3.2006 sur les allocations familiales (LAFam ; RS 836.2). En matière de congé maternité, cf. art. 16h LAPG.

25 Vaud, Genève, Soleure et Tessin. Dans le canton de Vaud, il s'agit d'un véritable régime cantonal d'assurances sociales, des cotisations étant prélevées paritairement auprès des employeurs et des employés, ainsi qu'auprès des personnes de condition indépendante (cf. loi du 23.11.2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour la famille et les prestations cantonales de la rente-pont [LPCFam VD ; BLV 550.053]). Dans le canton de Genève, il s'agit d'un mécanisme apparenté à l'aide sociale, financé par les deniers publics (cf. art. 36a ss de la loi du 25.10.1968 sur les prestations complémentaires cantonales [LPCC GE ; RS/GE J 4 25]).

26 Il s'agit des cantons de Genève et de Vaud. Pour Genève, cf. art. 8 ss de la loi du 11.11.1983 en matière de chômage (RS/GE J 2 20) ; pour Vaud, cf. art. 19a ss de la loi du 5.7.2005 sur l'emploi (BLV 822.11).

27 *Aubert/Mahon*, in : Petit commentaire, Art. 110, N. 9.

28 Art. 110 Cst.

29 LTr ; Pour une histoire de la norme constitutionnelle et de la législation prise sur cette base, cf. *Aubert/Mahon*, in : Petit commentaire, Art. 110, N. 3 ss. Cf. également N. 45 ss.

30 *Aubert/Mahon*, in : Petit commentaire, Art. 110, N. 11.

31 Art. 122 al. 1 Cst.

32 Art. 319 ss CO. Cf. N. 46.

duelles est en principe admise,³³ leur étendue a fait l'objet de discussions jurisprudentielles, notamment dans le contexte de la fixation d'un salaire minimum au niveau cantonal.³⁴

Dans le domaine du logement, la Confédération a reçu la compétence de prendre différentes mesures d'encouragement pour favoriser la création de logements et l'accès à la propriété du logement familial.³⁵ La Confédération a par ailleurs la compétence – impérative³⁶ – de légiférer sur des questions spécifiques en matière de baux à loyer, par exemple sur les loyers abusifs ou encore sur l'annulabilité des congés abusifs. De fait, se fondant sur cette compétence et sur la compétence générale qui lui est conférée en matière de droit civil,³⁷ le législateur a édicté, dans le cadre du Code des obligations, une législation très complète et protectrice en matière de contrat de bail.³⁸ Notons que le contrôle des loyers peut aussi intervenir par le biais de règles de droit public, tant fédéral que cantonal, notamment pour les logements dont le financement fait l'objet d'une aide des pouvoirs publics.³⁹

En matière de formation, les seules compétences exclusives de la Confédération concernent la gestion des deux hautes écoles polytechniques fédérales⁴⁰ et d'une école de sport⁴¹. L'instruction publique demeure, quant à elle, du ressort des cantons.⁴² La Confédération et les cantons doivent collaborer pour favoriser la formation en Suisse, la contribution de l'État fédéral se limitant le plus souvent à des mesures d'encouragement.⁴³ En matière d'instruction publique, la Confédération dispose d'une compétence harmonisatrice pour le cas où les cantons ne parviendraient pas à s'entendre sur certaines modalités de la scolarité obligatoire,⁴⁴ faculté dont elle n'a pas eu à faire usage à ce jour.

Quant à la protection des jeunes et des familles, les compétences de la Confédération sont embryonnaires, et souvent périphériques. Dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés en matière d'allocations familiales, il est précisé qu'elle « peut soutenir les mesures destinées à

33 Notamment en tant que mesures dites sociales ou de politique sociale : ATF 143 I 403 consid. 5.2 et 5.4 p. 407 s.

34 ATF 143 I 403 consid. 7 p. 418 ss (Neuchâtel) ; Arrêt du TF 1C.470/2016 du 10.3.2017 (Jura) ; Arrêt du TF 1C.357/2009 du 8.4.2010 (Genève).

35 Art. 108 Cst. Sur les compétences résiduelles des cantons, cf. *Alvarez*, St. Galler BV-Komm., Art. 108, N. 13.

36 *Aubert/Mahon*, in : Petit commentaire, Art. 109, N. 6.

37 Art. 122 al. 1 Cst.

38 Pour un aperçu historique de la protection des locataires, cf. *Aubert/Mahon*, in : Petit commentaire, Art. 109, N. 2.

39 *Aubert/Mahon*, in : Petit commentaire, Art. 109, N. 9.

40 Art. 63a al. 1 Cst.

41 Art. 68 al. 2 Cst.

42 Art. 62 Cst.

43 Cf. art. 64 Cst. (encouragement de la recherche), art. 64a Cst. (encouragement de la formation continue), art. 67a Cst. (encouragement de la formation musicale) ou encore art. 68 Cst. (encouragement de la formation au sport).

44 Art. 62 al. 2 et 4 Cst.

protéger la famille ». ⁴⁵ Dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement, elle doit prendre en considération, notamment, les intérêts des familles, ⁴⁶ tout comme elle doit veiller à leur protection dans le contexte du recours au génie génétique dans le domaine humain. ⁴⁷ Les besoins de développement et de protection propres aux enfants et aux jeunes doivent être pris en considération, d'une manière générale, dans l'accomplissement de leurs tâches par la Confédération et les cantons. ⁴⁸

- 23 Si l'on confronte ce rapide panorama aux buts sociaux énoncés à l'art. 41 Cst., l'on constate que les compétences nécessaires à leur réalisation sont réparties entre les cantons et la Confédération, *cette dernière n'ayant pas de compétence générale lui permettant d'établir, dans les domaines ressortissant à la Constitution sociale, un programme politique et législatif d'un seul tenant*. L'on remarque ensuite que là où la Confédération s'est vu reconnaître des compétences, ces dernières sont le plus souvent souples, voire potestatives, les obligations se limitant à un encouragement. La protection des locataires fait exception : dans ce contexte, la Confédération a l'obligation de légiférer sur des questions précises. Il en résulte une législation serrée, dont l'abrogation n'est pas à redouter. ⁴⁹
- 24 Dans les autres domaines, la marge de manœuvre, tant de la Confédération que des cantons, reste très large, de sorte qu'il est difficile de distinguer dans les normes attributives de compétences un signal clair en faveur d'un véritable programme social. En matière de sécurité sociale, l'exemple de l'assurance-maladie est particulièrement révélateur à cet égard ; l'art. 117 Cst. commande en effet à la Confédération de légiférer en matière d'assurance-maladie. Il lui permet ensuite de déclarer cette assurance obligatoire, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes. Sur cette base, le législateur a adopté, en 1994, une loi protégeant l'ensemble de la population. ⁵⁰ Une révision législative abrogeant l'assurance-maladie que nous connaissons aujourd'hui, ne prévoyant plus qu'une couverture facultative ou alors une couverture obligatoire exclusivement réservées à certaines catégories de la population – par exemple les personnes âgées – ne violerait en rien le mandat constitutionnel.

3. Les droits fondamentaux sociaux

- 25 A côté des buts sociaux et des normes attributives de compétences, la Constitution fédérale reconnaît, au chapitre des droits fondamentaux, quelques garanties qualifiées de sociales. Cette qualification demeure sensible, en tout premier lieu parce que les droits fondamentaux sociaux ne font pas l'objet d'une définition univoque. ⁵¹

⁴⁵ Art. 116 al. 1 Cst.

⁴⁶ Art. 108 al. 4 Cst.

⁴⁷ Art. 119 al. 2 Cst.

⁴⁸ Art. 67 al. 1 Cst.

⁴⁹ Cf. N. 43 s.

⁵⁰ Il s'agit de la LF du 18.3.1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10).

⁵¹ Hottelier (note 3), N. 8 ; Hertig Randall/Chatton (note 4), p. 385.

En droit constitutionnel suisse, la doctrine s'accorde néanmoins sur les caractéristiques que revêtent ces garanties. En premier lieu, il s'agit bien de droits. Les droits sociaux représentent ainsi l'une des quatre catégories de droits fondamentaux, à côté des libertés, des garanties de l'État de droit et des droits politiques.⁵² Cela signifie qu'ils sont justiciables et peuvent obliger l'État à une prestation positive,⁵³ cette seconde condition n'ayant pas, selon nous, de caractère *sine qua non*.⁵⁴ Il se caractérisent avant tout par leur finalité, qui tend à compenser, éventuellement à corriger, dans la mesure du possible, les inégalités existant entre certaines catégories de la population.⁵⁵ Dans ce sens, les droits sociaux s'inscrivent dans la perspective des objectifs assignés à la Confédération, singulièrement celui de veiller à garantir une égalité des chances aussi grande que possible.⁵⁶ D'un point de vue personnel, ils s'adressent à toutes les personnes se trouvant ou susceptibles de se trouver désavantagées ou fragilisées, temporairement ou durablement. Ce désavantage doit se comprendre par référence à la règle de l'autonomie individuelle, postulée par l'art. 6 Cst., cette notion devant être interprétée largement.⁵⁷ D'un point de vue matériel, les droits sociaux visent la protection des besoins sociaux élémentaires.⁵⁸

Si l'on recense, dans le chapitre de la Constitution consacré aux droits fondamentaux, les garanties revêtant ces caractéristiques, l'énumération est assez brève : on trouve, en premier lieu, le *droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse*.⁵⁹ Derrière ce que les justiciables perçoivent parfois comme l'expression d'un idéal humanitaire absolu se cache en réalité la promesse d'une protection minimale, temporaire et, dans tous les cas, subsidiaire à celle qui peut être fournie par les autres institutions sociales.⁶⁰ Ni le contenu de l'aide qui doit être fournie par l'État, ni son ampleur, ne sont décrits dans la Constitution, et ces éléments doivent être concrétisés par le législateur,⁶¹ cas échéant par les tribunaux ;⁶² ils dépendent alors de la situation individuelle de la personne se trouvant dans une situation de détresse,⁶³ et peuvent intervenir non seulement sous forme de prestations financières, mais aussi de pres-

52 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 5 ss.

