



Article scientifique

Article

2001

Published version

Open Access

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

La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux

Hottelier, Michel

How to cite

HOTTELIER, Michel. La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux. In: Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, 2001, n° 27, p. 9–29.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:6065>

LA CONSTITUTION FÉDÉRALE SUISSE ET LES DROITS SOCIAUX

Michel **HOTTELIER**,
Professeur à l'Université de Genève

INTRODUCTION	10
I. LA CONSTITUTION FÉDÉRALE DU 18 AVRIL 1999	11
A. Généralités	11
B. Les droits fondamentaux	12
C. Les buts sociaux	13
II. LES DROITS SOCIAUX GARANTIS PAR LA CONSTITUTION FÉDÉRALE DU 18 AVRIL 1999	14
A. Le droit à des conditions minimales d'existence	14
B. Le droit à un enseignement de base	15
C. Le droit à l'assistance juridique gratuite	16
D. Le droit de grève	17
III. LES AUTRES SOURCES DE DROITS SOCIAUX EN SUISSE	19
A. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels	19
B. Les constitutions cantonales	21
C. La Convention européenne des droits de l'homme ?	23
IV. LA PLACE MODESTE QU'OCCUPENT LES DROITS SOCIAUX EN SUISSE : ESSAI D'EXPLICATION	24
A. La nature ambiguë des droits sociaux	25
B. L'absence d'applicabilité directe	27
C. Les prestations positives	28
CONCLUSION	29

INTRODUCTION

Adoptée le 18 décembre 1998 par l'Assemblée fédérale, approuvée le 18 avril 1999 par le peuple et les cantons, la nouvelle Constitution fédérale suisse est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000¹. Elle remplace la Constitution fédérale du 29 mai 1874, dont elle a pour vocation d'actualiser et d'ordonner le texte².

Alors que son aïeule de 1874, muette sur le concept d'"Etat social"³, ne contenait que quelques garanties, isolées et plutôt limitées, consacrées aux droits "sociaux" ("kleine Sozialrechte"), à l'instar du droit à l'instruction primaire gratuite, du droit du soldat à l'équipement gratuit ou du droit à une sépulture décente, la nouvelle charte fondamentale énumère désormais de manière systématique les *droits* et les *buts sociaux*. Elle énonce également de manière rigoureuse les compétences dont dispose la Confédération dans le domaine du logement, du travail, de la sécurité sociale et de la santé⁴. La protection des droits sociaux est également assurée en Suisse par d'autres instruments normatifs. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I), de même qu'un certain nombre de constitutions cantonales, contiennent ainsi plusieurs dispositions en la matière.

Pourtant, en dépit de la diversité des sources qui leur servent de support, les droits sociaux demeurent, à l'exception peut-être du droit à l'assistance juridique gratuite, peu appliqués en Suisse. L'objet de la présente contribution vise à appréhender cette problématique et à déterminer les raisons, en particulier d'ordre institutionnel, susceptibles d'expliquer le *rôle modeste* imparti aux droits sociaux dans l'ordre constitutionnel helvétique.

¹ RS 101; RO 1999 2555. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 a été approuvée par 969310 voix contre 669158, ainsi que par douze cantons et deux demi-cantons, contre huit cantons et quatre demi-cantons; le taux de participation s'est élevé à 35,89 %; voir FF 1999 5306.

² René RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung*, Bâle 2000, p. 22; Giovanni BIAGGINI, *Verfassungsreform in der Schweiz. Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 im Zeichen von "Verfassungsnachführung" und Verfassungspolitik*, ZÖR 1999 (vol. 54), p. 433; pour ce qui concerne plus précisément les dispositions de la nouvelle Constitution fédérale relatives au régime de la *sécurité sociale*, voir l'analyse de Pierre-Yves GREBER, *L'évolution actuelle de la sécurité sociale en Suisse (1999-2000)*, CGSS No 25-2000, p. 120.

³ René RHINOW, *Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung*, in : Ulrich Zimmerli (éd.), *Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berne 2000, p. 169; Peter UEBERSAX, *Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz*, PJA 1/1998, p. 4.

⁴ Francis BOURQUIN/Gilles GUENAT, *Tour d'horizon sur les lois sociales suisses*, CGSS No 24-2000, p. 89; Luzius MADER, *Die Sozial- und Umweltverfassung*, PJA 6/1999, p. 698.

I. LA CONSTITUTION FÉDÉRALE DU 18 AVRIL 1999

A. Généralités

Actualiser le droit constitutionnel, ordonner le texte de la Constitution fédérale : ces deux idées, rapidement érigées en véritable slogan tout au long des travaux qui ont conduit à l'adoption de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, démontrent l'ambition et, en même temps, les limites inhérentes à la démarche.

L'ambition s'est en effet révélé d'emblée limitée. Plus de trois décennies après la décision, au milieu des années 1960, des autorités fédérales d'entamer une procédure destinée à conduire à la *révision totale* de la Constitution de 1874, puis face à l'évidente absence de consensus permettant d'introduire, ce faisant, des modifications ou des innovations substantielles, la réforme entreprise a débouché sur une révision *purement formelle* certes digne d'intérêt, mais réduite cependant à un effort relevant finalement de la méthode législative⁵.

Le cadre de l'exercice ainsi tracé, ses limites se révèlent d'autant mieux, non sans simultanément véhiculer certaines ambiguïtés. Sur le plan du droit de fond, la nouvelle Constitution n'est assurément pas appelée à modifier de manière substantielle les règles constitutionnelles qui étaient déjà en vigueur. Preuve en est le soin méticuleux apporté par les autorités fédérales à évacuer et à renvoyer à d'autres temps la résolution de problèmes tels que la réforme de la justice, celle des droits politiques, ou encore l'abolition d'une disposition aussi anachronique et obsolète que l'interdiction de la création d'évêchés⁶. Ici et là, des modifications ponctuelles ont pourtant été introduites : le droit de grève, par exemple, n'était pas réputé garanti par la Constitution de 1874, ni par la jurisprudence. Le voici à présent consacré nommément (art. 28 al. 3 Cst.)⁷.

L'effort de systématisation du droit constitutionnel voulu par les rédacteurs de la nouvelle Constitution fédérale les a poussés, en sens inverse, à reléguer au niveau de la loi certaines normes, qui étaient contenues dans la Constitution de 1874.

⁵ Andreas AUER, *La Belle et la Bête : les deux constitutions de la Suisse*, in : *Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle 1996, p. 3; voir également Felix HAFNER, *Die neue Bundesverfassung im Kontext der Verfassungen, Entwürfe und Reformversuche seit 1798*, RDS 2001 (vol. 119) I, p. 39.

⁶ FF 1997 I 293; 2000 3719; l'art. 72 al. 3 Cst., qui prévoyait l'interdiction de la création d'évêchés en Suisse sans l'approbation du Conseil fédéral, a été abrogé lors de la votation populaire du 10 juin 2001 ; RO 2001 2262.

