



Chapitre de livre

2015

Published version

Public access

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

La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail

Hottelier, Michel

How to cite

HOTTELIER, Michel. La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail. In: Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert. Wyler, Rémy/Meier, Anne/Marchand, Sylvain (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2015. p. 185–199.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:74820>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 00:34

La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail

MICHEL HOTTELIER

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

I. Introduction

S'il est communément admis que la Confédération a fait un large usage des compétences que la Constitution fédérale lui attribue en droit du travail et qu'elle a, en particulier, adopté une législation exhaustive dans un secteur comme la protection des travailleurs¹, cela ne signifie pas pour autant que les cantons sont dépourvus de tout pouvoir dans ce domaine.

D'une part, les cantons ont conservé d'importantes compétences qui leur permettent d'édicter des normes sur des sujets voisins. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, l'organisation du contrôle du marché du travail ressortit par exemple à la compétence des cantons. Ce sont ces derniers qui sont notamment chargés d'instituer les commissions tripartites au sens des articles 360a et 360b CO de même que les différents organes qui s'y rattachent, lesquels assument une mission d'enquête dans le cadre de l'observation du marché du travail, ainsi qu'une mission de contrôle en vue d'assurer le respect des contrats-types fixant les salaires minimaux. Le Tribunal fédéral a précisé que les autorités cantonales disposent à cet égard d'une grande liberté, notamment dans le mode de désignation des personnes chargées d'opérer les contrôles effectifs².

D'autre part, la jurisprudence ménage traditionnellement aux cantons le pouvoir d'intervenir dans les domaines balisés par le droit fédéral si la preuve est rapportée que la norme cantonale poursuit un but autre et non contradictoire avec celui recherché par la mesure fédérale³. On sait par exemple que la politique sociale est un concept jurisprudentiel habilitant les

¹ ATF 130 I 279, 284 consid. 2.3.1 Gewerbeverband Basel-Stadt ; SJ 1997 421, 424 Coop-Genève ; ATF 122 I 90, 93 Syndicat des employés-ées du tertiaire, Actions ; 120 Ia 89, 94 Fédération suisse des entreprises de travail temporaire (FSETT), Manpower SA, Adia Interim SA et Ecco SA ; 119 Ib 374, 379 Gewerkschaft Verkauf, Handel, Transport, Lebensmittel (VHTL) und Kaufmännischer Verband Zürich (KVZ) ; 97 I 499, 504 consid. 3c Griessen : « Il faut dès lors conclure que les cantons n'ont, dans les domaines régis par la loi fédérale, plus de compétence législative en matière de protection des travailleurs qui sont soumis à cette loi, que notamment ils ne peuvent plus fonder sur des motifs tirés de la santé du personnel les prescriptions sur la fermeture des magasins un demi-jour ouvrable par semaine. »

² Arrêt du Tribunal fédéral 1C_33/2013 du 19 mai 2014 consid. 2.2 A. et consorts c. Grand Conseil de la République et canton de Genève, Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) et D.

³ ATF 138 I 435, 446 et 450 A. et consorts ; 133 I 110, 116 Slatkine et Pétroz.

cantons à adopter des dispositions qui, au nom de la promotion du bien-être, sont susceptibles de limiter la garantie de la propriété ou la liberté économique⁴. De même, l'imposition d'un salaire minimal à l'ensemble des domaines d'activité économique sur le plan cantonal n'a-t-elle pas été jugée manifestement contraire à la répartition constitutionnelle et légale des compétences en matière de droit du travail et de fixation des salaires⁵.

A l'intérieur d'un contexte institutionnel qui n'est pas aussi restrictif qu'il n'y paraît de prime abord, mais qui traduit la finesse et la complexité de la structure fédérale contemporaine, une certaine marge de manœuvre est ainsi ménagée aux cantons. Leur ordre juridique, constitution en tête, peut par conséquent aborder et régler certains aspects touchant, de près ou de loin, un champ normatif tel que le droit du travail. La Constitution genevoise adoptée suite à la révision totale de celle du 24 mai 1847 (Cst./GE 1847) entreprise le 24 février 2008 fournit quelques illustrations non dépourvues d'intérêt à cet égard.

II. La Constitution du 14 octobre 2012

Elaborée, quatre ans durant, par une assemblée constituante composée de 80 membres, formellement adoptée par cette dernière le 31 mai 2012 avant d'être acceptée en votation populaire le 14 octobre suivant, la nouvelle Constitution genevoise est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013 (Cst./GE)⁶.

Composé de 237 articles, le texte de 2012 tend à exposer de manière systématiquement ordonnée, actualisée et clarifiée les règles de base du fonctionnement de l'Etat tout en apportant un certain nombre d'innovations au fonctionnement des institutions. Il contient plusieurs dispositions qui concernent le droit du travail. Celles-ci sont réparties dans trois chapitres : les droits fondamentaux, les buts sociaux et les tâches publiques.