53 Mahon, Droit constitutionnel II, N. 195 ; Hottelier (note 3), N. 39 ; Hottelier (note 5), p. 12 ; Schweizer, St. Galler BV-Komm., Vorbem. Zur Sozialverfassung, N. 42 ; Jörg Paul Müller, Sozialgrundrechte in der Verfassung ?, 2^e éd., Bâle 1981, p. 172.

54 Apparemment dans le même sens, Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 26 s. Cf. également N. 1526. Contra : Mahon, Droit constitutionnel II, N. 195.

55 Hottelier (note 3), N. 12 ; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 28.

56 Art. 2 al. 3 Cst.

57 Cf. N. 1.

58 Hottelier (note 3), N. 13 ; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 26 et 28.

59 Art. 12 Cst.

60 Mahon, Droit constitutionnel II, N. 197.

61 Cf. Kathrin Amstutz, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, thèse 2001, Berne 2002, p. 179 s.

62 Voir en particulier ATF 121 I 367 consid. 2a-c p. 370-373.

63 Mahon, Droit constitutionnel II, N. 197.

tations en nature, comme un hébergement d'urgence ou des soins de santé.⁶⁴ Les causes à l'origine de la situation de détresse, de même que le statut administratif de la personne concernée, n'ont en revanche pas à être prises en considération, sous peine de menacer l'essence même de ce droit.

- 28 Cette garantie est complétée par celle de la *protection de la dignité humaine*,⁶⁵ qui exprime davantage une valeur fondamentale de l'État de droit⁶⁶ et dont les effets protecteurs ne se déploient pleinement que du moment que les autres garanties, spécifiques, ont atteint leurs limites. Il est ainsi admis que la protection de la dignité humaine englobe, par exemple, le droit à une sépulture décente, autrefois explicitement prévu dans la Constitution de 1874.⁶⁷
- 29 *Le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit*⁶⁸ est également qualifié par la doctrine de droit fondamental social, de même que le *droit à l'assistance judiciaire gratuite* en cas de nécessité.⁶⁹ Certains auteurs mentionnent, parmi les droits fondamentaux sociaux, le *droit de grève* garanti, à certaines conditions, dans le cadre de la liberté syndicale.⁷⁰ Cette qualification mérite d'être débattue, car si le droit de grève et, d'ailleurs, la liberté syndicale, s'inscrivent effectivement dans un contexte qui, d'une part, relève des buts sociaux énumérés à l'art. 41 Cst. et qui, d'autre part, implique un rapport de force inégalitaire entre le patronat d'un côté et les travailleurs de l'autre, ils ne contraignent pas l'État à fournir une prestation positive, critère retenu par une partie de la doctrine pour qualifier les droits sociaux.⁷¹
- 30 La même question se pose au sujet du droit à l'*égalité entre femmes et hommes*, garanti à l'art. 8 al. 3 Cst., en particulier l'*égalité salariale*. Il s'agit là aussi d'un domaine dans lequel il existe, de fait, une situation de déséquilibre, que l'État se doit de corriger.⁷² En quelque sorte, en matière d'égalité, l'État est contraint à fournir une prestation positive, puisqu'il doit, par voie législative, activement pourvoir « à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail ». Il en va de même pour le *droit à l'égalité invoqué par les personnes en situation de handicap*,⁷³ le législateur ayant là aussi, de par la Constitution, une obligation d'agir dans un sens déterminé. À notre sens, le fait que, dans le cas du droit de grève, l'État soit contraint à une obligation négative, et que la concrétisation de l'égalité salariale entre femmes et hommes, ou encore de l'égalité revendiquée par les person-

64 Mahon, Droit constitutionnel II, N. 197.

65 Art. 7 Cst.

66 Mahon, Droit constitutionnel II, N. 43.

67 Mahon, Droit constitutionnel II, N. 43 ; Hottelier (note 3), N. 44.

68 Art. 19 Cst.

69 Art. 29 al. 3 Cst. ; Mahon, Droit constitutionnel II, N. 202 ; Hottelier (note 3), N. 428 ; Hottelier (note 5), p. 16 s. ; Hertig Randall/Chatton (note 4), p. 400 ; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 1571 ss.

70 Art. 28 al. 3 Cst. Cf. Hottelier (note 3), N. 15 ; Hottelier (note 5), p. 17 s ; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 26.

71 Cf. notamment Mahon, Droit constitutionnel II, N. 195.

72 Cf. art. 2 al. 3 Cst.

73 Cf. art. 8 al. 2 et 4 Cst.

nes en situation de handicap, implique un acte législatif qui impose des obligations non seulement aux collectivités publiques, mais aussi aux particuliers, ne les prive nullement de la qualité de droit fondamental social. Doit ici prévaloir la finalité de ces droits, qui visent à protéger des individus possiblement en situation d'infériorité, et à protéger des besoins sociaux élémentaires, comme l'accès aux services de base, l'accès à l'emploi et à un revenu décent. Sur ce dernier point, notons que le droit à l'égalité salariale a vocation à s'appliquer aux personnes à hauts revenus également, ce qui peut, nous le concédons, remettre en cause notre qualification.

Les constitutions cantonales contiennent également des chapitres consacrés aux garanties fondamentales. Il n'est pas rare qu'elles reprennent tout ou partie des droits et libertés énoncés dans la Constitution fédérale. Si tel est le cas, ces dispositions constitutionnelles cantonales n'ont de portée propre que dans la mesure où leur contenu, d'un point de vue matériel, s'avère plus étendu.⁷⁴ Parfois, elles consacrent des droits qui sont inconnus de la Constitution fédérale ; en matière de droits sociaux, il s'agit, le plus fréquemment, du droit au logement, à tout le moins à un logement d'urgence,⁷⁵ ou encore du droit des enfants et des jeunes à bénéficier d'une protection particulière.⁷⁶ La Constitution fribourgeoise, dans un chapitre expressément intitulé « droits sociaux »,⁷⁷ prévoit des droits particuliers en cas de maternité, notamment le droit à la sécurité matérielle avant et après l'accouchement, et pour les personnes âgées, qui se voient reconnaître un droit à la participation, à l'autonomie, à la qualité de vie et au respect de leur personnalité ; ces droits s'ajoutent à la protection particulière due aux enfants et aux jeunes, ainsi qu'au droit de recevoir de l'aide dans des situations de détresse. Pour des raisons tenant essentiellement à leur portée géographique limitée (le territoire cantonal) ainsi qu'à leur formulation programmatique qui les prive de caractère directement applicable,⁷⁸ les droits constitutionnels cantonaux sont le plus souvent cantonnés dans une fonction de déclaration d'intention. Néanmoins, lorsque les normes constitutionnelles cantonales servent la protection d'intérêts individuels et sont suffisamment délimitées pour les distinguer de normes purement programmatiques, elles peuvent être directement invoquées par les justiciables, à l'instar du droit au logement consacré par la Constitution genevoise.⁷⁹ 31

Au niveau international, plusieurs textes importants consacrent des droits sociaux au sens où nous les avons définis ci-dessus. Au rang des textes de portée générale se trouvent le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu sous l'égide des Na- 32

74 Hottelier (note 5), p. 21 ; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 82.

75 Art. 33 Cst. VD ; art. 38 Cst. GE ; art. 13 Cst. NE.

76 Art. 13 Cst. VD ; art. 23 Cst. GE ; art. 14 Cst. NE.

77 Chapitre 2.2, art. 33 à 36 Cst. FR.

78 Cf. Hottelier (note 5), p. 22 et 25 ss.

79 Art. 38 Cst. GE. Cf. Arrêt du TF 8C_605/2013 du 17.6.2014 ; Arrêt du TF 8C_799/2011 du 20.6.2012. Sur cette question, cf. également Michel Hottelier/Thierry Tanquerel, La Constitution genevoise du 14 octobre 2012, SJ 2014 II, p. 341 ss, 363 s.

tions Unies (Pacte ONU I),⁸⁰ et la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe,⁸¹ seul le premier de ces textes ayant été ratifié par la Suisse. On recense ensuite des textes visant à protéger des populations particulières, dont, pour ceux qui ont été ratifiés par la Suisse, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE)⁸² et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CDPH).⁸³

- 33 *Le Pacte ONU I* consacre notamment le droit au travail (art. 6 ch. 1), le droit à la sécurité sociale (art. 9), le droit pour la femme enceinte à un congé payé avant et après la naissance de l'enfant (art. 10 ch. 2), le droit à un niveau de vie suffisant (art. 11), le droit au meilleur état de santé possible (art. 12) et le droit à l'éducation⁸⁴ (art. 13 ch. 1). La protection offerte par le Pacte ONU I va ainsi plus loin que les garanties constitutionnelles helvétiques, non seulement parce qu'il consacre des droits inconnus en droit suisse, comme le droit au travail et à la sécurité sociale, mais aussi parce que, lorsque la Suisse accorde des garanties *a priori* correspondantes, celles du Pacte ONU I posent un seuil d'exigence plus élevé. Par exemple, le droit onusien à un niveau de vie décent est plus exigeant que le simple droit à obtenir de l'aide dans une situation de détresse, et la conception du droit à la santé est beaucoup plus généreuse dans le contexte du Pacte ONU I que celle du droit helvétique.⁸⁵
- 34 *La CDE* consacre le droit des enfants handicapés à bénéficier de soins spéciaux (art. 23), le droit de bénéficier du meilleur état de santé possible (art. 24), le droit à la sécurité sociale (art. 26), le droit à un niveau de vie suffisant (art. 27) ou encore le droit à l'éducation (art. 28). *La CDPH*, de son côté, reconnaît aux personnes en situation de handicap, à côté de droits similaires à ceux qui viennent d'être énoncés (cf. art. 24 à 26 et 28), un droit au travail et à l'emploi (art. 27).
- 35 D'autres textes, édictés tant sous l'égide des Nations Unies que de l'Organisation internationale du travail (OIT) ou du Conseil de l'Europe, ont une signification importante pour les obligations sociales des États qui les ont ratifiés, sans toutefois garantir aux individus de droit à obtenir des mesures positives de l'État destinées à assurer concrètement leur réalisa-

80 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu sous l'égide des Nations Unies, du 16.12.1966 (Pacte ONU I ; RS 0.103.1).