⁷ Pour un aperçu plus général de ces nouveautés, voir RHINOW (note 2), p. 43.

C'est ainsi que le droit du soldat de bénéficier d'un équipement gratuit, naguère garanti par l'art. 18 al. 3 aCst., est plus simplement repris au niveau de la loi⁸. Quant au droit à une sépulture décente, explicitement prévu à l'art. 53 al. 2 aCst., il est désormais réputé compris dans le droit général au respect de la dignité humaine de l'art. 7 Cst.⁹. Les droits sociaux qu'énonce la Constitution fédérale du 18 avril 1999 sont quant à eux rangés dans le chapitre consacré aux *droits fondamentaux*.

B. Les droits fondamentaux

Pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle suisse, la Constitution fédérale comprend un chapitre entier, qui traite des garanties concernant l'aménagement des rapports individuels qu'entretiennent les justiciables avec les pouvoirs publics¹⁰.

Strictement agencé, rédigé dans un langage simple et accessible, ce chapitre synthétise les tendances qui se sont progressivement dégagées dans le domaine des droits de la personne humaine sous l'influence tant de la jurisprudence du Tribunal fédéral que des instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est partie¹¹.

Composés de trente dispositions (art. 7 à 36 Cst.), les droits fondamentaux comprennent quatre catégories de garanties : les libertés individuelles, les garanties de l'Etat de droit, les droits politiques et, précisément, les droits sociaux. Le point commun entre ces diverses garanties réside dans leur caractère *directement applicable*, qui permet à leurs titulaires de les invoquer, en cas de besoin, devant les instances administratives ou judiciaires, afin de revendiquer leur respect.

⁸ FF 1997 I 143 et 244; Dieter BIEDERMANN, Que nous apporte la nouvelle Constitution ?, PJA 6/1999, p. 762.

⁹ FF 1997 I 143. Plus généralement, sur la concordance entre les dispositions de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 et celle du 18 avril 1999, voir les tables établies par BIEDERMANN, (note 8), p. 763; Jörg Paul MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3^e éd., Berne 1999, p. 725.

¹⁰ Alexander MISIC, Der Grundrechtskatalog, in : Tomas Fleiner (éd.), La nouvelle Constitution suisse, Bâle 2000, p. 71; Heinrich KOLLER, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, PJA 6/1999, p. 656; Andreas KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung - ausgewählte Neuerungen, RSJB 1999, p. 301.

¹¹ FF 1997 I 139.

C. Les buts sociaux

Parallèlement aux droits fondamentaux, la Constitution fédérale comprend un article qui fonde un chapitre à lui seul, consacré aux *buts sociaux* (art. 41)¹². La disposition énonce toute une série d'*objectifs de politique sociale* considérés comme des buts de l'Etat qui ne sont pas, à ce titre, susceptibles d'être revendiqués comme tels devant le juge ou l'administration¹³.

Les buts sociaux de l'art. 41 Cst. sont assez largement conçus : ils concernent la sécurité sociale, la santé, la famille, le travail, le logement ou encore la protection des enfants et des jeunes, soit autant d'*aspects élémentaires de l'existence humaine*¹⁴. Ces buts, qui ne créent pas des compétences nouvelles à la charge de la Confédération et des cantons, doivent toutefois être pris en compte par ceux-ci dans l'exercice de leurs fonctions respectives¹⁵. Ils sont en outre conçus et agencés dans une perspective de *subsidiarité*, dans la mesure où la Confédération et les cantons s'engagent à les réaliser "en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée", comme le stipule l'art. 41 al. 1 Cst.¹⁶

L'art. 41 al. 4 Cst. précise en outre qu'*aucun droit subjectif* à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des *buts sociaux* qu'énonce la Constitution. Ceux-ci appellent en conséquence l'adoption de *mesures d'exécution* de la part des pouvoirs publics, avant de donner lieu, le cas échéant, à des prétentions concrètes.

La portée juridique des buts à caractère social de l'art. 41 Cst. s'avère ainsi strictement circonscrite : c'est le critère de la justiciabilité qui permet de marquer la différence entre les droits sociaux, dotés d'une vocation *individuelle*, et les objectifs *géné-*

¹² FF 1997 I 202.

¹³ GREBER (note 2), p. 124; Walter P. SEILER, *Die schweizerische Sozialordnung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Lucerne 2000, p. 12; Hans Peter TSCHUDI, *Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung*, RSAS 1999 (vol. 43), p. 364; Margrith BIGLER-EGGENBERGER, *Nachgeführte Verfassung : Sozialziele und Sozialrechte*, in : Festschrift Yvo Hangartner, St-Gall 1998, p. 497.

¹⁴ FF 1997 I 203.

¹⁵ Sur la question, voir en particulier MADER (note 4), p. 699.

¹⁶ FF 1997 I 203; RHINOW (note 3), p. 175; MADER (note 4), p. 699. La formule reprend la clause générale de l'art. 6 Cst., selon laquelle "toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société". Voir les remarques de GREBER (note 2), p. 126, qui souligne que la priorité attachée, dans ce cadre, à la responsabilité individuelle et à l'initiative privée procède de la conception la plus faible de l'Etat-providence, tout en relevant que le régime de protection sociale qu'énonce l'art. 41 al. 2 Cst. *échappe* à la règle de la subsidiarité prémentionnée.

raux, dotés d'une dimension *collective*, qui relèvent de la politique sociale conduite par la Confédération ou les cantons¹⁷.

II. LES DROITS SOCIAUX GARANTIS PAR LA CONSTITUTION FÉDÉRALE DU 18 AVRIL 1999

Quatre garanties forment les droits sociaux qu'énonce la Constitution fédérale : le droit à des conditions minimales d'existence, le droit à un enseignement de base, le droit à l'assistance juridique gratuite et le droit de grève.

A. Le droit à des conditions minimales d'existence

À teneur de l'art. 12 Cst., le droit à des conditions minimales d'existence confère à toute personne qui se trouve dans une situation de détresse et qui n'est pas en mesure de subvenir elle-même à ses besoins le droit d'être assistée et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine¹⁸. Le droit à des conditions minimales d'existence est réputé couvrir les *besoins humains élémentaires* tels que la nourriture, l'habillement, le logement et les soins médicaux de base, afin de prévenir un état de mendicité indigne de la condition humaine¹⁹. Il ne permet toutefois pas de revendiquer, à lui seul, le bénéfice d'une exonération fiscale²⁰.

Avant de recevoir une assise dans la Constitution fédérale, le droit à des conditions minimales d'existence a été revendiqué, de façon pratiquement unanime, par la doctrine²¹. En 1995, il a été érigé par le Tribunal fédéral au rang de *droit constitutionnel*

¹⁷ FF 1997 I 139; Ulrich MEYER-BLASER/Thomas GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller/Daniel Thürer, Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 557.

¹⁸ MÜLLER (note 9), p. 166; Andreas AUER, Le droit à des conditions minimales d'existence : un nouveau droit social ?, in : Mélanges Charles-André Junod, Bâle 1997, p. 27.