⁴ ATF 97 I 499, 505 *Griessen* : « Au cours des années cependant, les cantons ont été amenés à prendre, dans l'intérêt général et en raison de l'évolution des conditions techniques, économiques et sociales, des mesures qui ne tendaient plus directement – ou du moins plus uniquement – à écarter un danger, mais pratiquement à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs (...). Le Tribunal fédéral a déclaré compatibles avec la constitution ces mesures, ressenties par une grande partie de la population comme justifiées. »

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 3 *SolidaritéS et consorts c. Grand Conseil de la République et canton de Genève*, publié et commenté par STEPHANE GRODECKI, *RDAF* 2010 I, p. 252.

⁶ RS/GE A 2 00.

III. Les droits fondamentaux

A l'image de nombreuses constitutions cantonales⁷, la Constitution genevoise du 14 octobre 2012 se caractérise par la présence d'un catalogue richement fourni en droits fondamentaux⁸. Parmi ceux-ci, certaines dispositions intéressent directement le droit du travail, à l'image du principe d'égalité, de la liberté économique, de la liberté syndicale, du droit à la formation ou encore des droits de l'enfant.

1. Le principe d'égalité

Le principe général d'égalité qui figure à l'article 15 Cst./GE concerne le droit du travail à un double égard. D'une part, après avoir proclamé l'égalité des droits entre les femmes et les hommes (al. 3), la disposition précise que la loi pourvoit à cette égalité, en particulier dans le domaine de la formation et du travail. Elle garantit, d'autre part, aux femmes et aux hommes le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale (al. 4).

D'un point de vue juridique, le renvoi à la loi qui figure à l'article 15 alinéa 3 Cst./GE ne s'avère nullement nécessaire, pour deux raisons. En premier lieu, pour conférer un mandat au législateur, cette clause n'est pas directement justiciable. Elle ne fait par conséquent pas partie des droits individuels protégés par la Constitution, dont l'application immédiate représente précisément l'une des caractéristiques, à l'exclusion des normes dites programmatiques⁹. La clause s'avère en second lieu inutile, dès lors que l'obligation de mettre en œuvre les droits fondamentaux est énoncée de manière globale à l'article 41 Cst./GE¹⁰. C'est d'ailleurs par référence à la clause de l'article 2A Cst./GE 1847 visant la réalisation de l'égalité entre les femmes et les hommes, inscrit le 6 décembre 1987 dans la Constitution cantonale¹¹, que l'adoption de la disposition relative à la mise en œuvre des droits fondamentaux dans leur ensemble a été décidée.

⁷ Voir DENISE BUSER, *Kantonales Staatsrecht*, 2^e éd., Bâle 2011, p. 31.

⁸ Voir le rapport sectoriel de la Commission thématique 1 sur les dispositions générales et les droits fondamentaux, du 30 avril 2010, Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise (BOAC), tome IV, p. 1459. Le BOAC est disponible sur le site <http://www.ge.ch/constituante/bulletin/bulletin.asp>.

⁹ ATF 137 I 77, 79 Markus Bischoff und Mitb ; 136 I 241, 248 Association *Oxyromandie*, Diethelm et Starobinski ; 131 I 366, 368 Schweizerische Volkspartei des Kantons Solothurn et les autres références citées.

¹⁰ Rapport sectoriel précité (note 8), p. 1531.

¹¹ L'article 2A alinéa 2 Cst./GE 1847 avait la teneur suivante : « Il appartient aux autorités législatives et exécutives de prendre des mesures pour assurer la réalisation de ce principe et aux autorités judiciaires de veiller à son respect. »

L'Assemblée constituante a tenu à conserver la mention du législateur pour assurer la mise en œuvre de l'égalité entre femmes et hommes par souci du respect historique qui a conduit à l'inscription du principe d'égalité des droits entre hommes et femmes dans la Constitution cantonale¹². Il en va de même pour l'article 15 alinéa 4 Cst./GE relatif à l'égalité salariale, dont la portée n'a pas été conçue pour élargir celle qui résulte de l'article 8 alinéa 3 Cst. féd.

2. La liberté économique

L'article 35 Cst./GE garantit la liberté économique. La disposition est énoncée dans des termes qui ne diffèrent guère de ceux qu'emploie l'article 27 Cst. féd. L'Assemblée constituante a, sur ce point également, souhaité reprendre la norme fédérale, tout en maintenant et actualisant la « liberté d'industrie » qui figurait à l'article 9 alinéa 2 Cst./GE 1847 en complément à la liberté d'établissement. La notion de « libre choix de l'emploi » a été ajoutée à celle de profession, à l'image de la solution retenue par la Constitution neuchâteloise¹³.