81 Charte sociale européenne révisée du 3.5.1996 (STE n° 163).

82 Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20.11.1989 (CDE ; RS 0.107).

83 Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées du 13.12.2006 (CDPH ; RS 0.109).

84 Sur l'absence de caractère *self-executing* de ce droit, cf. ATF 130 I 113 consid. 3.3.

85 *Daniel Kraus/Aline Schmidt*, Le « droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international, *Revue suisse de droit de la santé* 2006, p. 85 ss ; *Olivier Guillard/Dominique Sprumont*, Le droit à la santé : un droit en émergence, in : Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (éd.), *De la constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle 1996, p. 337 ss, 342 ss. S'agissant de l'aide dans une situation de détresse, comparer *Ben Saul/David Kinley/Jacqueline Mowbray*, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Commentary, Cases, and Materials*, Oxford 2014, p. 862, et le Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (Message nouvelle constitution), FF 1997 I 1 ss, 151 ss.

tion. Il en va notamment ainsi de la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH). S'il est vrai que l'invocation de certaines garanties peut avoir des répercussions sur le droit des particuliers à certaines prestations de l'État, notamment à des prestations sociales,⁸⁶ il s'agit en l'état d'une conséquence indirecte, sans que ces garanties soient, pour autant, interprétées comme des droits fondamentaux sociaux au sens où nous les avons définis ci-dessus.⁸⁷ Le Code européen de sécurité sociale⁸⁸ ou encore les conventions signées sous l'égide de l'OIT, notamment la Convention n° 102 du 28.6.1952 concernant la norme minimum de la sécurité sociale,⁸⁹ jouent également un rôle important. Ces conventions se limitent toutefois à un rôle d'harmonisation des législations nationales, et ne créent pas de droits invocables par les particuliers, même si certaines dispositions de ces conventions ont pu se voir reconnaître, en Suisse également, un effet *self-executing*.⁹⁰

D'une manière générale, *la Suisse est très réticente à reconnaître les effets contraignants* des droits 36 fondamentaux sociaux reconnus dans les textes internationaux. Cette réticence s'exprime notamment au travers de son refus systématique de ratifier les textes qui vont au-delà des engagements initiaux, auxquels elle attribue une portée purement déclaratoire. Ainsi, la Suisse a notoirement refusé de signer le Protocole facultatif se rapportant au Pacte ONU I, qui prévoit un mécanisme de contrôle de la mise en œuvre des droits garantis par le Pacte, par le biais de communications individuelles adressées au Comité des droits de l'homme par toute personne qui s'estime victime de la violation de l'un de ces droits. Ce refus est justifié, selon le Conseil fédéral, par « la question fondamentale de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels », « la question de savoir si le Pacte I de l'ONU fonde directement des prétentions individuelles pouvant être examinées dans le cadre d'une procédure quasi judiciaire » restant controversée.^{91,92} La Suisse a également refusé de ratifier le Protocole additionnel n° 1 à la CEDH, qui consacre notamment le droit à l'instruction,⁹³ mais aussi le droit à la propriété, interprété par la Cour européenne des droits de l'homme de telle sorte qu'il implique, lu conjointement avec l'art. 14 CEDH, une obligation d'égalité de traitement

86 Il s'agit généralement de l'application de l'art. 8 CEDH, éventuellement conjugué à l'art. 14 CEDH. Pour un exemple, cf. CourEDH, 2.2.2016, n° 7186/09, Di Trizio c. Suisse. Cf. également *Hertig Randall/Chatton* (note 4), p. 391 s.

87 *Hottelier* (note 5), p. 22 ss.

88 RS 0.831.104.

89 Convention n° 102 du 28.6.1952 concernant la norme minimum de la sécurité sociale (Convention n° 102 de l'OIT ; RS 0.831.102). Cf. également *Hertig Randall/Chatton* (note 4), p. 444 s.

90 Notamment quant à l'interdiction de la suppression de la rente d'assurance-invalidité en cas de négligence grave de l'assuré : *Hertig Randall/Chatton* (note 4), p. 444 s.

91 Cf. réponse du Conseil fédéral du 20.5.2009 à la Motion 09.3279 (CN Allemann) « Ratification du protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU ».

92 Pour une critique, cf. *Hertig Randall/Chatton* (note 4), p. 387 s. ; *Gregor T. Chatton*, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, thèse Genève 2013, p. 491, et les références citées en note 2470.

93 Art. 2 du Protocole n° 1 à la CEDH. Cf. *Hertig Randall/Chatton* (note 4), p. 391.

pour l'accès aux prestations de sécurité sociale. La signature du Protocole mettrait ainsi à mal certaines dispositions de la législation en matière d'assurances sociales, comme l'art. 21 LAVS qui opère une distinction en fonction du sexe pour l'octroi d'une rente de vieillesse,⁹⁴ ou encore, pour certaines prestations, en fonction de la nationalité.⁹⁵ Finalement, la ratification de la Charte sociale européenne, dans sa première version puis dans sa version révisée, se heurte à de fortes oppositions, des milieux économiques notamment.⁹⁶ Dans un rapport du 2 juillet 2014,⁹⁷ le Conseil fédéral a constaté que la ratification de la Charte impliquerait la modification du droit suisse sur plusieurs points, notamment s'agissant de la reconnaissance d'un droit à la sécurité sociale (art. 12 de la Charte) et d'un droit à l'assistance sociale et médicale (art. 13 de la Charte). En d'autres termes, la Suisse, si elle ratifie la Charte, fera usage de la possibilité offerte aux États d'une ratification « à la carte »⁹⁸, sans influence pour la portée des droits sociaux fondamentaux en Suisse.

- 37 Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral se montre tout aussi réticent à reconnaître aux droits fondamentaux sociaux reconnus par les textes internationaux une portée autre que programmatique.⁹⁹ Le Tribunal fédéral maintient ainsi, peu ou prou, le cap pris au début des années 1990 par le Conseil fédéral qui, parlant du Pacte ONU I, disait des droits qu'il contient qu'ils « ont souvent un énoncé très général, qui s'apparente dans la plupart des cas à de simples déclarations de principe ».¹⁰⁰ Il a ainsi notamment confirmé l'absence d'effet direct pour le droit à un niveau de vie suffisant,¹⁰¹ le droit à la sécurité sociale¹⁰² ou encore le

94 Cette distinction porte sur l'âge, les femmes voyant leur droit à la rente naître une année plus tôt que les hommes. Cette distinction est aujourd'hui remise en cause sur le plan politique. Dans le cadre de la réforme « Prévoyance 2020 », refusée par le peuple le 24.9.2017, il était question d'uniformiser l'âge donnant droit à la rente de vieillesse. L'avant-projet « Stabilisation de l'AVS < AVS 21 > » prévoit également ce rehaussement (art. 21 AP-LAVS).

95 Cf. réponse du Conseil fédéral du 1.5.2013 à l'Initiative parlementaire 13.3075 (CN Gilli) « Conseil de l'Europe. Ratification du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

96 Cf. notamment, pour un exemple récent, la Motion 15.3804 (CN De Courten) « Renoncement à la ratification de la Charte sociale européenne ».

97 Rapport du Conseil fédéral du 2.7.2014 sur la Charte sociale européenne révisée (donnant suite au postulat 10.3004 de la Commission de politique extérieure du Conseil des États « Compatibilité de la Charte sociale européenne révisée avec l'ordre juridique suisse » du 12.1.2010), FF 2014 5449 ss, 5499.

98 Rapport du Conseil fédéral (note 97), 5457 s.

99 Hertig Randall/Chatton (note 4), p. 386 ss.

100 Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, FF 1991 I 1129 ss, 1137 et 1141 ; Message nouvelle constitution (note 85), 203 s.

101 ATF 122 I 101 consid. 2a p. 103.

102 ATF 139 I 257 consid. 6 p. 264 ; ATF 121 V 246 consid. 2 p. 248 ss.

droit à un enseignement secondaire et supérieur,¹⁰³ le droit à la rémunération des jours fériés¹⁰⁴ et le principe de l'interdiction de la discrimination¹⁰⁵.

