SWISSLEX User-ID: camilla.jacquemoud@unifr.ch, 23.02.2024 17:35:07

Document	**PJA 2021 p. 1352**
Auteur(s)	**Federica De Rossa**
Titre	**Garantir l'effectivité des droits sociaux en Suisse**
Pages	**1352-1354**
Publication	**Pratique Juridique Actuelle**
Editeur	**Valérie Défago Gaudin, Anne-Sylvie Dupont, Patricia Egli, Olivier Hari, Stefan Heimgartner, Stephanie Hrubesch-Millauer, Audrey Leuba, Alexander R. Markus, Bertrand Perrin, Arnold F. Rusch, Ivo Schwander**
ISSN	**1660-3362**
Maison d'édition	**Dike Verlag AG**

Garantir l'effectivité des droits sociaux en Suisse

Federica De Rossa *



La constitution sociale suisse n'est pas en mesure d'éviter la marginalisation des personnes les plus démunies ; elle ne leur offre en dernier ressort que la protection contre le grave état d'abandon. Pour remédier à cette faiblesse, l'introduction dans la Constitution d'un nouvel droit justiciable aux prestations relevant d'un besoin usuel de la population est proposée.

Die Schweizer Sozialverfassung ist nicht in der Lage, die Ausgrenzung der am stärksten Benachteiligten zu verhindern; sie bietet ihnen nur als letztes Mittel Schutz vor schwerer Vernachlässigung. Um diese Schwäche zu beheben, wird die Aufnahme eines neuen justiziablen Rechts auf Leistungen, die den üblichen Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechen, in die Verfassung vorgeschlagen.

I. La faiblesse de la constitution sociale suisse

La dimension sociale de l'État – qui se concrétise dans sa constitution sociale – constitue l'une de ses composantes structurelles essentielles. Elle contribue à réaliser le but de l'existence même de tout État démocratique : assurer la condition de l'existence de l'être humain et de son développement[1] dans une

* Federica De Rossa, Prof. Dr. iur., Professeure associeée à l'Università della Svizzera italiana.

1 ATF 121 I 367.

communauté dont la légitimité « se mesure au bien-être du plus faible de ses membres » (préambule Cst. féd.). Sa force est donc déterminée par l'effectivité des droits sociaux qu'elle garantit, lesquels doivent protéger l'individu le plus démuni qui ne parvient pas à se procurer les moyens nécessaires à sa subsistance ainsi qu'à sa participation régulière à la vie sociale de la communauté.[2] Or, la constitution sociale, dont le cœur est constitué d'une disposition simplement programmatique (art. 41 Cst.) ayant une portée juridique délibérément restreinte[3], refuse systématiquement de reconnaître le caractère justiciable aux droits sociaux fondamentaux. Ainsi, bien que, d'une manière générale, en Suisse la réalisation des politiques sociales présente une certaine stabilité, la concrétisation des buts sociaux est trop souvent soumise aux contraintes budgétaires de l'État,[4] et ceci surtout en périodes de crise.[5] Au demeurant on dirait que l'art. 41 Cst. féd., qui cimente la conception dichotomique artificielle des droits humains, déploie même une sorte d'« effet inhibiteur », en ce sens que, même si formellement son caractère programmatique ne s'oppose pas à la reconnaissance par la jurisprudence de nouveaux droits sociaux ou à l'extension du domaine de protection d'un droit existant par interprétation,[6] il n'est pas rare qu'il fournisse au Tribunal fédéral un alibi pour sa jurisprudence minimaliste :[7] même l'existence des « petits droits sociaux », justiciables, favorise une interprétation systématique soulignant le caractère programmatique des autres droits sociaux. Ainsi,

PJA 2021 p. 1352, 1353

force est de constater que la constitution sociale suisse n'est pas en mesure d'éviter la marginalisation ou d'assurer la réinsertion sociale des couches les plus démunies de la population, auxquelles elle n'offre en dernier ressort que la protection contre le grave état d'abandon garantie par l'art. 12 Cst. féd.[8]

II. L'apport limité de la jurisprudence

Certes, la jurisprudence a parfois reconnu – notamment sous l'impulsion de la pratique des organes de suivi des instruments internationaux de protection des droits humains à laquelle elle s'est occasionnellement inspirée même en l'absence de son caractère formellement contraignant – que les libertés fondamentales peuvent également fonder un devoir étatique de protection contre les atteintes provoquées par des tiers, impliquant ainsi un élément de prestation.[9] S'agissant de l'accès aux prestations matérielles, force est néanmoins de constater que le Tribunal fédéral n'offre qu'une protection indirecte, notamment par la reconnaissance d'un droit à obtenir une décision formelle et à être entendu avant qu'une prestation de service public soit suspendue.[10] Au demeurant, un droit d'une association à obtenir de la Poste qu'elle distribue sa publication à titre d'envoi en nombre a été admis sur la base du droit privé, en application de l'interdiction d'agir contrairement aux bonnes mœurs[11] car, en raison de la position dominante de l'entreprise sur le marché, l'association intéressée ne disposait pas d'autres moyens pour se procurer une prestation relevant d'un besoin normal (à savoir, accessible aujourd'hui à pratiquement tout le monde et utilisée au quotidien).[12]

---

2 Gregor T. Chatton, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève 2013, 2 ; Adriano Previtali, Pour la reconnaissance d'un nouveau droit de l'homme – Le droit à l'inclusion, in : Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey/Adriano Previtali (éd.), L'Homme et son droit, Fribourg 2011, 415 ss, 422 s.