3. La liberté syndicale et le droit de grève

La liberté syndicale et le droit de grève et de mise à pied collective prévus aux articles 36 et 37 Cst./GE marquent une innovation par rapport à la Constitution de 1847, qui ne les garantissait pas. Si elle en reprend l'essentiel, la liberté syndicale énoncée à l'article 36 Cst./GE se distingue à deux égards de la clause prévue à l'article 28 Cst. féd. La disposition cantonale prévoit, d'une part, que l'information syndicale est accessible sur les lieux de travail (al. 3). D'autre part, outre l'interdiction du recours à la grève à certaines catégories de personnes déjà énoncée à l'article 28 alinéa 4 Cst. féd., l'article 37 Cst./GE permet une limitation de l'emploi de la grève afin d'assurer un service minimum.

La question centrale que pose la clause de l'article 36 alinéa 3 Cst./GE consiste à déterminer si l'accès à l'information syndicale permet l'intrusion de personnes extérieures en vue d'assurer cette information sur les lieux de travail sans l'accord du propriétaire du lieu ou de l'employeur. Les travaux préparatoires à l'origine de la disposition démontrent la volonté de l'Assemblée constituante de conférer une interprétation restrictive à cette disposition.

¹² Rapport sectoriel précité (note 8), p. 1466 s.

¹³ *Ibidem*, p. 1510.

L'interprétation littérale et historique de la clause révèle que l'Assemblée constituante a exclu toute forme de militantisme actif sur les lieux de travail. Comme indiqué lors de l'adoption de la disposition, l'accès à l'information syndicale visé à l'article 36 alinéa 3 Cst./GE est le fruit d'un compromis. Celui-ci a conduit à la reconnaissance d'une forme d'information qui peut se limiter à revêtir la forme de prospectus, de circulaires ou d'un panneau d'affichage sur le lieu de travail¹⁴.

Le Tribunal fédéral a pour sa part précisé à la faveur d'une affaire concernant le canton de Genève que, dans l'hypothèse d'un conflit de droits fondamentaux entre l'exercice de la liberté syndicale et la garantie de la propriété, le respect de cette dernière fait en principe obstacle à la présence de personnes extérieures sur les lieux de travail, sauf accord du propriétaire ou de l'employeur. La Haute Cour a seulement réservé l'hypothèse de l'impossibilité matérielle de diffuser une information effective à l'extérieur du lieu de travail¹⁵.

Le droit de grève, par quoi l'on entend le refus collectif de la prestation de travail due dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un ou de plusieurs employeurs¹⁶, s'interprète dans le respect des principes dégagés par la jurisprudence à propos de l'article 28 Cst. féd. Tel est en particulier le cas du principe de la proportionnalité, qui en représente l'un des éléments constitutifs. Les clauses relatives à l'interdiction du recours à la grève pour certaines personnes ou l'instauration d'un service minimum se déclinent quant à elles comme autant de restrictions au droit protégé par l'article 37 Cst.GE. Elles reçoivent par conséquent une interprétation restrictive et leur mise en œuvre appelle l'adoption d'une loi formelle au sens de l'article 43 alinéa 1 Cst./GE.

¹⁴ Voir le rapport sectoriel précité (note 8), p. 1515, ainsi que le débat qui s'est déroulé en séance plénière le 3 juin 2010, p. 1914 (intervention Cyril Mizrahi, rapporteur de la commission thématique 1) ; voir également le rapport présenté lors de la première lecture de l'avant-projet de constitution, le 6 septembre 2011, BOAC, tome XIV, p. 7461, qui relève que la commission thématique chargée de traiter les droits fondamentaux « a étudié une proposition de formulation qui d'une part puisse assurer que l'information syndicale puisse être diffusée sur les lieux de travail, mais d'autre part qui ne puisse pas ouvrir la voie à un militantisme actif sur lesdits lieux ». Dans le même sens, voir BOAC, tome XV, p. 8018 (intervention Guy Zwahlen, rapporteur de la commission thématique 1, lors du débat du 15 septembre 2011, de même que la discussion sur le sujet, p. 8018-8023).

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_758/2011 du 24 septembre 2012 *V., W. et consorts c Ministère public du canton de Genève, A.A. et B.A.* La solution de cet arrêt a été commentée en doctrine (Plaidoyer 4/14, p. 8), mais approuvée par le Professeur GABRIEL AUBERT (Plaidoyer 4/14, p. 10)

¹⁶ ATF 132 III 122, 131 *Syndicat X., A., B., C. et D.* ; 125 III 277, 283 *K.*

4. Le droit à la formation

Le droit à la formation n'est pas garanti, ès qualité, par la Constitution fédérale¹⁷. Il ne figurait pas non plus dans la Constitution du 24 mai 1847. En l'inscrivant à l'article 24 Cst./GE, l'Assemblée constituante a fait œuvre d'innovation, à un double égard.