III. Concrétisations législatives et jurisprudentielles

Il découle de ce que nous avons exposé au chapitre précédent que *la dimension sociale de la Constitution helvétique s'incarne essentiellement dans quelques objectifs à vocation sociale*, qui doivent être concrétisés par le législateur, les compétences pour ce faire étant tantôt fédérales, tantôt cantonales, tantôt encore partagées. Quelques maigres garanties fondamentales déductibles en justice complètent le tableau, la transposition législative des garanties reconnues au niveau international étant, selon le Conseil fédéral et la jurisprudence du Tribunal fédéral, indispensable à leur matérialisation. 38

Nous nous proposons dès lors, dans ce chapitre, d'examiner, en nous concentrant sur les quatre domaines représentant le noyau dur du droit qualifié de social, à savoir le logement (1), le travail (2), la sécurité sociale (3) et les soins de santé (4), quelles ont été et quelles sont aujourd'hui les tendances dans la législation, pour tenter de dégager – ou non – un projet social assumé de la part du législateur (5). 39

Dans les quatre hypothèses, il faut garder à l'esprit qu'en raison du système de démocratie directe qui prévaut en Suisse, à tous les échelons de l'État fédéral, l'intervention de la voix populaire revêt une importance essentielle pour l'évolution – ou l'absence d'évolution – de la législation. 40

1. Le logement

Comme nous l'avons vu plus haut, la Constitution fédérale ne reconnaît pas de droit au logement. En revanche, elle s'engage, aux côtés des cantons, à ce que « toute personne en quête d'un logement puisse trouver, pour elle-même et sa famille, un logement approprié à des conditions supportables ». ¹⁰⁶ 41

Le législateur fédéral a concrétisé cet objectif au travers d'une loi encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements,¹⁰⁷ qui a pour objet, en premier lieu, de fixer des objectifs en matière d'aménagement du territoire, de telle manière à favoriser la création de zones à bâtir et l'équipement de terrains destinés à la construction de logements. Cette loi 42

103 ATF 130 I 113 consid. 3.3 p. 123 s. ; ATF 126 I 240 consid. 2 et 3 p. 241 ss ; ATF 120 la 1 consid. 5c p. 11 s.

104 ATF 136 I 290 consid. 2.3.1 et 2.3.3 p. 293 ss.

105 ATF 135 I 161 consid. 2.2 p. 163.

106 Art. 41 let. e Cst. Certains cantons reconnaissent un droit au logement, qui se limite toutefois à un logement d'urgence (cf. N. 31 et les références en note 75).

107 LF du 4.10.1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (LCAP ; RS 843).

comprend aussi des aides financières, prioritairement destinées aux collectivités publiques et aux entrepreneurs, sous forme de prêts, ainsi que des mesures destinées à favoriser la construction de logements à loyers modérés (logements d'utilité publique). Finalement, la loi prévoit également la possibilité, pour la Confédération, d'encourager l'acquisition en propriété d'appartements ou de maisons familiales destinés aux besoins propres de personnes physiques qui, faute de fortune personnelle ou de revenus suffisants, ne sont pas en mesure d'investir les fonds propres nécessaires.¹⁰⁸ Par ailleurs, l'accès à la propriété est aussi encouragé dans le cadre de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP), qui prévoit la possibilité d'utiliser une partie des avoirs de prévoyance, respectivement de les mettre en gage, pour acquérir son logement principal.¹⁰⁹ Malgré ces mesures législatives, l'accès à la propriété immobilière reste difficile en Suisse, du fait notamment des prix élevés et de la difficulté d'accéder à l'emprunt hypothécaire. De fait, même si la proportion de personnes propriétaires de leur logement augmente progressivement, elle reste inférieure à 40 %, loin de la moyenne européenne, qui est de l'ordre de 70 %.¹¹⁰

- 43 Pour cette raison sans doute, la *législation fédérale en matière de baux à loyer* est davantage connue des justiciables. Fort de sa compétence générale en matière de droit privé¹¹¹ et des compétences qui lui ont été spécialement confiées, en matière de lutte contre les abus notamment,¹¹² le législateur a prévu dans le Code des obligations une législation très détaillée et impérative¹¹³ sur le contrat de bail à loyer.¹¹⁴ Cette réglementation est perçue comme très protectrice des locataires, qui bénéficient notamment d'une protection étendue contre les congés.¹¹⁵ Elle est complétée par des aménagements procéduraux qui permettent au locataire, en cas de différend avec le propriétaire, de saisir gratuitement une autorité de conciliation.¹¹⁶ Dans plusieurs cantons, un tribunal spécial connaît des litiges en matière de baux à loyers, et la procédure y est – sauf exceptions – gratuite.¹¹⁷
- 44 D'une manière générale, cette législation protectrice, bien que régulièrement critiquée par les propriétaires, n'est pas remise en question, très vraisemblablement en raison de l'échec en votation populaire auquel s'exposerait une réforme péjorant la situation des locataires. Ain-

108 Art. 47 ss LCAP.

109 Cf. art. 30a ss LPP.

110 Cf. pour la Suisse, www.bfs.admin.ch, rubrique « Trouver des statistiques » (29.1.2019) et pour l'Europe, www.ec.europa.eu/eurostat, rubrique « Thèmes statistiques » (29.1.2019).

111 Art. 122 al. 1 Cst.

112 Art. 109 Cst.

113 Cf. art. 273c CO.

114 Art. 253 ss CO.

115 Cf. art. 266 ss CO. *David Lachat*, *Le bail à loyer*, Nouvelle édition entièrement revue, corrigée et complétée, Lausanne 2008, N. 1.3, 4.5 et 5.2.

116 Cf. par exemple art. 270 et 270b, ou encore 273 CO, avec l'art. 113 al. 2 let. c CPC.

117 Pour le canton de Genève, cf. art. 22 al. 1 de la loi d'application du 11.10.2012 du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC GE ; RS/GE E 1 05) ; pour le canton de Vaud, cf. art. 12 al. 1 de la loi du 9.11.2010 sur la juridiction en matière de bail (LJB VD ; BLV 173.655).

si, lorsque le canton de Vaud avait souhaité, après l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse, en janvier 2011, supprimer la gratuité des procédures devant le Tribunal des baux, la révision législative proposée avait été combattue par voie de référendum, et finalement rejetée en votation populaire.¹¹⁸

2. Le travail

Historiquement, la protection des travailleurs marque le début de la législation sociale au niveau fédéral.¹¹⁹ La *loi sur les fabriques*, adoptée en 1877, entendait ainsi réglementer le temps de travail et offrir des mesures de protection spécifiques pour les femmes.¹²⁰ Si ces dernières ont été bien reçues, les mesures concernant la réglementation du temps de travail ont fait l'objet de vives discussions, de sorte que la loi ne fut acceptée que de justesse en votation populaire.¹²¹

Aujourd'hui, la législation fédérale en matière de droit du travail s'articule autour de deux axes : la *législation de droit public* comprend elle-même deux volets, le premier concernant la réglementation des conditions de travail qui fait l'objet de la loi sur le travail et de sa législation d'exécution,¹²² le second étant consacré à la prévention des accidents et faisant partie de la législation en matière d'assurance-accidents ;¹²³ la *législation de droit privé* se compose quant à elle des règles contenues dans le Code des obligations sur le contrat de travail¹²⁴ ainsi que du droit collectif du travail, produit du partenariat social.¹²⁵ Le principe de la liberté contractuelle reste de mise, même si cette liberté doit s'accommoder de quelques dispositions impératives¹²⁶ et, éventuellement, du cadre contraignant posé par les conventions collectives et la législation de droit public.¹²⁷

Le droit suisse du travail est *généralement perçu comme un droit plutôt souple*, permettant aux employeurs de licencier facilement les collaboratrices et collaborateurs dont ils souhaitent se

118 Par 53.75 % des votants, cf. www.vd.ch, rubrique « État, Droit, Finances » (31.1.2019).

119 Pour des précédents au niveau cantonal, cf. *Rappard* (note 22) ; *Murer*, in : Thüerer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 62, N. 16. Cf. également *Brigitte Studer*, Lois sur les fabriques, in : Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 20.9.2007 (www.hls-dhs-dss.ch).

120 *Aubert/Mahon*, in : Petit commentaire, Art. 110, N. 4.

121 Cf. *Studer* (note 119).

122 Cf. chapitre 822.1 du Recueil systématique.

123 Cf. art. 81 ss LAA et l'Ordonnance du 19.12.1993 sur la prévention des accidents (OPA ; RS 832.30).

124 Cf. art. 319 ss CO.

125 Cf. *Aurélien Witzig*, Droit du travail, Genève etc. 2018, N. 1886 ss. Le droit collectif du travail contient quelques aspects qui relèvent du droit public, notamment la procédure permettant l'extension du champ d'application des conventions collectives prévue par la LF du 28.9.1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311). Cf. *Aubert/Mahon*, in : Petit commentaire, Art. 110, N. 9.

126 Cf. art. 361 et 362 CO.

127 La loi sur le travail ne s'applique pas à tous les rapports de travail (cf. art. 2 et 3 LTr).

séparer,¹²⁸ ou encore de fixer les salaires ou les horaires de travail qui leur conviennent.¹²⁹ Les protections contre les discriminations sont plutôt faibles, en dehors du champ d'application de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg).

- 48 De fait, le droit du travail reste, en Suisse, un droit libéral, relativement peu protecteur des personnes salariées. Il n'est ainsi *pas question de salaire minimum* au niveau fédéral, en dehors des secteurs d'activité faisant l'objet de conventions collectives. En 2014, une tentative d'introduire un salaire mensuel minimum de 4000 CHF au niveau fédéral avait été massivement repoussée en votation populaire, par 76 % des votantes et des votants.¹³⁰ Au niveau cantonal, les cantons de Neuchâtel et du Jura ont introduit un salaire minimum, respectivement en 2017 et 2018.¹³¹
- 49 Si le corpus législatif helvétique s'est doté, en 1995, d'une loi se donnant pour but de promouvoir l'*égalité de fait entre hommes et femmes* (LEg), *notamment au niveau salarial*, cette égalité peine à se réaliser en pratique¹³² du fait de l'absence de mécanisme de sanctions à l'encontre des employeurs discriminants. À ce jour, l'opportunité de mettre en place un tel mécanisme est contestée.
- 50 Le législateur peine par ailleurs à concevoir le marché du travail comme un lieu d'intégration sociale. Ainsi, *l'idée d'introduire des quotas pour favoriser l'emploi des personnes en situation de handicap se heurte à une résistance massive*.¹³³ Leur intégration professionnelle est ainsi laissée à la charge de l'assurance-invalidité, qui ne peut que rarement compter sur le concours d'un employeur pour mettre en place un projet de réadaptation, la faculté de licencier une personne atteinte dans sa santé n'étant que brièvement limitée dans le temps.¹³⁴

128 Moyennant respect des délais convenus contractuellement ou prévus dans la loi, le licenciement est possible, en dehors de certaines périodes de protection, indépendamment des raisons qui poussent l'employeur à se séparer d'une collaboratrice ou d'un collaborateur, sous réserve de motifs qualifiés d'abusifs (cf. art. 335 ss CO).