¹⁹ ATF 121 I 367; FF 1997 I 151. Voir, à titre de comparaison, l'art. 112 al. 2 let. b Cst., qui dispose que les rentes d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité "doivent couvrir les besoins vitaux de manière appropriée".

²⁰ ATF 122 I 101.

²¹ Jean-François AUBERT, Un droit social encadré, RDS 1991 (vol. 110) I, p. 165; André GRISEL, Les droits constitutionnels non écrits, in : Festschrift Ulrich Häfelin, Zurich 1989, p. 76; Peter SALADIN, Persönliche Freiheit als soziales Grundrecht ?, in : Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, p. 104; Michel ROSSINELLI, Les libertés non écrites, Lausanne 1987, p. 218; Jörg Paul MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung ?, RDS 1973 (vol. 92) II, p. 896.

non écrit, à la faveur d'un arrêt concernant trois frères apatrides, qui étaient tombés dans le besoin, et auxquels les autorités d'une commune bernoise avaient refusé l'assistance²².

Tel qu'énoncé par la Constitution, le droit à des conditions minimales d'existence ne peut guère aller plus loin que de proclamer un *principe* certes important, mais dont la mise en œuvre effective et la portée concrète s'avèrent tributaires des choix que les autorités politiques et administratives sont nécessairement conduites à opérer²³. C'est pourquoi il ne revêt, dans une perspective juridique, qu'une envergure réduite, tant qu'il n'est pas concrètement accompagné d'une législation d'exécution.

B. Le droit à un enseignement de base

L'art. 19 Cst. garantit à chacun le droit à un enseignement de base. La disposition ne possède qu'une *portée limitée*, en tant qu'elle concerne, comme son intitulé le laisse entendre, *l'enseignement de base* seulement²⁴.

Les travaux qui ont conduit à l'adoption de l'art. 19 Cst. ont vu le Conseil fédéral souligner que ce droit présente un caractère justiciable et qu'il oblige la collectivité à fournir une prestation effective²⁵. Il est par ailleurs acquis que le *droit* de recevoir un enseignement de base comprend, corrélativement, un *devoir* à la charge de ses bénéficiaires : tous les enfants qui résident en Suisse ont ainsi l'obligation de recevoir une instruction de base, quelle que soit leur nationalité ou leur origine. L'enseignement doit

²² ATF 121 I 367; voir également ATF 122 II 193. Au sujet des conditions qu'applique le Tribunal fédéral pour reconnaître des facultés ou des comportements humains comme droits fondamentaux non écrits, voir Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Les droits fondamentaux, Berne 2000, p. 35 et les références citées.

²³ RHINOW (note 3), p. 175; UEBERSAX (note 3), p. 10.

²⁴ UEBERSAX (note 3), p. 13 relève que la durée de l'enseignement primaire couvre en règle générale neuf ans. Sur la portée de l'art. 19 Cst. et les problèmes d'interprétation que pose la notion d'enseignement *de base*, voir Ulrich HÄFELIN/Walter HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5^e éd., Zurich 2001, p. 260 : ces deux auteurs soulignent qu'il n'est pas certain que l'enseignement *de base* corresponde à la phase de l'enseignement *primaire*, que prévoyait l'art. 27 al. 2 aCst. L'étude de l'avant-projet de Constitution fédérale rédigé en 1995 par le Conseil fédéral tend pourtant à démontrer que l'enseignement de base est censé correspondre à l'enseignement primaire qu'évoquait l'art. 27 al. 2 aCst. Ce raisonnement, qui n'a pas été à l'époque motivé de façon plus approfondie, a été repris sans modification notable par le Conseil fédéral dans le message relatif à une nouvelle Constitution fédérale qu'il a présenté à l'Assemblée fédérale; voir FF 1997 I 280.

²⁵ FF 1997 I 281.

être suffisant et, dans les écoles publiques, gratuit, afin d'assurer l'égalité des chances de chaque enfant²⁶.

La Constitution fédérale ne garantit le droit à l'enseignement que dans la forme réduite de l'art. 19 Cst. On y chercherait en vain la garantie d'un *droit à la formation* susceptible d'offrir une protection plus large²⁷. D'une part, le peuple et les cantons ont refusé l'introduction d'un droit de ce genre dans la Constitution, en 1973. Le Tribunal fédéral a d'autre part refusé à plusieurs reprises de reconnaître un tel droit dans sa jurisprudence²⁸. La Suisse n'a par ailleurs pas ratifié le Protocole additionnel no 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁹, dont l'art. 2 énonce le *droit à l'instruction*. Quant au Pacte I, dont l'art. 13 proclame le droit à l'éducation et à l'enseignement, il fait l'objet d'une *interprétation restrictive* de la part du Tribunal fédéral, qui tend à lui dénier toute portée concrète³⁰.

C. Le droit à l'assistance juridique gratuite

L'art. 29 al. 3 Cst. garantit le droit à l'assistance juridique gratuite. Conçu comme une *garantie générale de procédure*, ce droit, initialement déduit par la jurisprudence du principe d'égalité de traitement, représente un élément essentiel en vue d'assurer l'*égalité de chacun face à la justice*, cela indépendamment de sa situation financière³¹.

Une casuistique qui s'étend sur plus d'un siècle a permis au Tribunal fédéral de préciser les contours, et aussi les limites, du droit à l'assistance juridique³². Il est aujourd'hui admis que ce droit gouverne l'ensemble des procédures auxquelles le justiciable est susceptible d'être partie, sans limiter son empire aux seuls domaines, classiques, du droit civil ou pénal. De même, il trouve application non seulement dans les procédures

²⁶ JAAC 64/I (2000), no 1.

²⁷ Voir à ce sujet les développements contenus dans le message du Conseil fédéral du 23 janvier 2001 relatif à l'initiative populaire "Pour une offre appropriée en matière de formation professionnelle", FF 2001 92.

²⁸ FF 2001 92; ATF 103 I 369; voir également ATF 114 Ia 216; 117 Ia 27; 121 I 22; 125 I 173.

²⁹ Hanspeter MOCK, Aperçu de la politique suisse des droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, *in* : Mélanges Pierre Lambert, Bruxelles 2000, p. 608.

³⁰ ATF 126 I 240 et les références citées.

³¹ Etienne GRISEL, Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Berne 2000, p. 209; MÜLLER (note 9), p. 542.

³² François PAYCHÈRE, Principes de l'assistance judiciaire gratuite en droit international et constitutionnel et application devant les tribunaux : un état de la question, *in* : Christian Schöbi (éd.), Frais de justice, frais d'avocats, caution/sûretés, assistance juridique, Berne 2001, p. 109.

judiciaires, mais également dans les procédures administratives³³. La phase *non contentieuse* d'une procédure est également couverte par le droit à l'assistance juridique gratuite, par exemple dans le domaine des assurances sociales³⁴. Les conseils extérieurs à toute procédure échappent par contre à l'empire de l'art. 29 al. 3 Cst.³⁵, au même titre que les procédures arbitrales³⁶.