Sous l'angle de son champ d'application matériel, l'article 24 Cst./GE énonce en premier lieu un droit conçu dans une perspective résolument large, puisqu'il protège en son alinéa 1^{er} le droit à l'éducation, à la formation et à la formation continue. La garantie est doublée d'un droit permettant à toute personne dépourvue de ressources financières nécessaires à une formation reconnue de bénéficier d'un soutien de l'Etat (al. 3).

Couplé avec l'article 194 Cst./GE qui – autre innovation majeure – prévoit que la formation présente un caractère obligatoire jusqu'à l'âge de la majorité, le cas échéant sous forme d'enseignement ou en milieu professionnel, le droit à la formation vise à faire bénéficier les jeunes des conditions assurant de manière optimale leur intégration dans le monde du travail, en évitant toute forme de marginalisation ou de précarisation. Comme indiqué durant les travaux préparatoires, la disposition vise à donner un signal clair : chaque jeune doit poursuivre sa formation jusqu'à sa majorité et l'Etat est tenu de fournir les moyens d'offrir une formation à chaque jeune, que ce soit par un apprentissage ou en école¹⁸.

5. Les droits de l'enfant

Parmi les innovations qu'elle renferme, la Constitution de 2012 contient une clause qui énonce les droits de l'enfant de manière relativement détaillée¹⁹. En énonçant, après avoir posé la garantie générale de leurs droits, que les enfants sont protégés contre toute forme de maltraitance ou d'exploitation, l'article 23 alinéa 3 Cst./GE vise notamment à leur assurer des conditions de travail acceptables. La prostitution des mineurs est quant à elle totalement exclue²⁰. Il s'agit de la mise en œuvre, sous forme de droit fondamental directement applicable, du droit des enfants d'être protégés contre l'exploitation économique au sens de l'article 32 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant²¹.

¹⁷ ATF 103 Ia 369, 377 *Wäffler*.

¹⁸ Rapport sectoriel précité (note 8), p. 1495.

¹⁹ *Ibidem*, p. 1490.

²⁰ *Ibidem*, p. 1491 s.

²¹ RS 0.107.

IV. Les buts sociaux

A l'image de la Constitution fédérale (art. 41) et d'autres constitutions cantonales²², la Constitution genevoise contient une disposition (art. 149) qui énonce plusieurs buts sociaux. Placés en tête des tâches de l'Etat, ces buts relèvent d'objectifs programmatiques de politique sociale qui ont pour vocation d'orienter l'action des pouvoirs publics dans certains secteurs ou à l'égard de certaines personnes vulnérables²³. Parmi ces objectifs figure l'adoption par l'Etat de mesures en vue de permettre à toute personne de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille par un travail approprié exercé dans des conditions équitables.

La signification et le degré de normativité des dispositions énonçant des buts sociaux sont fréquemment sujets à caution. Faute de relever des droits fondamentaux ou de constituer des tâches publiques à part entière, ils procéderaient de dispositions de second rang, dépourvues d'effet. Cette vision réductrice est contestable.

Les buts sociaux ouvrent les dispositions appelées à gouverner, de manière générale, l'exécution des tâches de l'Etat. A Genève, ils auraient aisément pu prendre place parmi les dispositions générales du titre I de la Constitution, à l'image des buts généraux de l'Etat (art. 8 Cst./GE) ou de la clause relative au développement durable (art. 10 Cst./GE).

S'il est certes exact que les buts sociaux ne sont pas des droits sociaux – par quoi l'on entend des prérogatives visant surtout à assurer l'intervention de l'Etat en vue de venir en aide aux individus les moins favorisés²⁴ – et qu'ils ne sauraient constituer à eux seuls des garanties directement applicables, rien n'empêche d'intégrer leur contenu au processus d'interprétation des normes auquel le juge se livre régulièrement, par exemple dans la mise en œuvre et l'interprétation des droits fondamentaux²⁵. En tant que normes constitutionnelles à part entière, les buts sociaux doivent également être pris en compte dans la mise en œuvre des tâches à la charge des pouvoirs publics.

²² Citons par exemple les constitutions bernoise, du 6 juin 1993 (art. 30), tessinoise, du 14 décembre 1997 (art. 14), neuchâteloise, du 24 septembre 2000 (art. 34 ss) ou schaffhouseise, du 17 juin 2002 (art. 22).

²³ Voir notre étude « Les droits sociaux dans les constitutions des cantons suisses récemment révisées », *CGSS* 45-2010, p. 99 ss et les références citées.

²⁴ ALEXANDRE BERENSTEIN, « Droits sociaux », *Dictionnaire suisse de politique sociale*, 2^e éd., Lausanne 2002, p. 111 (<http://socialinfo.ch/cf/site/page.cfm?id=110>). Voir aussi l'étude très complète de MAYA HERTIG RANDALL et GREGOR T. CHATTON, « Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse », in LUKAS HECKENDORN URSCHLER (éd.), *Rapports suisses présentés au XI^e Congrès international de droit comparé*, Zurich 2014, p. 289 ss.