129 Cf. art. 344a CO. Ces éléments sont prévus dans le contrat, dont la travailleuse ou le travailleur ne peut que rarement négocier les clauses en raison du déséquilibre dans le rapport de force.

130 Votation populaire du 18.5.2014, FF 2014 6121.

131 Cf. note 34. Une initiative citoyenne visant à l'introduction d'un salaire horaire minimum a abouti en 2018 dans le canton de Bâle-Ville.

132 *Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes/Office fédéral de la statistique, Vers l'égalité des salaires ! Faits et tendances*, Berne 2013 ; *Karine Lempen/Aner Voloder, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2015)*, Berne 2017.

133 Cf. Message portant approbation de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, FF 2013 601 ss, 647, lequel se réfère aux débats intervenus au Conseil des États dans le cadre de la 6^e révision de l'assurance-invalidité, à l'issue desquels la proposition d'introduction de quotas a été refusée par 114 voix contre 74 (BO 2010 CN 2090).

134 *Anne-Sylvie Dupont, La compensation financière de l'incapacité de travail*, RDS 2019 I, p. 37 ss, 49 s.

3. La sécurité sociale

Inspirée par les travaux d'Otto von Bismarck, la Suisse a choisi, au tournant du 19^e siècle, de garantir la protection sociale de sa population en créant des mécanismes d'*assurances sociales*.¹³⁵ Indépendamment du fait qu'il était alors possible de s'inspirer de modèles similaires déjà mis en place en Allemagne et en Autriche, cette manière de procéder permettait de mieux tenir compte des particularités politiques helvétiques, qui rendaient illusoire la perspective d'un État-providence créé d'un seul tenant.¹³⁶ De fait, les assurances sociales se sont créées, en Suisse, en l'espace d'un peu plus de 100 ans, en fonction de l'évolution de la perception du besoin de sécurité et des majorités politiques qu'il a ou non été possible d'obtenir. À ce sujet, il est intéressant de noter, premièrement, que la majorité nécessaire à l'adoption d'une norme constitutionnelle de compétence, respectivement à celle d'une loi signifiant un accroissement de l'intervention étatique, *a plus facilement été obtenue dans un contexte politique et économique tendu* qu'en période de sérénité et d'abondance. Ainsi, l'assurance-chômage et l'assurance-maladie obligatoires n'existeraient peut-être pas sans la crise économique provoquée par le choc pétrolier de 1973 et la crise financière de 1987.¹³⁷ Par ailleurs, les avancées réalisées par la Suisse sur le plan de la sécurité sociale ont régulièrement *procédé d'un autre agenda*. Ainsi, la loi sur les allocations familiales dans l'agriculture, adoptée en 1952, procédait d'un souci de politique régionale et économique, en l'occurrence celui de lutter contre l'exode rural, intervenant à la faveur du développement rapide des centres urbains dans le contexte des Trente Glorieuses.¹³⁸ Si, au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, la Confédération s'était vu confier la compétence de légiférer en matière de congé maternité et d'allocations familiales, c'était avant tout pour des raisons de politique familiale, la relance de la natalité étant impérative dans un contexte d'après-guerre, tout autant que le retour au foyer des femmes qui, durant la Mobilisation, s'étaient découvertes une valeur économique.¹³⁹

Quoi qu'il en soit, la protection sociale suisse couvre aujourd'hui tous les risques énumérés par la Convention n° 102 de l'OIT, et les objectifs énumérés à l'art. 41 al. 2 Cst., soit l'engagement d'une assurance contre les conséquences économiques de différents risques sociaux, sont *a priori* atteints, à l'exception notoire de la couverture en cas de la maladie, qui ne fait l'objet d'aucune protection obligatoire par le biais d'une assurance sociale.¹⁴⁰ Il n'existe à ce jour aucune volonté politique

135 Dupont (note 9), p. 123 ; Gnaegi (note 21), p. 44 s. ; Aubert/Mahon, in : Petit Commentaire, Art. 144, N. 2 ; Pierre-Yves Greber, Brève histoire de la sécurité sociale en Suisse à travers quelques événements, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n° 41 2008, p. 27 ss, N. 7.

136 Greber (note 135), N. 21.

137 Dupont (note 9), p. 124 s. et les données figurant en note 13 ; Gnaegi (note 21), p. 80 s. et 83 ss ; Greber (note 135), N. 60.

138 Gnaegi (note 21), p. 53 s.

139 Gnaegi (note 21), p. 54 ss ; Mahon, Comm. aCst., Art. 34quinquies, N. 6. Il est intéressant de noter que le congé-maternité est entré en vigueur, au niveau fédéral, en 2005, et que le régime général des allocations familiales remonte à 2009 seulement.

140 Couverture sociale du revenu chez les actifs, Rapport du Conseil fédéral du 14.9.2012 donnant suite

de remédier à cette carence, pourtant maintes fois dénoncée, tant au niveau politique¹⁴¹ que dans la doctrine juridique.¹⁴² Le Conseil fédéral estime en effet que la protection économique offerte par le biais du droit du travail, soit un droit au salaire pendant une période limitée¹⁴³ ou aux prestations d'une assurance privée conclue par l'employeur en faveur des personnes qu'il emploie,¹⁴⁴ est suffisante,¹⁴⁵ sans égard pour la brèche ainsi ouverte dans le filet social et ses possibles répercussions sur le succès des prestations prévues par d'autres assurances sociales, notamment des mesures de réadaptation dans le cadre de l'assurance-invalidité.¹⁴⁶ Cette brèche permet aussi de montrer que la Suisse n'a, en matière de protection sociale, pas de projet d'ensemble, ni de souci de cohérence. Les assurances sociales font l'objet de révisions ponctuelles, toujours sectorielles, dont les effets sur d'autres régimes d'assurance, singulièrement sur l'aide sociale qui vient en complément, ne sont pas pris en considération, ou de manière insuffisante.¹⁴⁷

- 54 La formulation de l'art. 41 al. 2 Cst., qui axe l'engagement social sur la prise en charge des conséquences économiques des risques sociaux, montre également une *vision assez courte de la protection sociale, et l'absence de projet dont l'être humain serait au centre*. La question du congé maternité et, plus récemment encore, les discussions fédérales autour d'un congé paternité, en sont des exemples très parlants. L'enjeu est en effet, pour la majorité politique, exclusivement économique : il s'agit de savoir si l'on peut financer, pour les pères, une

au postulat 09.3655 (CN Schenker) « Assurance générale du revenu » du 12.6.2009 (Rapport Couverture sociale du revenu), disponible sur le site Internet de l'OFAS, www.bsv.admin.ch (30.1.2019), p. 23 ; Anne-Sylvie Dupont, Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées, RDS 2014 II, p. 347 ss, 399 s.

- 141 Notamment, Motion 14.3861 (CN Humbel) « Pour une assurance d'indemnités journalières efficace en cas de maladie » ; Motion 12.3072 (CN Poggia) « Pour des assurés égaux devant la perte de gain en cas de maladie » ; Initiative parlementaire 11.3246 (CN Fehr) « Assurance obligatoire d'indemnités journalières en cas de maladie » ; Motion 10.3821 (CN Humbel) « Pour une assurance d'indemnités journalières efficace en cas de maladie » ; Motion 10.3500 (CN Robbiani) « Indemnités journalières. Communauté de risque » ; Initiative parlementaire 10.3498 (CN Robbiani) « Indemnités journalières. Rendre à la LAMal ce qui est à la LAMal » ; Postulat 04.3000 (CSSS-CN) « Lacunes et incohérences de la LAMal en matière d'indemnités journalières ».

- 142 Dupont (note 134), p. 45 ss.

- 143 Cf. art. 324a al. 1 CO.

- 144 Cf. art. 324a al. 4 CO.

- 145 Cf. Rapport Couverture sociale du revenu (note 140), p. 23 ; Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme, Rapport du Conseil fédéral du 30.9.2009 en réponse au postulat 04.3000 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, disponible sur le site Internet de l'OFSP, www.bag.admin.ch (30.1.2019), p. 44 s.

- 146 Dupont (note 134), p. 45 ss.

- 147 La révision de la loi sur l'assurance-chômage entrée en vigueur au 1.4.2011 (FF 2008 7029) est un bon exemple de ce phénomène : elle prévoyait principalement d'abaisser le nombre d'indemnités journalières versées en cas de chômage. Du fait de l'entrée en vigueur de la nouvelle, de nombreux bénéficiaires se sont retrouvés en fin de droit et, par conséquent, à devoir se tourner vers l'aide sociale.

compensation économique de durée limitée,¹⁴⁸ sur le même modèle que ce qui est prévu pour les mères.¹⁴⁹ Le besoin de protection de l'enfant, respectivement de la cellule familiale, n'est pas pris en compte. Autrement dit, il ne s'agit pas de construire un projet social autour de la parentalité, mais uniquement de savoir si les parents peuvent se dispenser d'aller travailler après une naissance et, si oui, à quelles compensations financières cela peut leur donner droit.