L'octroi de l'assistance juridique gratuite suppose la réalisation de *trois conditions*. L'intéressé doit en premier lieu démontrer qu'il est *dépourvu des ressources* destinées à lui permettre de faire face aux frais de justice et aux frais de conseil à engager, sans entamer le minimum vital qui lui revient. La cause qu'il entend défendre ne doit ensuite pas être dépourvue de *chances de succès*. La *sauvegarde des droits* revendiqués doit enfin requérir que le bénéfice de l'assistance juridique soit accordé³⁷.

Pour être de longue date reconnu comme directement applicable, le droit à l'assistance juridique énoncé par la Constitution fédérale n'en présente pas moins un caractère fondamentalement *subsidaire*³⁸. Sa garantie est donc prioritairement assurée par la législation, tant fédérale que cantonale, qui peut ainsi offrir une protection *plus étendue et plus favorable* à ses bénéficiaires. Au plan international, les art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II) énoncent eux aussi des facettes du droit à l'assistance judiciaire, dont la mise en œuvre est assurée par la Cour européenne des droits de l'homme, respectivement le Comité des droits de l'homme des Nations Unies³⁹.

D. Le droit de grève

La reconnaissance d'un droit de grève par la Constitution suisse a été, durant des années, âprement débattue. Le Tribunal fédéral a attendu l'année 1999 pour répondre par l'affirmative à cette question, non sans préciser que le droit ainsi reconnu ne garantit pas à chaque travailleur un droit *individuel* de cesser le travail⁴⁰. Si l'art. 28 al. 3 Cst. évoque à présent le droit de grève, les contours de ce droit et ses modalités d'application n'en sont pas moins conçus de manière plutôt *restrictive*.

³³ ATF 124 I 304; voir également FF 1997 I 184.

³⁴ ATF 114 V 228.

³⁵ ATF 121 I 321.

³⁶ ATF 99 Ia 325.

³⁷ HÄFELIN/HALLER (note 24), p. 239.

³⁸ ATF 124 I 1.

³⁹ La Suisse n'a toutefois pas ratifié le premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte II, qui établit la compétence du Comité des droits de l'homme pour statuer sur des communications émanant de particuliers; voir FF 1991 I 1145.

⁴⁰ ATF 125 III 277.

D'une part, l'art. 28 al. 3 Cst. n'énonce le droit de grève qu'en rapport avec la *liberté syndicale* (art. 28 Cst.), en assortissant de surcroît son usage de *conditions strictes*. Cette conception marque une rupture par rapport au courant traditionnellement libéral, qui anime l'exercice des libertés individuelles, et qui tend à concevoir celles-ci dans une perspective très générale.

La disposition précise ainsi que, pour être considérés comme licites, la grève et le lock-out ne doivent se rapporter qu'aux *relations du travail* et s'avérer de surcroît conformes à l'obligation de *préserver la paix du travail* ou de *recourir à une conciliation*. Le Tribunal fédéral a en outre souligné qu'une grève n'est licite que si elle recueille l'appui d'une organisation apte à négocier un tarif salarial, si elle poursuit des buts susceptibles d'être réglés par une convention collective de travail, si elle ne viole pas une obligation de maintenir la paix du travail et si elle respecte au surplus le principe de la proportionnalité⁴¹. L'art. 28 al. 4 Cst. stipule par ailleurs que la loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes.

La tradition suisse de paix du travail et de concertation imprègne ainsi fortement la conception constitutionnelle du droit de grève, au point de circonscrire son exercice, considéré comme *exceptionnel*, dans des limites très étroites⁴².

On en vient ainsi à se demander si l'art. 28 al. 3 Cst. énonce un *droit autonome* sujet, le cas échéant, à des restrictions, ou, en sens inverse, une *interdiction de principe*, assortie d'exceptions isolées⁴³.

⁴¹ ATF 125 III 277.

⁴² Sur les racines et la conception du droit de grève qui prévaut en Suisse, voir les développements de Gabriel AUBERT, Wittenberg, Rome et droit collectif du travail, in : Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand, Bâle 2001, p. 179 : "Dans les sociétés issues de la Réforme, le droit de grève permet de faire fonctionner la négociation collective, dont dépend la fixation des conditions de travail. C'est, en réalité, un droit économique, mis en œuvre par les syndicats contre la partie patronale (Allemagne, Danemark, Suède, Suisse)... Au contraire, dans les sociétés de tradition romaine, le droit de grève est l'arme des travailleurs dans la lutte des classes. Il peut être utilisé pour faire pression sur l'Etat, la légitimité syndicale ne le cédant pas devant la légitimité démocratique. En tant qu'elle touche des revendications professionnelles (au sens large), la grève politique ne constitue donc une violation du contrat de travail ni en Italie, ni en Belgique, ni en France."

⁴³ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 22), p. 721 : "(...) dans la mesure où la grève n'est déclarée licite que sous réserve de certaines conditions, qui ont elles-mêmes valeur constitutionnelle, l'art. 28 al. 3 Cst. peut aussi être interprété comme consacrant implicitement le principe de l'illicéité de la grève."

III. LES AUTRES SOURCES DE DROITS SOCIAUX EN SUISSE

De nos jours, la reconnaissance, l'institutionnalisation et la mise en œuvre des droits fondamentaux ne sont plus l'apanage des seuls Etats. Si les constitutions nationales conservent certes toute leur valeur en ce domaine, pas seulement d'un point de vue historique, politique ou culturel, la protection des droits individuels ne s'arrête plus aux frontières nationales. Elle se double d'une *dimension internationale*, qui vise précisément à cerner les pouvoirs des Etats⁴⁴.

Les droits sociaux n'échappent pas à ce phénomène : leur garantie résulte aujourd'hui d'un tissu d'*instruments internationaux*, au premier rang desquels figurent la Charte sociale européenne et le Pacte I. La Suisse n'ayant pas ratifié le premier de ces instruments⁴⁵, les lignes qui suivent se concentreront sur le Pacte I, lequel est en vigueur pour la Suisse depuis le 18 septembre 1992⁴⁶.

La structure fédérale de la Suisse implique par ailleurs que la sauvegarde des droits individuels qui prévaut au plan national se double de la garantie que les *constitutions des cantons* viennent offrir en la matière. C'est ainsi que plusieurs constitutions cantonales énoncent, parmi les droits fondamentaux qu'elles énumèrent, divers droits sociaux.

A. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Les droits énoncés par le Pacte I traduisent en normes obligatoires les garanties correspondantes proclamées le 10 décembre 1948 par la Déclaration universelle des droits de l'homme.