²⁵ HOTTELLIER (note 23), p. 102.

Dès lors que la notion d'Etat recouvre, dans le langage de la Constitution genevoise, l'ensemble des pouvoirs publics²⁶, les buts sociaux qu'énonce la loi fondamentale ne limitent pas leur envergure aux seules autorités cantonales. Ils s'adressent, dans une perspective plus large, à l'ensemble des institutions, organes et collectivités appelés à intervenir au nom de l'autorité publique. La notion d'Etat au sens de la Constitution de 2012 se distingue fondamentalement, à cet égard, de celle qu'employait la Constitution de 1847 laquelle, beaucoup plus restrictive, réduisait le concept aux seules autorités du canton²⁷.

Les buts sociaux de l'article 149 Cst./GE doivent par conséquent être pris en compte dans l'exercice de toute compétence étatique, et non seulement dans le contexte de l'activité législative. Leur envergure et leur effet utile s'inscrivent dans une perspective de complémentarité par rapport aux droits fondamentaux, d'une part, et aux tâches de l'Etat, d'autre part²⁸.

V. Les tâches publiques

1. Généralités

Le chapitre consacré aux tâches publiques est le plus long et le plus détaillé de la Constitution genevoise puisqu'il ne compte pas moins de 63 dispositions (art. 157 à 220). Une première question qui se pose consiste à déterminer la signification des normes consacrées aux tâches de l'Etat qui figurent dans une constitution cantonale.

L'article 3 Cst. féd. prévoit que « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ». Selon cette disposition, inscrite dans l'airain fédéral depuis 1848, la Constitution suisse est tenue d'énoncer les compétences en faveur des autorités nationales, faute de quoi ce sont les cantons qui bénéficient de l'entier de ces dernières²⁹. L'article 42 Cst. féd. souligne cette caractéristique en indiquant que la Confédération accomplit

²⁶ L'article 148 alinéa 1 Cst./GE dispose que « les tâches de l'Etat sont exécutées par le canton et, conformément à la constitution et à la loi, par les communes et les institutions de droit public. »

²⁷ Voir BOAC, tome XIII, p. 6950 (intervention Murat Julian Alder) et p. 7048, Rapport général de la Commission de rédaction sur l'avant-projet de constitution, du 13 janvier 2011.

²⁸ HOTTELLIER (note 23), p. 101 s. et les références citées.

²⁹ Voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 31 : « La Confédération n'a que les compétences que la Constitution fédérale lui attribue ; les compétences non attribuées demeurent aux cantons. »

les tâches que lui attribue la Constitution. Ce système de répartition des compétences est conçu pour être dépourvu de lacunes³⁰.

Il s'ensuit que les compétences qui découlent de la souveraineté des cantons au sens de l'article 3 Cst. féd. se déduisent du silence de la loi fondamentale fédérale. Leur inscription, pour résulter du fédéralisme d'agrégation qui caractérise historiquement la Suisse, n'est nécessaire ni dans la Constitution fédérale, ni même dans celles des cantons³¹. Comme relevé lors des travaux de l'Assemblée constituante genevoise, la mention d'une tâche étatique dans la Constitution cantonale ne se présente pas comme une condition de l'action de l'Etat³².

2. L'utilité des listes cantonales de compétences

En dépit de la règle de l'article 3 Cst. féd., les constitutions cantonales, notamment les plus modernes, énoncent sous des formes variées les diverses compétences que doivent exercer les autorités locales³³. Cette particularité ne résulte pas d'une obligation imposée par le droit fédéral, comme nous venons de le voir. Elle s'explique par d'autres motifs, dont tous ne sont pas d'ordre juridique.

A. La fonction de cadrage

Il y a, en premier lieu, le souhait exprimé par le constituant cantonal de préciser *expressis verbis* les domaines dans lesquels une action de l'Etat est souhaitée. La liste des compétences présente dans cette mesure le caractère d'une information, d'une invitation ou d'un mandat en faveur des autorités de s'emparer d'un sujet déterminé pour légiférer³⁴. Comme l'a relevé un auteur à propos de la Constitution fribourgeoise, l'énumération des compétences se justifie alors par la volonté du canton de réaffirmer ses pouvoirs dans une perspective fédéraliste, de regagner une parcelle d'identité tout en assumant une fonction d'information et de cadrage de l'activité étatique³⁵.

³⁰ AUBERT/MAHON (note 29), p. 386.

³¹ VINCENT MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Bâle 1999, p. 432.

³² Rapport général de la Commission thématique 5 « Rôle et tâches de l'Etat, finances », du 30 avril 2010, BOAC, tome IX, p. 4732.