D'une manière générale, depuis le début des années 2000, le climat est plutôt défavorable aux 55 personnes qui doivent recourir aux prestations sociales, quel que soit le régime d'assurance concerné, même si l'assurance-invalidité est celle qui, depuis la quatrième révision de la loi correspondante,¹⁵⁰ connaît le plus de restrictions, tant au niveau de la loi que de la jurisprudence. Les personnes atteintes de troubles psychiques sont particulièrement visées et discriminées par la soumission à des règles jurisprudentielles plus strictes s'agissant d'établir leur invalidité.¹⁵¹ En novembre 2018, une écrasante majorité de la population a validé l'introduction, dans la législation en matière d'assurances sociales, d'une disposition légale permettant de manière très large aux assureurs sociaux de *recourir à la surveillance, notamment au moyen de détectives privés*, de personnes assurées soupçonnées de toucher des prestations sans droit.¹⁵² Le caractère imprécis de cette disposition, ainsi que l'ampleur des moyens confiés aux assureurs sociaux, excédant ceux des autorités de poursuite pénale, ont été largement critiqués.¹⁵³ Du propre aveu du Conseil fédéral, qui a d'ailleurs dû reconnaître avoir mentionné de fausses informations dans le matériel de votation officiel, le nombre de situations par année se monte à 150 dans l'assurance-invalidité.¹⁵⁴

Dans le cadre de la révision de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, 56 amorcée en février 2017, le Conseil fédéral a prévu, dans le projet soumis aux Chambres, un arsenal de *mesures permettant aux assureurs sociaux de supprimer avec effet immédiat les prestations versées en cas de doute sur la légitimité du droit de la personne assurée*, indépendamment de

148 Il était question, en dernier lieu, d'un congé de deux semaines.

149 Cf. art. 16c à 16f LAPG. Il s'agit d'un congé de 14 semaines, ou 98 jours, à prendre en une seule fois.

150 Cf. Message concernant la 4^e révision de loi fédérale sur l'assurance-invalidité, FF 2001 3045 ss. Cette révision est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2004, FF 2003 3837 ss.

151 Dupont (note 134), p. 46 s. Cf. également N. 70 et 74.

152 Sur toute cette question, cf. Anne-Sylvie Dupont, La surveillance des personnes assurées, ou l'urgence soudaine de légiférer, in : Juristes Démocrates de Suisse (éd.), 40 ans des Juristes Démocrates de Suisse (JDS), résolu-e-s, impertinent-e-s, engagé-e-s, p. 73 ss ; cf. également les huit contributions, introduites par Guy Chappuis, L'observation des assurés, panacée ou épouvantail, REAS 2018, p. 203 ss ; Thomas Gächter/Michael E. Meier, Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Invalidenversicherung, REAS 2018, p. 414 ss, 444 ss et les références citées.

153 Cf. notamment, Pierre Heusser, ATSG goes TKKG, Sozialdetektive sind unnötig, systemwidrig und unverhältnismässig, REAS 2018, p. 206 ss.

154 Cf. communiqué de presse du 7.11.2018 « Explications du Conseil fédéral en vue de la votation du 25 novembre 2018, correction du nombre d'observations ».

toute intention dolosive.¹⁵⁵ Dans le message, ces mesures sont justifiées par « l'intérêt de l'assureur, qui est d'éviter les démarches administratives et les risques de perte liés aux demandes de restitution », intérêt qui « prime clairement celui de l'assuré de ne pas tomber dans une situation de détresse passagère ».¹⁵⁶

- 57 Notons encore que la personne assurée qui, aux prises avec des difficultés à faire reconnaître ses droits, serait tentée de recourir à l'assistance d'un mandataire professionnel se verrait très vraisemblablement opposer, dans le cadre de la procédure administrative à tout le moins, une fin de non-recevoir s'il lui venait l'idée de solliciter l'assistance judiciaire. En effet, la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral à ce sujet est extrêmement rigoureuse, et remet en cause, dans ce contexte, la portée de ce droit.¹⁵⁷

4. Les soins de santé

- 58 A ne pas y regarder de trop près, l'on pourrait être tenté de penser que les soins de santé sont la preuve par excellence de l'engagement social de la Suisse. En effet, *leur qualité et leur disponibilité y sont indiscutables, et l'accès aux soins est matériellement garanti*, à tout le moins aux soins d'urgence.¹⁵⁸ Cette apparence réjouissante ne doit cependant pas masquer les difficultés auxquelles le système suisse de santé est confronté actuellement. Elles sont essentiellement le résultat de l'augmentation massive des coûts de la santé, elle-même résultant d'une pluralité de facteurs dont l'exposé excède le cadre de ce chapitre.
- 59 *La gouvernance des soins de santé est rendue difficile* par le fait, comme nous l'avons évoqué plus haut,¹⁵⁹ que les compétences pour organiser les soins appartiennent aux cantons, sous réserve de quelques compétences particulières qui échoient à la Confédération, celle-ci étant en revanche seule compétente pour légiférer en matière de financement des soins. Ce financement intervient par le biais de différentes assurances sociales, dont en tout premier lieu l'assurance-maladie. La loi fédérale sur l'assurance-maladie règle de manière exhaustive et impérative la question du remboursement par l'assurance obligatoire des soins.
- 60 En d'autres termes, il existe 26 réglementations cantonales différentes en matière d'organisation des soins, auxquelles s'ajoutent des règles fédérales sur le financement des soins par la sécurité sociale. Dans ces conditions, il est plutôt difficile d'élaborer, à l'échelon national, une politique globale en matière de santé publique, malgré les efforts de coordination des cantons au sein de la Conférence suisse des directrices et directeurs de la santé (CDS) ou des

155 Message concernant la modification de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (Message LPGa), FF 2018 1597 ss, 1608.

156 Message LPGa (note 155), 1627.

157 Sur cette question, cf. Anne-Sylvie Dupont, in : Anne-Sylvie Dupont/Margit Moser-Szeless (éd.), Commentaire romand de la loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018, Art. 37, N. 29 ss.

158 Cf. art. 64a al. 7 LAMal. Guillod/Sprumont (note 85), p. 350 ; Kraus/Schmidt (note 85), p. 90 s.

159 Cf. N. 16 s.

conférences régionales.¹⁶⁰ *La médecine préventive en est un bon exemple.* En l'absence d'une compétence fédérale en la matière, les cantons sont libres de prendre les options qui leur conviennent ; on constate, en Suisse, une approche très différente entre les régions linguistiques, la Suisse romande étant plus prompte à opter pour des programmes cantonaux de prévention que la Suisse allemande. Il n'existe donc pas de vision commune au niveau du pays à ce sujet, la loi sur l'assurance-maladie n'encourageant d'ailleurs pas les mesures médicales préventives, qui ne sont prises en charge par l'assurance obligatoire des soins qu'à des conditions très limitées.¹⁶¹

Le hiatus entre l'organisation des soins et leur financement est également générateur d'*autres* 61 *inégalités de traitement entre personnes assurées.* En théorie, nous l'avons dit,¹⁶² l'accès aux soins est garanti par différents mécanismes, tant dans la législation fédérale que dans les législations cantonales. En pratique, la loi sur l'assurance-maladie prévoit la possibilité pour les cantons de tenir la liste des personnes assurées qui ne se sont pas acquittées de leurs primes, liste à laquelle les fournisseurs de prestations, le canton et la commune de domicile ont accès.¹⁶³ L'assureur-maladie suspend la prise en charge des prestations fournies aux personnes inscrites sur la liste, à l'exception de celles relevant de la médecine d'urgence. Cette réglementation est inégalitaire dans la mesure où seuls quelques cantons ont fait usage de cette possibilité.¹⁶⁴ Les personnes assurées domiciliées dans d'autres cantons n'ont pas à encourir une telle sanction. Par ailleurs, la notion de « médecine d'urgence » à laquelle les personnes inscrites sur les listes doivent néanmoins avoir accès n'est pas clairement définie. Cette question a fait débat dans le canton des Grisons, au printemps 2018, lorsqu'une personne atteinte du SIDA, inscrite sur la liste cantonale, est décédée parce que sa caisse-maladie avait refusé de prendre en charge la trithérapie dont elle avait besoin.

Enfin, la lutte pour la maîtrise des coûts induit des *tensions entre les différents acteurs du* 62 *système de soins*, chacun rejetant la faute sur l'autre. Au cours de ces dernières années, au niveau fédéral, tant le législateur que le gouvernement sont intervenus à de nombreuses reprises pour limiter l'offre de soins disponible, par exemple en régulant l'installation de nouveaux cabinets,¹⁶⁵ en corrigeant les tarifs fixant la rémunération des fournisseurs de prestations,¹⁶⁶ en réduisant la liste des prestations à charge de l'assurance obligatoire des

160 Outre la Conférence au niveau fédéral, il existe plusieurs commissions régionales, dont la liste est disponible sur le site Internet de la CDS, www.gdk-cds.ch (30.1.2019).

161 Cf. art. 26 LAMal et 12 à 12e de l'Ordonnance du 29.9.1995 du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS ; RS 832.112.31).

162 Cf. N. 58.

163 On parle de « liste noire ». Cf. art. 64a al. 7 LAMal.

164 Il s'agit des cantons de Soleure, Lucerne, Zoug, Argovie, Schaffhouse, Thurgovie, Saint-Gall, le canton du Tessin et celui des Grisons.