La ratification par le Conseil fédéral des instruments onusiens de protection des droits de l'homme (Pactes I et II) a été ouvertement envisagée dans le souci de manifester l'engagement de la Suisse sur le plan mondial en faveur du caractère à la fois universel et indivisible des droits de la personne humaine. La portée de cet engagement a été ainsi présentée comme avant tout *politique*, au motif que le dénominateur commun de la protection octroyée par le Pacte I et le Pacte II serait sensiblement moins élevé que celui des instruments correspondants du Conseil de l'Europe. L'adhésion aux Pactes

⁴⁴ Sur la question, voir en particulier Giorgio MALINVERNI, L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant, RDS 1998 (vol. 117) II, p. 13ss.

⁴⁵ L'Assemblée fédérale s'est opposée à deux reprises au projet que lui avait présenté le Conseil fédéral d'approuver la Charte sociale européenne; voir FF 1996 II 717, 1983 II 1273.

⁴⁶ RS 0.103.1.

était dès lors censée ne pas avoir pour effet principal de renforcer la protection des droits de l'homme en Suisse, mais de réaliser avant tout un objectif de *politique étrangère* sur le plan universel⁴⁷.

L'opinion du Conseil fédéral s'est vérifiée : une dizaine d'années d'application des deux Pactes dans l'ordre juridique suisse démontre l'absence quasi totale d'incidence sur la pratique helvétique des droits fondamentaux. La place qu'occupent le Pacte I et le Pacte II en droit interne s'avère en conséquence extrêmement *modeste*.

Ce constat s'avère tout particulièrement vrai s'agissant du Pacte I. Non seulement l'instrument n'a guère modifié le paysage des droits de l'homme en Suisse, mais de surcroît, le Tribunal fédéral refuse de manière quasiment systématique d'entrer en matière sur les recours alléguant sa violation, au motif que les droits qu'il contient sont *dépourvus d'effet direct*.

Le Tribunal fédéral a considéré que l'interdiction de la discrimination (art. 2 paragraphe 2)⁴⁸, le principe d'égalité des sexes (art. 3)⁴⁹, le droit à la sécurité sociale (art. 9)⁵⁰, le droit à un niveau de vie suffisant (art. 11 paragraphe 1)⁵¹ et le droit à l'enseignement secondaire et supérieur (art. 13 paragraphe 2 let. b et c)⁵² énoncés par le Pacte I sont *dépourvus d'applicabilité directe*, en sorte que le respect de ces garanties ne saurait être revendiqué par la voie judiciaire. Il a par ailleurs laissé ouverte la question de savoir si le droit de grève prévu à l'art. 8 paragraphe 1 let. d Pacte I présente un caractère *self-executing*⁵³.

Faiblement motivé et par ailleurs hautement contestable, le raisonnement du Tribunal fédéral reprend fidèlement l'opinion lapidaire du Conseil fédéral, selon laquelle les droits contenus dans le Pacte "ont souvent un énoncé très général, qui s'apparente dans la plupart des cas à de simples déclarations de principe"⁵⁴. Cette approche des droits sociaux a fait l'objet de critiques pertinentes et justifiées⁵⁵. Elle fait de surcroît, et

⁴⁷ FF 1991 I 1135.

⁴⁸ ATF 123 II 472; 121 V 246.

⁴⁹ ATF 121 V 229.

⁵⁰ ATF 121 V 246.

⁵¹ ATF 122 I 101.

⁵² ATF 126 I 240; 120 Ia 1.

⁵³ ATF 125 III 277.

⁵⁴ FF 1991 I 1137 et 1141; FF 1997 I 203; cf. ATF 126 I 240; 120 Ia 1; voir également arrêt du Tribunal fédéral du 8 avril 1997, dans la cause I. M., RSDIE 1998, p. 522.

⁵⁵ Voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 22), p. 50 et 681; Giorgio MALINVERNI, Les Pactes dans l'ordre juridique suisse, in : Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (éd.), La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2° éd., Bâle 1997, p. 74; UEBERSAX (note 3), p. 7; Jörg KÜNZLI, Soziale Menschenrechte : blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche ?,

c'est assurément regrettable, totalement abstraction de l'apport précieux que représentent les *observations*, générales et finales, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels se rapportant au Pacte I à l'égard des garanties correspondantes d'origine interne, à l'instar du droit à des conditions minimales d'existence de l'art. 12 Cst.⁵⁶

B. Les constitutions cantonales

Les constitutions des cantons suisses contiennent toutes, à des degrés divers, des listes de droits fondamentaux. Celles-ci renferment des dispositions qui sont susceptibles de déployer une portée propre soit lorsqu'elles dépassent la protection qu'octroie, dans le domaine considéré, la Constitution fédérale, soit lorsqu'elles consacrent des droits résolument nouveaux, encore inconnus au niveau national⁵⁷.

Plusieurs constitutions cantonales, qui ont récemment fait l'objet d'une révision totale, proclament ainsi des *droits sociaux*, et contiennent également une liste de *buts sociaux* dont doivent s'inspirer les autorités dans l'accomplissement des tâches qui leur incombent⁵⁸.

La Constitution bernoise, du 6 juin 1993, contient par exemple un art. 29, qui garantit à toute personne dans le besoin le *droit à un logis, aux moyens nécessaires pour mener une existence conforme à la dignité humaine*, ainsi qu'aux *soins médicaux essentiels*. La même disposition énonce le droit de tout enfant d'être protégé, assisté et encadré, ainsi que le droit à une *formation scolaire gratuite*. L'art. 30 de la Constitution bernoise énonce en outre divers *buts sociaux* que les autorités cantonales et communales s'engagent à réaliser, dans le cadre des moyens disponibles et en complément de la responsabilité privée.

L'art. 13 de la Constitution tessinoise, du 14 décembre 1997, reconnaît quant à lui le droit de *toute personne dans le besoin à un logement, le droit aux moyens nécessaires à la conduite d'une existence conforme à la dignité humaine*, ainsi qu'aux *soins médicaux de base*. La liste des *buts sociaux* qu'énonce la Constitution tessinoise en son art. 14 est étendue et couvre des domaines aussi variés que le travail, le logement, l'enseignement et un environnement sain.

PJA 5/1996, p. 527; voir également Jeanine DE VRIES REILINGH, Commentaire de l'ATF 126 I 240, PJA 7/2001, p. 846.

⁵⁶ MÜLLER (note 9), p. 174; voir également Jörg KÜNZLI/Walter KÄLIN, Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, *in* : Kälin/Malinverni/Nowak (note 55), p. 131.

⁵⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 22), p. 39.

⁵⁸ FF 1997 I 62; UEBERSAX (note 3), p. 7; Pascal MAHON, Droits sociaux et réforme de la Constitution, *in* : Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 388.

La Constitution neuchâteloise, adoptée le 25 avril 2000, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2002, consacre le droit à des *conditions minimales d'existence*, les *droits de l'enfant* ou encore le *droit de grève*. Elle contient en outre une liste de *buts* et de *mandats sociaux*, destinés aux autorités cantonales et communales.

À l'instar de leurs cousins énoncés par la Constitution fédérale, les droits sociaux proclamés par les constitutions des cantons ne jouent guère de rôle en pratique. Deux raisons permettent d'expliquer ce phénomène.