³³ BUSER (note 7), p. 28 et 202. Sur le sujet, voir également BERNHARD EHRENZELLER/ROGER NOBS, « Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen », *ZBl.* 2009, p. 14 : « Der Trend geht deutlich in Richtung einer gehaltvollen Verfassung der öffentlichen Aufgaben mit vielfältigen materiellen Richtungsweisungen. »

³⁴ LUC RECORDON, « Tâches de l'Etat et des communes », in PIERRE MOOR (éd.), *La Constitution vaudoise du 14 avril 2003*, Berne 2004, p. 139.

³⁵ PIERRE OBERSON, « Tâches publiques et finances », *La nouvelle Constitution fribourgeoise, Revue fribourgeoise de jurisprudence*, Numéro spécial, Fribourg 2005, p. 209.

Le cadrage ne se limite du reste pas toujours à l'énumération plus ou moins concise des tâches imparties aux pouvoirs publics. Il revêt parfois la forme d'une mention relative aux modalités d'accomplissement³⁶ ou à l'évaluation des tâches publiques sous l'angle de leur efficacité, de leur effectivité et de leur efficience³⁷. Il peut aussi traiter des conditions qui régissent l'éventualité d'une délégation de l'exercice des tâches publiques à des organismes de droit public ou privé³⁸.

B. La réserve de la constitution

Il y a, ensuite, l'hypothèse de ce que l'on appelle communément la « réserve de la constitution »³⁹. Selon ce système, l'exercice cantonal de l'action publique doit nécessairement résulter d'une disposition constitutionnelle, sans quoi l'intervention du législateur ne saurait entrer en ligne de compte. Prévu par la constitution, le catalogue des tâches publiques est censé présenter, dans cette perspective, un caractère exhaustif. L'idée à l'origine de ce système consiste à permettre le scrutin populaire par la voie du référendum obligatoire – et pas seulement facultatif – accompagnant toute révision de la constitution. L'inscription des compétences cantonales dans la constitution du canton poursuit, dans cette perspective, une fonction accentuée de légitimation démocratique⁴⁰.

Les constitutions cantonales qui connaissent un système de ce genre ne sont pas nombreuses. En Argovie par exemple, l'article 26 alinéa 1 de la Constitution prévoit que « le canton doit disposer d'une base constitutionnelle pour pouvoir accomplir les tâches qui ne lui sont pas confiées par le droit fédéral »⁴¹.

³⁶ L'article 95 alinéa 4 Cst./ZH dispose par exemple que « avant d'assumer une nouvelle tâche, l'Etat et les communes présentent la manière dont ils assurent son financement. »

³⁷ L'article 15 Cst./LU prescrit par exemple que les tâches publiques « doivent être régulièrement soumises à un contrôle sous l'angle de leur nécessité, de leur impact financier, de leur efficacité, de leur rentabilité et de l'aptitude de l'exécutant à s'en acquitter. »

³⁸ L'article 54 alinéa 1 Cst./FR dispose par exemple que « l'Etat et les communes peuvent déléguer des tâches à des tiers, à condition que la délégation soit prévue dans une loi ou un règlement communal, qu'elle soit justifiée par un intérêt public prépondérant et que la protection juridique soit assurée ».

³⁹ MARTENET (note 31), p. 433 s. et les références citées.

⁴⁰ Sur cette question, voir les développements de JEAN-FRANÇOIS AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », *Recueil des travaux présentés au 125^e Congrès des Juristes suisses*, RDS 1991 II, p. 104.

⁴¹ Dans le même sens, voir les articles 90 Cst./BL et 63 alinéa 1 Cst./TG. Ailleurs, il arrive en sens inverse que la constitution indique que la liste des compétences qu'elle énumère ne présente nullement un caractère exhaustif ; voir par exemple l'article 11 Cst./LU.

C. *La répartition des compétences entre les autorités cantonales et communales*

Il y a encore les cas dans lesquels la constitution cantonale, pour énoncer des chefs de compétence sur le plan local, entend répartir leur exercice entre le canton et les communes. La constitution, ici, n'indique pas seulement qu'une action publique est souhaitée ou imposée, elle dit aussi qui doit prendre la chose en main.

Dans le canton de Fribourg par exemple, la Constitution énonce toute une série de tâches publiques. Le plus souvent, celles-ci ont pour destinataires le canton et les communes, la répartition de leur rôle respectif relevant généralement de la loi, conformément à l'article 53 Cst./FR. Certaines compétences sont toutefois réservées par la Constitution au canton, à l'image de l'aide au logement (art. 56 al. 2 Cst./FR) ou de la promotion de l'économie (art. 57 Cst./FR).

D. *L'exercice du droit d'initiative populaire*

Il y a enfin les cas dans lesquels une constitution cantonale indique des compétences simplement parce que les dispositions en cause, parfois dotées d'une norme transitoire imposant un délai plus ou moins bref pour les mettre en œuvre, résultent de l'adoption d'une initiative populaire.