165 Cf. art. 55a LAMal (« clause du besoin »).

166 Cf. Ordonnance du 20.6.2014 sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie (RS 832.102.5) et art. 43 al. 5^{bis} LAMal.

soins¹⁶⁷ ou encore en augmentant la part des coûts devant être supportée par les personnes assurées (franchise)¹⁶⁸. Au niveau cantonal également, des mesures sont prises pour, par exemple, limiter la mise en service de nouveaux appareils médico-techniques qualifiés de lourds,¹⁶⁹ ou encore, dans certains cantons romands en particulier, pour limiter l'accès aux cliniques privées dans le cadre de la planification hospitalière.¹⁷⁰

5. Synthèse

- 63 Si l'on fait la synthèse des développements législatifs intervenus sur la base des compétences fédérales que nous avons qualifiées de sociales,¹⁷¹ l'on peut en tout premier lieu constater que le législateur *a fait usage des compétences* qui lui étaient confiées. On ne peut ainsi pas prétendre qu'il se désintéresserait de tout projet social au point de ne pas avoir traité l'un des domaines pour lesquels on lui avait demandé d'agir.
- 64 Le tableau que nous venons de dresser pour les quatre domaines caractéristiques du droit social révèle que *les interventions sont rarement très incisives*, sauf peut-être dans le domaine du bail à loyer. Cette option législative, sans doute nécessaire au compromis helvétique, a cependant pour effet de pousser inéluctablement vers les marges du système les personnes qui ont le plus besoin de protection. Il en va notamment ainsi de l'absence de législation contraignante s'agissant, par exemple, de l'accès à l'emploi des personnes en situation de handicap, ou encore du refus des soins de santé aux personnes qui ne sont pas à jour dans leurs obligations financières.
- 65 *Ce mécanisme est particulièrement flagrant dans l'évolution que connaît actuellement le droit des assurances sociales.* Censées soutenir des personnes fragilisées par la réalisation d'un risque social, les assurances sociales sont aujourd'hui en train d'être réaménagées de telle sorte que l'on redoute d'y recourir. Le bénéficiaire de prestations sociales est considéré, sinon avec mépris, en tout cas avec méfiance. Le durcissement des lois et de la jurisprudence sur les conditions d'octroi des prestations, subtilement allié à un verrouillage des possibilités pour la personne assurée de faire valoir ses droits,¹⁷² complique à l'envi l'accès aux prestations, y compris aux mesures qui pourraient favoriser une réinsertion à court ou moyen terme sur le marché du travail.

167 Cf. art. 33 let. b, h, et i de l'Ordonnance du 27.6.1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.102 ; OAMal) (RO 2009 3525 et RO 2009 6847).

168 Cf. Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance maladie (Adaptation des franchises à l'évolution des coûts), FF 2018 2737 ss.

169 Cf. décret du Grand Conseil du 29.9.2015 sur la régulation des équipements médico-techniques lourds (DREMTL VD ; BLV 800.032).

170 Cf. Arrêt du TF 9C.617/2017 du 28.5.2018 concernant le refus de prise en charge par le canton de Genève de prestations dispensées par des cliniques privées vaudoises.

171 Cf. N. 14 ss.

172 Anne-Sylvie Dupont, Le droit de réplique en assurances sociales, in : François Bohnet (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, p. 83 ss, 114 ss.

IV. L'État social helvétique : mythe ou réalité ?

En 1991, Jean-François Aubert écrivait dans la Revue de droit suisse les mots suivants : « La Suisse n'est pas un < État social >, elle a simplement un droit social, pas très éloigné de la moyenne des droits sociaux des autres États industriels, meilleur sur certains points, moins bon sur d'autres, et si ce droit social a, dans l'ensemble, assez bien fonctionné depuis une quarantaine d'années, nous le devons moins à la hardiesse de nos institutions qu'à la prospérité de notre économie ». ¹⁷³

Cette position tranche avec les avis exprimés par une majorité des auteurs juristes qui se sont penchés sur la question de savoir *si la Suisse peut ou non être qualifiée d'État social*. En réalité, pour bon nombre d'entre eux, ce qualificatif n'est pas questionné et peut sans autre être attribué à la Confédération helvétique. ¹⁷⁴ D'autres auteurs s'interrogent à ce sujet, et parviennent généralement à la conclusion que la Suisse dispose d'une législation à vocation sociale, ce qui fait d'elle un État social. ¹⁷⁵ Sous un angle constitutionnel, l'affirmation de l'État social se trouverait indiscutablement à l'art. 2 Cst., dans lequel la Confédération helvétique se donne pour but de favoriser la prospérité commune (al. 2) et de veiller à garantir une égalité des chances aussi grande que possible (al. 3). ¹⁷⁶ Les doutes de Jean-François Aubert sont partagés par plusieurs auteurs non juristes, notamment par des sociologues et des politologues, ¹⁷⁷ qui relèvent à juste titre la difficulté d'attribuer le système suisse de protection sociale à l'un des modèles habituellement décrits. ¹⁷⁸

Cette discussion appelle plusieurs interrogations fondamentales, dont la principale est celle de savoir si un État peut, *ab ovo*, s'autoproclamer État social, ou si le qualificatif ne peut être retenu qu'*a posteriori*, dans le cadre d'une hétéro-évaluation, par exemple par les destinataires finals de la législation à vocation sociale, ou encore par des observateurs internationaux. Dans le premier cas, la qualification est définitive ; dans le second cas, elle peut évoluer.

173 Jean-François Aubert, Un droit social encadré, RDS 1991 I, p. 157 ss, N. 3.

174 Tschudi (note 2), p. 1 (et le titre de l'ouvrage) ; Peter Übersax, Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, PJA 1998, p. 3 ss, 4 ; Meyer-Blaser/Gächter, in : Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 34, N. 10 ; Murer, in : Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 62, N. 23 ; Ulrich Meyer, Allgemeine Einführung, in : Ulrich Meyer (éd.), Soziale Sicherheit/Sécurité sociale (Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XIV), 3^e éd., Bâle 2016, § 15, N. 79 ; Tschannen, Staatsrecht, § 6, N. 32 ss ; Chatton, Art. 41 al. 4 : buts sociaux, in : Weerts et al., Révision imaginaire, p. 124 ss ; Gächter (note 1), p. 694.

175 Berenstein (note 2), p. 63 ; Mahon/Müller (note 5), N. 5 ss. Pour une approche historique, cf. Matthieu Leimgruber, État fédéral, État social ? L'historiographie de la protection sociale en Suisse, Traverse, Revue d'histoire 2011, p. 217 ss.

176 Tschannen, Staatsrecht, § 6, N. 32 ; Mahon/Müller (note 5), N. 5 ss ; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N. 1524.

177 Cf. notamment Sandro Cattacin, Retard, rattrapage, normalisation, L'État social suisse face aux défis de transformation de la sécurité sociale, Studien und Quellen 2006, p. 49 ss ; Klaus Armingeon, Institutionalising the Swiss welfare state, West European Politics 2001, p. 145 ss.

178 Hanspeter Kriesi/Alexander H. Trechsel, The Politics of Switzerland, Continuity and Change in a Consensus Democracy, Cambridge 2008, p. 155 s.

- 69 La différence entre l'opinion exprimée par Jean-François Aubert et la doctrine majoritaire procède à notre sens notamment de réponses différentes à ce questionnement. Les auteurs qui ont admis la vocation sociale de la Confédération helvétique l'ont en règle générale fait sur la base de l'étude de la Constitution uniquement, éventuellement après avoir décrit la législation prise en application des mandats constitutionnels dans les différents domaines décrits ci-dessus. Ils sont peu nombreux, en revanche, à avoir évalué l'efficacité de cette législation, notamment en examinant la pratique administrative et/ou judiciaire, ou encore l'évolution du discours, du Conseil fédéral notamment, au moment de proposer des révisions législatives.
- 70 A leur décharge, les contributions de référence à ce sujet, souvent reprises par les auteurs qui se sont exprimés ultérieurement, ont été publiées entre 1980 et 2000, soit durant ou à l'issue d'une période plutôt prospère sur le plan de la politique sociale qui a vu, notamment, la création d'une assurance-chômage obligatoire, de la prévoyance professionnelle ou encore de l'assurance-maladie obligatoire, et qui a connu l'avancement des débats sur le congé maternité et sur les allocations familiales.¹⁷⁹ La quatrième révision de l'assurance-invalidité¹⁸⁰ n'était pas encore venue modifier les finalités protectrices de cette assurance, les personnes atteintes de troubles psychiques, en particulier de troubles appelés à l'époque psychogènes,¹⁸¹ n'avaient pas encore été repoussées vers la marge de son champ de protection par la jurisprudence du Tribunal fédéral,¹⁸² et les crispations autour de l'augmentation des coûts des soins de santé n'avaient pas encore fait des patients et des professionnels qui les soignent des personnes suspectes pour ainsi dire par nature.¹⁸³

179 Cf. également *Giuliano Bonoli*, La réforme de l'État social Suisse, contraintes institutionnelles et opportunités de changement, *Revue suisse de science politique* 1999, p. 57 ss, 59 ss.

180 Cf. N. 55.

181 Il s'est agi, en premier lieu, des troubles somatoformes douloureux, puis d'autres pathologies non objectivables physiquement, comme la fibromyalgie, le syndrome de fatigue chronique ou encore le syndrome myofascial, et, plus récemment, le syndrome de stress post-traumatique (pour des références jurisprudentielles, cf. *Anne-Sylvie Dupont*, Un point d'actualité en droit des assurances sociales, le trouble somatoforme [moins] douloureux?, in: *Stephan Fuhrer* [éd.], *Annuaire SDRCA* 2015, p. 79 ss, note 4).

182 Cf. ATF 130 V 352, puis ATF 141 V 281, ATF 143 V 409 et ATF 143 V 418. Cf. *Thomas Gächter/Michael E. Meier*, Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden, Bedeutung, Einordnung, Folgen. Bemerkungen zu den Leitentscheiden 8C_841/2016 und 8C_130/2017 vom 30. November 2017 (beide zur Publikation vorgesehen), *Jusletter* du 15.1.2018.