Il y a, d'une part, le rôle généralement imparti par la jurisprudence du Tribunal fédéral aux droits fondamentaux consacrés par les constitutions cantonales. Il n'est en effet pas fréquent de voir le Tribunal fédéral préférer aux droits de rang national des *garanties locales*, dont l'empire se limite nécessairement au *territoire* et aux *autorités des cantons*, sans lier simultanément celles de la Confédération. Le *nombre restreint* de droits sociaux de rang cantonal susceptibles de déployer une envergure autonome par rapport au droit fédéral, ainsi que l'inclinaison peu marquée des autorités cantonales à appliquer elles-mêmes des droits fondamentaux de rang local par préférence aux garanties fédérales explique, d'autre part, l'envergure limitée qu'occupent, dans ce domaine, les constitutions des cantons.

Les garanties cantonales de droits et de buts sociaux revêtent une importance de type plutôt *symbolique*, en ce qu'elles permettent d'affirmer le "caractère résolument social"⁵⁹ des cantons, et en invitant les autorités cantonales à prendre celles-ci en considération dans l'exercice de leurs fonctions. Elles peuvent en outre exercer une certaine influence sur la reconnaissance, *au niveau fédéral*, de garanties correspondantes. C'est ainsi que la liste des droits et des buts sociaux qui figure dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 s'inspire largement tant de la méthode législative suivie par les autorités cantonales que des droits sociaux les plus fréquemment reconnus au niveau cantonal⁶⁰.

C. La Convention européenne des droits de l'homme ?

La Convention européenne des droits de l'homme, que la Suisse a ratifiée en 1974⁶¹, est un traité international adopté en 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe, qui garantit les droits fondamentaux parmi les plus classiques et les plus répandus au sein des Etats parties. On y trouve des *libertés individuelles* d'une part, à l'instar de la liberté d'expression, de réunion ou d'association, ainsi que des *garanties de l'Etat de*

⁵⁹ Ainsi que le souligne par exemple le Conseil fédéral dans le message concernant la garantie de la Constitution de Neuchâtel, FF 2001 2363.

⁶⁰ FF 1997 I 62 et 199.

⁶¹ RS 0.101.

droit, telles que l'interdiction de la torture, le droit à un procès équitable, ou encore l'interdiction de la discrimination⁶².

S'interrogeant sur la nature des droits énoncés par la CEDH, en relation avec certaines formules employées, de cas en cas, par la Cour européenne des droits de l'homme relativement à des "obligations positives" incombant aux Etats parties⁶³, ou en rapport avec le principe d'égalité de traitement au sens de l'art. 14 CEDH, plusieurs auteurs se sont interrogés sur la question de savoir si cet instrument ne contiendrait pas, de façon implicite, des *droits à caractère social*⁶⁴.

Il est en effet admis de nos jours que les Etats parties à la Convention ne voient pas leurs obligations se limiter à la seule observation passive des droits et libertés qu'énonce cet instrument. Le respect de celui-ci peut appeler, selon les cas, l'adoption de *mesures positives*, destinées à assurer l'exercice concret et effectif des droits conventionnels⁶⁵.

La Cour de Strasbourg l'a affirmé s'agissant du *droit à la vie* de l'art. 2 CEDH⁶⁶. Elle l'a dit également à propos du *droit au respect de la vie privée et familiale* qu'énonce l'art. 8 CEDH⁶⁷. Et il est vrai que, dans la jurisprudence qu'ils ont développée sur la base de l'art. 14 CEDH, les juges européens ont occasionnellement pu laisser entendre, non sans une certaine ambiguïté, que le principe conventionnel *d'interdiction de la discrimination* pourrait déployer

⁶² Arthur HAEFLIGER/Frank SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2^e éd., Berne 1999; Mark E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2^e éd. Zurich 1999.

⁶³ ACEDH Botta c. Italie du 24 février 1998, Rec. 1998-I, p. 412; sur la question en général, voir Frédéric SUDRE, Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *in* : Mélanges Rolv Ryssdal, Cologne 2000, p. 1359.

⁶⁴ Marco BORGHI, La CEDH : un fondement pour des prestations positives de la part de l'Etat *in* : Protection des droits fondamentaux en Europe, Cahiers suisses pour l'intégration européenne, Berne 2001, p. 37 et les références citées; Pierre LAMBERT, Le droit de l'homme à un logement décent, RTDH 2001, p. 47; Monserrat ENRICH MAS, Existe-t-il un droit au travail dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, *in* : Mélanges Rolv Ryssdal, Cologne 2000, p. 487; Frédéric SUDRE, La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux, *in* : Mélanges Jacques Mourgeon, Bruxelles 1998, p. 474; Samuel-Jacques PRISO ESSAWE, Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, RTDH 1998, p. 721.

⁶⁵ MALINVERNI (note 44), p. 50 et les références citées.

⁶⁶ ACEDH Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998, Rec. 1998-VIII, p. 3124.

⁶⁷ ACEDH Guerra c. Italie du 19 février 1998, Rec. 1998-I, p. 210; Lopez Ostra c. Espagne du 9 décembre 1994, Série A no 303-C, p. 38; Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, Série A no 32.

une portée susceptible de dépasser le cadre des seuls droits nommément énoncés par la Convention⁶⁸.

Pour l'heure, il faut toutefois constater que cette approche extensive des droits conventionnels n'est pas formellement consacrée et qu'elle n'a pas encore débouché sur une conception systématiquement favorable à la reconnaissance, par voie prétorienne, de droits sociaux d'une nature comparable à ceux que contient la Charte sociale européenne ou le Pacte I.

IV. LA PLACE MODESTE QU'OCCUPENT LES DROITS SOCIAUX EN SUISSE : ESSAI D'EXPLICATION

Les droits sociaux énoncés dans la Constitution fédérale, dans le Pacte I et dans les constitutions cantonales ne jouent, au vu de ce qui précède, qu'un *rôle modeste* dans l'ordre juridique suisse.

Cette situation n'est assurément pas le fruit du hasard. Elle résulte au contraire de plusieurs causes, d'ordre *institutionnel* en particulier. La première tient à la *nature ambiguë* propre aux droits sociaux. La deuxième concerne le *rôle de la jurisprudence*, lui-même lié aux contingences fédéralistes et démocratiques, qui conditionnent la pratique du Tribunal fédéral. La troisième, qui s'inscrit dans le prolongement des deux premières, a trait à la problématique des *prestations positives*.