Outre l'expression d'un choix exprimé au moyen de cet instrument démocratique, l'inscription de normes attributives de compétences dans la constitution cantonale poursuit fréquemment l'objectif d'obliger les autorités – en particulier, l'autorité législative – à prendre en compte les principes introduits dans la loi fondamentale par voie d'initiative populaire. Tel est le cas à Genève, où la loi fondamentale de 1847 intégrait un nombre non négligeable de dispositions attributives de compétences dont les principes auraient pu être concrétisés par voie d'initiative populaire de rang législatif, à l'image de l'interdiction de la chasse (art. 178A Cst./GE 1847), de la fumée passive (art. 178B Cst./GE 1847) ou des chiens dangereux (art. 178C Cst./GE 1847).

3. La Constitution du 14 octobre 2012

La loi fondamentale genevoise n'a pas épousé le système de la réserve de la constitution. Comme en atteste son article 148 alinéa 1, elle n'a aucunement vocation à imposer un partage des compétences entre les autorités cantonales et celles des communes, cette opération ressortissant par principe à la loi, c'est-à-dire à l'action du Grand Conseil (art. 80, 91 al. 1 et 133 al. 2 Cst./GE). Très sobrement, quand on y parle d'Etat, c'est à l'action publique en général

que la disposition en cause s'adresse, comme indiqué précédemment. Il s'ensuit qu'une révision de la Constitution n'est pas nécessaire – même si elle n'est certes pas exclue non plus – lorsque, par hypothèse, l'éventualité de l'exercice d'une tâche nouvelle se fait jour.

Les normes attributives de compétences indiquent les choix auxquels l'Assemblée constituante a procédé, ces choix étant eux-mêmes conditionnés par la présence de nombreuses dispositions de ce genre dans le texte du 24 mai 1847. C'est, en d'autres termes, par respect des choix historiques souvent liés à l'adoption d'initiatives populaires et aussi par le souci d'engager l'Etat à certaines formes d'action que la Constitution genevoise comprend des clauses de ce genre.

Comme cela été relevé au cours des travaux de l'Assemblée constituante, la présence de normes attributives de compétence dans la Constitution genevoise remplit trois fonctions : symbolique, programmatique et politique. La fonction symbolique vise à permettre au citoyen de s'identifier à l'Etat en symbolisant le rôle de ce dernier. La fonction programmatique poursuit le but d'identifier les priorités d'action de l'Etat à travers la mention des tâches considérées comme importantes à l'occasion du processus de révision totale. La fonction politique indique, dans le cadre précité, les accents sur lesquels des priorités doivent être marquées⁴².

A l'intérieur de ce cadre, trois dispositions sont spécifiquement consacrées au domaine du travail : les articles 186, 209 et 216 Cst./GE.

A. *L'emploi*

L'article 186 Cst./GE trouve sa place dans la section consacrée à l'économie, juste après les principes qu'énonce l'article 185 Cst./GE. Selon son titre marginal, la disposition est vouée à l'emploi. Elle prévoit, d'une part (al. 1), que l'Etat mène une politique active de l'emploi et qu'il prend des mesures de prévention du chômage en favorisant notamment la réinsertion professionnelle. D'autre part, la disposition encourage le dialogue social et la conclusion de conventions collectives de travail (al. 2). Ces tâches sont destinées à mettre en œuvre et compléter la protection individuelle qu'octroient les articles 24 Cst./GE en matière de droit à la formation et 39 Cst./GE au sujet du droit à un niveau de vie suffisant.

Le second alinéa de l'article 186 Cst./GE comprend un aspect essentiel de la liberté syndicale au sens de l'article 36 alinéa 1 Cst./GE : le droit de participer à des négociations collectives et de conclure des conventions collectives. Si ce droit fait partie intégrante de la liberté syndicale dans sa dimension collective comme l'a reconnu le Tribunal fédéral à propos de

⁴² *Supra*, note 32.

l'article 28 Cst. féd.⁴³, le constituant genevois a érigé cette facette en tâche publique. Il faut voir dans cette approche une concrétisation de la clause générale de l'article 41 alinéa 1 Cst./GE selon laquelle les droits fondamentaux doivent non seulement être respectés, mais également protégés et mis en œuvre dans l'ensemble de l'ordre juridique. Cette mise en œuvre passe par l'adoption de tâches et de mesures, sur les plans notamment législatif et administratif, visant à conférer leur plein effet utile aux droits fondamentaux.

Dans le domaine économique et social, le droit de mener des négociations collectives tend à permettre aux partenaires sociaux d'être de véritables parties prenantes à l'action de l'Etat. Conformément à la jurisprudence, il s'agit de l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 paragraphe 1 CEDH⁴⁴. Il s'agit aussi de l'un des éléments centraux du droit collectif du travail en Suisse⁴⁵. Toutefois, seuls les syndicats qui disposent de la compétence de conclure des conventions collectives, qui ont cette compétence à raison du lieu et de la matière, qui sont suffisamment représentatifs et qui font preuve d'un comportement loyal peuvent accéder au statut de partenaires sociaux⁴⁶.