183 Si les assureurs-maladie ont longtemps été montrés du doigt et tenus pour responsables de l'augmentation des coûts de la santé (Motion 07.3059 [CN Groupe socialiste] « Assurance-maladie. Transparence et amélioration du contrôle », ce sont aujourd'hui les médecins qui font l'objet du courroux politique (Possibilités de remplacer le système actuel de gestion en matière d'admission de médecins, Rapport du Conseil fédéral du 3.3.2017 en exécution du postulat 16.3000 CSSS-E du 12 janvier 2016, disponible sur le site Internet de l'Assemblée fédérale, www.parlament.ch [30.1.2019]), et, parfois, les assurés également (cf. Motion 15.4157 [CE Bischofberger] « Assurance obligatoire des soins. Adapter le montant des franchises à l'évolution des coûts »).

En d'autres termes, la description des dispositions constitutionnelles à connotation sociale et, bien avant cela déjà, certains idéaux politiques¹⁸⁴, ont éventuellement pu, pendant un temps, offrir à la Suisse une certaine légitimité dans l'affirmation d'une vocation sociale. À l'orée des années 2020, ne pas tenir compte des évolutions intervenues depuis lors, dans les pratiques, administrative et judiciaire surtout, mais dans le discours autour des lois sociales aussi, livre cependant à ce propos une image tronquée.

De fait, on doit poser le constat que *la Constitution sociale a un effet très peu contraignant*. À l'exception des objectifs assignés au législateur en matière de protection des locataires,¹⁸⁵ ou encore dans le cadre de certaines assurances sociales,¹⁸⁶ tant l'art. 41 Cst. que les normes attributives de compétences laissent une grande latitude au législateur,¹⁸⁷ y compris celle de ne pas intervenir ou de n'intervenir que de manière très ponctuelle. Les droits fondamentaux sociaux jouent un rôle anecdotique, et les quelques tentatives faites pour les renforcer ont échoué.¹⁸⁸

Il est vrai que *la concrétisation législative des buts sociaux consacrés dans la Constitution présente une certaine stabilité* et n'a pas connu de régression importante au cours des 20 dernières années, à l'exception de certaines lois en matière d'assurances sociales, comme l'assurance-chômage et, surtout, l'assurance-invalidité.¹⁸⁹ Certains cantons, essentiellement latins, historiquement moins imprégnés de libéralisme et concrètement confrontés à l'augmentation importante des dépenses de l'aide sociale, ont su, durant cette même période, se montrer créatifs et inventer de nouveaux outils pour renforcer la protection sociale, cette dernière visant non seulement la remise d'aides financières, mais parfois en priorité des objectifs d'insertion.¹⁹⁰ Il faut toutefois relever que les législations cantonales acceptées par la population

184 Cf. par exemple Jakob Dubs, *Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Erster Teil, Zurich 1878, p. 15.

185 Cf. N. 20.

186 En particulier pour les pensions, la Constitution fixant un cahier des charges à l'intention du législateur fédéral (cf. art. 112 et 113 Cst.), ou encore en matière d'assurance-chômage (cf. art. 114 Cst.).

187 Voir les exemples en matière de protection sociale ou de droit du travail, N. 18, 19 et 24. Cf. également N. 10.

188 Cf. notamment, pour l'Assemblée fédérale, Motion 09.3279 (CN Allemann) « Ratification du protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU ». Au niveau du constituant, voir le rejet de l'initiative populaire sur les salaires minimums (FF 2014 6121 ss). En dernier lieu, le peuple suisse s'est prononcé contre l'introduction du droit à un revenu de base inconditionnel le 5.6.2016 (FF 2016 6559 ss). Cf. également Hottelier (note 3), N. 23 et 25 ; Aubert, *Comm. aCst.*, Art. 34^{er}, N. 5 s. ; Pascal Mahon, *Droits sociaux et réforme de la Constitution*, in : Zen-Ruffinen/Auer (note 85), p. 385 ss, N 4.

189 Pour l'assurance-chômage, cf. note 147 ; 4^e révision de l'assurance-invalidité, cf. note 150 ; 5^e révision de l'assurance-invalidité, cf. FF 2005 4215 ss ; 6^e révision de l'assurance-invalidité (6A), cf. FF 2010 1647 ss.

190 En plus des exemples mentionnés au N. 31, citons encore l'exemple du canton de Fribourg, qui octroie des indemnités de maternité aux mères sans activité lucrative ou dont le revenu est très faible (chap. 2 et 3 de la loi du 9.9.2010 sur les allocations de maternité [LAMat FR ; RSF 836.3]).

ciblent des personnes en situation précaire, les propositions s'adressant à l'ensemble de la population du canton n'étant pas mieux reçues qu'au niveau fédéral.¹⁹¹

- 74 *La faille, dans la conception helvétique de l'État social*, se révèle aujourd'hui essentiellement dans l'application par les tribunaux des lois en matière d'assurances sociales, et par le discours politique, qui traduit une opinion de plus en plus défavorable à l'intervention de l'État. Sous l'impulsion du Tribunal fédéral, il est devenu pratiquement impossible, nous l'avons dit, pour les personnes atteintes dans leur santé psychique de bénéficier d'une protection adéquate.¹⁹² Il en va de même des travailleuses et des travailleurs qui, par choix ou par nécessité, optent pour une activité à temps partiel sans pouvoir justifier, à côté, de charges ménagères qui motiveraient cette option, ou encore, au travers d'une interprétation très rigoriste de la notion d'économicité dans le cadre de l'assurance-maladie, des personnes atteintes de maladies rares.¹⁹³ L'évolution de la jurisprudence en matière de protection sociale traduit à notre sens un jugement de valeur, selon lequel seules les personnes moralement (objectivement, helvétiquement) méritantes seraient dignes de bénéficier de l'aide de l'État.
- 75 *La méfiance populaire à l'égard des bénéficiaires de prestations sociales* s'est manifestée avec force lors de la votation que nous avons évoquée,¹⁹⁴ dont le but était d'introduire dans la législation une disposition permettant la surveillance des personnes assurées. Les arguments entendus lors de la campagne, les avis exprimés sur les réseaux sociaux et, finalement, le résultat sans appel du vote, révèlent un net recul de l'attachement aux valeurs sociales exprimées dans la Constitution.
- 76 *Ce durcissement se traduit aussi dans les travaux du législateur*, notamment lorsqu'il incorpore volontiers dans la loi les restrictions jurisprudentielles des tribunaux,¹⁹⁵ un dangereux cap ayant été franchi dans le cadre de la révision de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, lorsque le Conseil fédéral a affirmé la prévalence du confort de l'administration sur la dignité humaine.¹⁹⁶
- 77 En somme, la concrétisation de la Constitution sociale est soumise aux vents capricieux de l'activité du Parlement, de la *vox populi* et des tribunaux, singulièrement du Tribunal fédéral, qui placent et déplacent le curseur, entre responsabilité individuelle et solidarité. Si, malgré

191 Ainsi, les Vaudoises et Vaudois ont refusé, le 4.3.2018, la création d'une assurance sociale obligatoire pour les soins dentaires (par 57,57 % des votants, cf. www.vd.ch, rubrique « État, Droit, Finances » [31.1.2019]). Les Genevoises et les Genevois en ont fait de même, le 10.2.2019, par 54,75 % des votants.

192 Anne-Sylvie Dupont, La solidarité à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal fédéral, in : Miriam Lendfers/Ueli Kieser (éd.), *Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2018* (JaSo 2018), Zurich 2018, p. 115 ss, 119 ss ; Dupont (note 134), p. 46 s.

193 Dupont (note 192), p. 123 ss.

194 Cf. N. 55.

195 Comme en présence de troubles somatoformes douloureux, par l'introduction de l'art. 7 al. 2 LPGa. Cf. Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'assurance-invalidité), FF 2005 4215 ss, 4282 ss et 4331 s.

196 Cf. N. 56.

tout, la politique sociale de la Suisse dégage une certaine impression de cohérence, ce n'est pas tant parce qu'elle peut être attribuée à une réflexion suivie dans ce domaine ou à l'idée d'une mission sociale de l'État, mais bien davantage *parce que ses acteurs s'en tiennent à l'impératif de minimalisme qui découle de la primauté de la responsabilité individuelle*, respectivement de la subsidiarité de l'action de l'État. De fait, les réflexions helvétiques en matière de droit social, y compris dans le cadre constitutionnel, ne tendent pas à permettre au plus grand nombre d'obtenir le plus grand bien-être possible, mais uniquement à déterminer un « standard minimum d'intervention »,¹⁹⁷ sous un angle économique exclusivement.

La solidarité à la mode helvétique se situe à la rencontre d'un libéralisme revendiqué et d'un humanisme consenti. Se revendiquer libéral et se prétendre État social engendre un paradoxe qui ne peut être résolu que par l'aveu d'une confusion entre conscience sociale et condescendance institutionnelle, qui se traduit par une *approche résolument abstraite de la solidarité*.¹⁹⁸ Néanmoins, l'ancrage constitutionnel d'une certaine vocation sociale de l'État reste indispensable, en particulier dans les périodes où la conscience sociale est en recul, le mythe ayant ce pouvoir particulier d'être un garde-fou efficace et de provoquer, parfois, les sursauts nécessaires.

197 *Cattacin* (note 177), p. 69.

198 Dans le même sens, cf. l'opinion dissidente exprimée par le Juge Georgios A. Serghides en marge de l'arrêt de la CourEDH, 11.12.2018, n° 65550/13, Belli et Arquier-Martinez c. Suisse (p. 35 ss).