A. La nature ambiguë des droits sociaux

La première raison qui permet d'expliquer la place modeste qu'occupent les droits sociaux en Suisse tient à *l'ambiguïté de leur nature*. Contrairement aux droits fondamentaux classiques, qui ont pour mission première et pour objectif essentiel la *limitation* du pouvoir exercé par l'Etat en prônant un *devoir d'abstention*, les droits sociaux procèdent d'une conception axée sur *l'interventionnisme* des pouvoirs publics, en vue de porter assistance à certaines catégories de justiciables⁶⁹. Présenter ces garanties

⁶⁸ ACEDH Petrovic c. Autriche du 27 mars 1998, Rec. 1998-II, p. 579, (refus d'une allocation de congé parental en fonction du sexe du requérant); Van Raalte c. Pays-Bas du 21 février 1997, Rec. 1997-I, p. 173, (discrimination dans l'octroi d'une allocation à un chômeur); Gaygusuz c. Autriche du 16 septembre 1996, Rec. 1996-IV, p. 1129, (refus d'une allocation d'urgence à un chômeur en fin de droit); Schuler-Zgraggen c. Suisse du 24 juin 1993, Série A no 263, (refus d'une rente invalidité en fonction de l'appartenance sexuelle de la requérante).

⁶⁹ Alexandre BERENSTEIN, Droits sociaux, in : Dictionnaire suisse de politique sociale, Lausanne 1998, p. 78.

comme des *droits* laisse cependant entendre qu'elles renfermeraient autant de créances qui, à l'instar des libertés individuelles, pourraient être revendiquées par leurs titulaires directement devant les autorités.

Or, la mise en œuvre de garanties telles que le droit au logement, le droit au travail ou à la sécurité sociale ne se contente pas des infrastructures existantes et n'est pas aisée, au point de pouvoir être assurée, sans autre, par les juges ou l'administration⁷⁰. Elle appelle par définition une *législation d'exécution*, elle-même dictée par des choix de nature politique, économique ou, précisément, sociale, soit des choix qui sont étrangers à l'idée de *droits individuels* susceptibles d'être invoqués directement, ès qualité, devant l'administration ou les tribunaux.

Le *droit au logement* est par exemple inscrit dans la Constitution genevoise depuis 1992. C'est peu dire que cette disposition, qui n'est quasiment jamais invoquée en pratique, a été une fois d'une quelconque utilité. La politique sociale du logement repose, bien plus, sur une série de normes de rang *législatif* et *réglementaire*, qui existaient dans le canton de Genève bien avant la reconnaissance d'un "droit" au logement de nature constitutionnelle.

En sens inverse, la mise en œuvre d'un programme de politique sociale s'accommode parfaitement bien de l'absence de reconnaissance préalable, sur le terrain constitutionnel, d'un éventuel "droit social" dans la matière considérée.

L'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2001, d'une loi cantonale instituant *l'assurance maternité* obligatoire à Genève⁷¹ à la suite du rejet, lors de la votation populaire du 13 juin 1999, de la loi fédérale sur l'assurance maternité⁷², n'a nullement nécessité l'inscription, dans la Constitution genevoise, d'un quelconque "droit" social correspondant⁷³.

Dans cette perspective assurément ambiguë, il sied de distinguer entre les quelques *droits* à caractère social, susceptibles de procurer par leur nature même un avantage direct à leurs bénéficiaires, et les *objectifs* plus généraux, à vocation collective, que

⁷⁰ Voir Pierre MOOR, *Droit administratif*, vol. 3, Berne 1992, p. 357.

⁷¹ RS/GE J.5.07.

⁷² Gilles GUENAT/Jean-Marc MARAN, *Tour d'horizon sur les lois sociales en Suisse*, CGSS No 26-2001, p. 97.

⁷³ L'introduction de l'assurance maternité au niveau cantonal, dans l'attente d'une réglementation de rang fédéral, est également envisagée dans les cantons de Neuchâtel, du Valais et du Jura, apparemment sans révision préalable, sur ce point, de la Constitution de chacun de ces cantons; voir GUENAT/MARAN (note 72), p. 98.

l'Etat se fixe dans le domaine de la politique sociale, moyennant l'adoption d'un train de mesures législatives⁷⁴.

Il s'ensuit que, sur le terrain strictement *juridique*, les droits sociaux qui peuvent être effectivement rangés dans la catégorie des droits fondamentaux que consacre la Constitution sont, en raison de leur nature même, nécessairement limités. Relevant en réalité d'*objectifs généraux* poursuivis par l'Etat, les autres "droits sociaux" sont quant à eux dépourvus d'applicabilité directe. Les qualifier de droits suscite et véhicule l'apparence d'une fausse symétrie avec les autres droits fondamentaux. Tout au plus peuvent-ils être éventuellement pris en compte par le juge dans la *pesée des intérêts* que celui-ci est appelé à effectuer dans le cadre de l'admissibilité de restrictions portées aux libertés individuelles.

Le juge peut, au nom de la Constitution, engager le législateur à corriger la loi sur un point déterminé. Il peut par exemple dénoncer l'insuffisance des règles sur la protection des travailleurs ou des locataires. Il peut aussi prendre en compte les droits sociaux au titre de la protection des *droits d'autrui*, dans la pesée des intérêts qui permet de limiter les libertés individuelles⁷⁵.

Dans un arrêt concernant l'Italie, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que des mesures législatives suspendant l'expulsion de locataires obéissent au souci de ces derniers de se reloger dans des conditions adéquates ou d'obtenir des logements sociaux, en sorte qu'elles poursuivaient un *but légitime* conforme à l'*intérêt général*⁷⁶.

Le Tribunal fédéral admet de longue date que la nécessité de lutter contre la pénurie de logements et la spéculation foncière dans les villes constitue un motif de *politique sociale*, qui est susceptible de restreindre les droits fondamentaux des propriétaires de biens immobiliers⁷⁷.

⁷⁴ Jean-François AUBERT, La Constitution, son contenu, son usage, RDS 1991 (vol. 110) II, p. 123 : "Sans lois et sans crédits qui les réalisent, le droit au travail n'a jamais fourni un emploi et n'en a même jamais créé un; le droit au logement n'a construit aucun bâtiment; le droit à la sécurité sociale n'a pas donné naissance à la moindre rente. Sans lois, les juges sont impuissants: les actions politiques qui sont nécessaires pour augmenter le nombre des emplois ou des logements ou pour mettre sur pied un système d'assurance sont beaucoup trop compliquées, trop coûteuses aussi, pour sortir tout armées d'un recueil de jurisprudence."

⁷⁵ Sur la question, voir AUBERT (note 74), p. 123.

⁷⁶ ACEDH Spadea et Scalabrino c. Italie du 28 septembre 1995, Série A no 315-B.

⁷⁷ ATF 119 Ia 348; 116 Ia 414; 113 Ia 126; 111 Ia 93. Sur la question, voir également Jean-François AUBERT, Restrictions à la propriété. Les justifications jugées suffisantes par le Tribunal fédéral, 1^{er} Journée du droit de la propriété, Genève 1996, p. 4 et les références citées.