La jurisprudence a récemment rappelé que la limitation de la qualité de partenaire social aux syndicats qui remplissent des conditions de représentativité et de loyauté ne constitue pas une restriction de la liberté syndicale qui emporterait l'obligation de respecter les exigences de l'article 36 Cst. féd. Selon la Haute Cour, les conditions de représentativité et de loyauté doivent au contraire être comprises comme inhérentes à la notion de partenaire social. Il s'agit d'une forme d'exigence inhérente à l'exercice de la liberté syndicale au même titre que l'exigence de licéité de l'exercice du droit de grève mentionnée à l'article 28 alinéa 3 Cst. féd.⁴⁷.

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_701/2013 du 26 juillet 2014 consid. 5.1 et les références citées *Union du personnel du domaine des EPF c. Conseil des Ecoles polytechniques fédérales*.

⁴⁴ Arrêt précité (note 43), consid. 5.1.2, avec référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴⁵ Arrêt précité (note 43), consid. 5.2, citant la contribution de GABRIEL AUBERT, « Le droit de négocier ou d'adhérer à une convention collective de travail », *Mélanges Robert Patry*, Lausanne 1988, p. 29.

⁴⁶ Arrêt précité (note 43), consid. 5.2.1 et les références citées.

⁴⁷ Arrêt précité (note 43), consid. 5.2.2.

B. *Les personnes handicapées*

L'article 209 Cst./GE évoque le statut des personnes handicapées en prévoyant que l'Etat favorise leur intégration économique et sociale (al. 1). Lors de constructions nouvelles, la disposition prévoit que les logements et les places de travail doivent être rendus accessibles et adaptables aux besoins de ces personnes (al. 2).

Pour comprendre sa portée, la disposition doit se lire en combinaison avec l'article 16 Cst./GE consacré aux droits des personnes handicapées⁴⁸. Par le biais de la clause de l'article 41 alinéa 1 Cst./GE, selon lequel les droits fondamentaux doivent être respectés, protégés et mis en œuvre dans l'ensemble de l'ordre juridique genevois, l'article 209 Cst./GE nantit les pouvoirs publics d'une compétence visant à prendre en compte le statut des personnes handicapées dans le cadre des engagements découlant de la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014⁴⁹.

C. *L'art et la culture*

Consacré à l'art et à la culture, l'article 216 Cst./GE s'inspire des dispositions contenues dans d'autres constitutions cantonales qui habilite les cantons et les communes à encourager et soutenir l'activité et la création artistiques et culturelles⁵⁰. Il prévoit que l'Etat met à disposition des moyens, des espaces et des instruments de travail adéquats. Il s'agit d'un complément aux libertés d'expression et de l'art au sens des articles 26 et 29 Cst./GE, sans que la disposition intègre un droit individuel directement applicable.

VI. Conclusion

Bien que situées dans des chapitres distincts de la loi fondamentale et apparues le plus souvent au cours d'époques historiques séparées, les normes constitutionnelles forment un tout. Elles doivent par conséquent être appréhendées dans une perspective globale, qui tend à assurer leur coordination et à éviter les contradictions⁵¹. Les normes issues d'une révision totale n'échappent pas à cette nécessité. Procédant certes d'un processus d'adoption historiquement unique, leur nombre et leur diversité peuvent faire apparaître le risque d'interprétations divergentes.

⁴⁸ Rapport sectoriel précité (note 8), p. 1468.

⁴⁹ RO 2014 1119 ; FF 2013 8721.

⁵⁰ Rapport sectoriel précité (note 32), p. 5240 s. et les références citées.

⁵¹ ATF 139 I 16, 24 consid. 4.2.1 X.

L'exposé des dispositions de la Constitution genevoise sur le droit du travail permet de rappeler leur étroite interdépendance. Bien qu'ils se caractérisent par leur applicabilité directe, les droits fondamentaux ne se suffisent pas toujours à eux-mêmes. Bien souvent, ils nécessitent, pour pouvoir être respectés, protégés et réalisés comme le prescrit l'article 41 alinéa 1 Cst./GE l'adoption de mesures d'ordre législatif, réglementaire et administratif, que l'on peut considérer comme autant de tâches publiques. Les tâches publiques, de leur côté, ne fonctionnent pas non plus en vase clos, mais s'exercent dans le respect et en complément des droits individuels et des buts sociaux consacrés par la Constitution.

Le droit constitutionnel contemporain se présente ainsi comme un ensemble complexe, alliant des dispositions de nature différente, appelées à se compléter et s'enrichir dans une perspective de concordance pratique et dans le but de déployer leur meilleur effet utile.