B. L'absence d'applicabilité directe

L'absence d'applicabilité directe représente sans doute l'élément le plus souvent avancé pour dénier aux droits sociaux, à l'inverse des autres droits fondamentaux, une portée autonome. Telle est du moins la vision qui découle de la *jurisprudence du Tribunal fédéral*. La pratique développée, depuis bientôt dix ans, par cette instance au sujet des droits contenus dans le Pacte I révèle que plusieurs de ces droits se voient dénier toute portée et même toute envergure au motif qu'ils seraient, précisément, dépourvus de la justiciabilité indispensable à leur invocation par des particuliers.

Il est vrai que cette approche extrêmement réductrice peut se fonder sur les travaux qui ont conduit, comme on l'a vu, le Conseil fédéral à proposer à l'Assemblée fédérale l'approbation du Pacte I⁷⁸. Ces travaux affirment, sans nuance aucune, que les droits contenus dans cet instrument ne seraient pas directement applicables et que de toute façon, ils seraient respectés en Suisse. Depuis lors, le Tribunal fédéral a emboîté le pas et, faisant sienne cette conception sans véritablement la discuter ou la nuancer, s'en va répétant que les droits garantis par le Pacte I n'ont pas de portée propre.

La thèse de l'absence d'applicabilité directe des droits sociaux que véhicule le Tribunal fédéral est pourtant trop absolue. Tous les droits sociaux ne sont pas nécessairement, par nature, condamnés à échapper à la sanction du juge. Il existe au contraire des droits sociaux qui sont parfaitement à même de former l'objet d'un débat judiciaire, à l'instar d'autres droits fondamentaux.

Le droit de bénéficier d'un *enseignement de base gratuit*, tel que garanti par l'art. 19 Cst., est par exemple considéré comme directement applicable. Lorsqu'est en revanche en cause l'art. 13 Pacte I, dont le paragraphe 2 prolonge ce droit à l'enseignement secondaire et supérieur, il perd curieusement toute justiciabilité, du moins selon Tribunal fédéral⁷⁹.

C. Les prestations positives

À l'inverse de la plupart des droits fondamentaux, les droits sociaux impliquent souvent des *prestations positives* rendant impossible leur sanction directe, sur demande de leurs bénéficiaires, de la part de l'administration ou des tribunaux. Cette raison suppose ainsi que des choix de nature politique ou financière soient effectués par le législateur, avant que d'éventuels droits se voient reconnaître une envergure propre. Cette question ne touche d'ailleurs pas exclusivement la problématique des droits sociaux : elle est également présente dans d'autres domaines des droits fondamentaux, dont une

⁷⁸ Supra, III.A.

⁷⁹ ATF 126 I 240; 120 Ia 10.

concrétisation exagérément active de la part des instances judiciaires pourrait conduire les pouvoirs publics à affronter des *coûts considérables*⁸⁰.

Cette raison revêt une importance particulière à l'intérieur de l'ordre juridique *fédéraliste* et *démocratique* qui caractérise la Suisse. D'un point de vue *fédéraliste*, elle signifie que la question des choix liés aux mesures à prendre sur la base des droits sociaux incombe prioritairement aux organes soit des *cantons*, soit de la *Confédération*. Telle est sans doute la raison principale pour laquelle le Tribunal fédéral tend à dénier toute applicabilité directe aux droits garantis par le Pacte I : régler des domaines comme l'aménagement ou la gratuité de l'enseignement, au-delà de l'art. 19 Cst., suppose en effet des choix et des décisions de nature *politique* dans lesquels une instance judiciaire, fédérale de surcroît, ne souhaite pas interférer d'une manière trop audacieuse.

D'un point de vue *démocratique*, ces choix peuvent, le cas échéant, appeler l'arbitrage du corps électoral, sur le plan aussi bien fédéral que cantonal, en vertu des instruments de démocratie directe sophistiqués que représentent le référendum et l'initiative populaires. C'est pourquoi, soucieux de respecter la *légitimité du pouvoir politique* qui, en Suisse, revient en dernier recours au peuple, le Tribunal fédéral tend à faire preuve de retenue en la matière. En d'autres termes, priver les droits sociaux d'applicabilité directe, c'est du même coup préserver la compétence des autorités politiques et, en dernier ressort, du *corps électoral* lui-même.

Le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer en 1977 sur la question de la reconnaissance d'un droit à la formation. Se référant à la votation populaire qui avait eu lieu le 4 mars 1973, et au cours de laquelle une *majorité de cantons* avait rejeté l'idée d'inscrire un droit à la formation dans la Constitution fédérale, les juges fédéraux ont refusé en l'occurrence de considérer que ce droit puisse faire partie du droit constitutionnel non écrit de la Confédération⁸¹. Ils ont également refusé à plusieurs reprises de le déduire d'autres droits fondamentaux comme la liberté personnelle⁸² ou encore la liberté économique⁸³, au motif que la reconnaissance d'un droit de ce genre *n'entre pas dans la compétence des juges*.

⁸⁰ Voir à ce propos les exemples cités par AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 22), p. 77; UEBERSAX (note 3), p. 8.

⁸¹ ATF 103 I 369.

⁸² ATF 100 Ia 189; 102 Ia 321; 114 Ia 216; 117 Ia 27; 121 I 22.

⁸³ ATF 125 I 173; voir déjà, dans le même sens, ATF 103 Ia 369.

CONCLUSION

Le débat sur les droits sociaux renvoie à la question de la *nature juridique* de ces garanties d'une part et, d'autre part, à celle du *contexte institutionnel* dans lequel celles-ci sont appelées à s'exercer et à déployer leurs effets. La combinaison de ces éléments permet d'expliquer les raisons pour lesquelles les droits sociaux ne jouent qu'un rôle limité dans le système suisse des droits fondamentaux.

La nature juridique des droits sociaux est en premier lieu singulièrement *ambiguë*. En effet, ces garanties sont souvent présentées comme des "droits", donnant ainsi à penser que l'on a affaire à des prétentions individuelles directement justiciables, alors que l'on se trouve en réalité en présence de *buts* de politique sociale, dotés d'une vocation générale, que les pouvoirs publics sont censés s'efforcer d'atteindre. Corrélativement, dans une perspective juridique tout au moins, les droits à caractère social garantis par la Constitution sont nécessairement peu nombreux.

Le contexte fédéraliste, très décentralisé, et de surcroît démocratique qui caractérise la Suisse n'est en second lieu guère favorable à la reconnaissance de droits individuels impliquant des *prestations* de la part des pouvoirs publics fondée *directement* sur la Constitution. La finalité qui caractérise les droits dits sociaux implique des choix, de nature notamment politique et financière, qui sont réservés au législateur ordinaire, et non au juge ou à l'administration.

Telles sont les raisons pour lesquelles, à quelques exceptions près, la portée *juridique* des droits sociaux demeure limitée. Reste leur portée *idéologique*, *symbolique* ou même purement *électorale*. D'un point de vue constitutionnel, force est toutefois de constater que ce n'est pas énorme⁸⁴.

* * * * *

⁸⁴ AUBERT (note 74), p. 123 : "(...) les mots "droits sociaux" peuvent très bien, sans dommage pour personne, être rayés des constitutions."