3 Gregor T. Chatton, art. 41 N 12 ss, in : Vincent Martenet/Jacques Dubey (éd.), Commentaire romand de la Constitution, Bâle 2021.

4 L'art. 41 al. 3 ne reconnaissant en effet aucune priorité s'agissant de l'utilisation des moyens financiers disponibles de l'État en faveur de la réalisation des buts sociaux : voir BSK BV-Gächter/Werder, Art. 41 N 24, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (éd.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

5 Anne-Sylvie Dupont, La constitution sociale, in : Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Genève 2020, 2103 ss et 2217 ss ; Previtali (N 3), 417 s.

6 Jacques Dubey, Droits fondamentaux, Zurich 2017, N 4545 s.

7 Voir p. ex. ATF 141 I 1. Cette jurisprudence est, à son tour, utilisée par le législateur pour justifier sa retenue, notamment à l'égard de la souscription de protocoles reconnaissant la justiciabilité des droits sociaux économiques et culturels : p. ex. FF 2013 601 ss, 615 s.

8 En relation avec une menace d'interruption de la fourniture d'eau et d'électricité : TF, 2C_294/2020, 15.3.2021, c. 6.1.

9 ATF 144 I 50 c. 5.3.

10 ATF 137 I 120 (électricité) ; 143 I 336 (collecte des ordures).

11 L'art. 35 al. 2 Cst. féd. n'étant pas applicable en l'espèce car la distribution d'une newsletter ne rentrait pas dans le service universel postal constituant la tâche publique qui aurait justifié le respect des droits fondamentaux.

12 ATF 129 III 35 c. 6.

III. Un nouveau droit pour une protection plus effective

Or, il faut admettre que, en raison de son caractère ponctuel et minimaliste, cette jurisprudence ne permet pas de construire un système de protection efficace et généralisée des individus appartenant aux couches les plus faibles de la population. À cette fin, si l'abrogation de l'art. 41 al. 4 Cst. féd. permettait d'enlever une barrière formelle interdisant aux autorités de connaître des prétentions individuelles fondées sur un but social spécifique[13], elle risquerait néanmoins de n'avoir qu'une portée symbolique, insuffisante pour surmonter les profondes résistances qui ont caractérisé le débat politique sur les droits sociaux au cours des dernières décennies. Cependant, la reconnaissance explicite d'un nouveau *droit justiciable à l'accès aux prestations relevant d'un besoin usuel de la population* pourrait contribuer à reconnaître une protection plus effective des droits sociaux, toutefois sans mener à une reconnaissance généralisée de leur caractère justiciable.

Le nouvel art. 43b Cst. féd. devrait avoir la teneur suivante : *« La Confédération, les Cantons et leurs entités décentralisées assurent l'approvisionnement de biens et services qui relèvent d'un besoin usuel de la population et en garantissent à toute personne l'accessibilité, la meilleure qualité et la jouissance à des conditions équitables ».* Cette disposition est ancrée sur une réalité économique et juridique déjà existante, celle du *service public*, qui, malgré les transformations subies au cours de ces dernières décennies à la suite des processus de désétatisation, représente toujours encore un instrument de cohésion sociale, territoriale et économique. En effet, en vertu des principes d'accessibilité, d'universalité et d'adaptation constante qui le sous-tendent, le service public est appelé à assurer, selon des principes d'équité, la fourniture de biens et services de qualité utilisés au quotidien et répond en définitive à la préoccupation de État de garantir une égalité des chances dans l'accès aux instruments nécessaires à assurer la participation régulière à la vie sociale de la communauté.[14] Cependant, mis à part quelques rares cas dans lesquels l'accès à une prestation déterminée est déjà garanti par l'un des droits sociaux justiciables, à l'heure actuelle la fourniture des prestations de service public constitue une simple tâche des acteurs chargés de son exécution, qui ne fonde aucun droit subjectif des justiciables.[15] En revanche, la disposition pro-

PJA 2021 p. 1352, 1354

posée garantit un droit d'accès à une autorité judiciaire en mettant à la disposition des individus les plus démunis un *garde-fou* qui se situe au-dessus du minimum d'existence, lorsque le contenu programmatique de la constitution sociale n'a pas été repris de manière adéquate dans la législation et que partant un particulier s'est vu refuser dans un cas concret une prestation qui est aujourd'hui utilisée au quotidien, ce qui lui empêche d'exercer l'une ou l'autre liberté fondamentale, donc finalement de s'épanouir. Ainsi, elle renforce la constitution sociale de manière pragmatique, suivant les besoins effectifs, mais non minimaliste. Ce nouveau droit contribue à la concrétisation des *obligations de protéger et de mettre en œuvre* contenues dans chaque droit fondamental, en renforçant sa justiciabilité propre, et tend ainsi à la création d'un espace de capacités dans lequel chaque individu serait en mesure d'opérer ses propres choix, de se bâtir son propre avenir et de ressentir qu'il constitue une ressource pour la société en pouvant sortir de la spirale engendrée par le stigma de l'assistance sociale.[16]

---

13 Gregor T. Chatton, Art. 41 al. 4, in : Sophie Weerts/Colette Rossat-Favre/Christine Guy-Ecabert/Anne Benoît/Alexandre Flückiger (éd.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale, Bâle 2018, 124 ss, 128.

14 Non seulement les biens strictement vitaux tels que l'eau, l'électricité et les soins de base, mais aussi, p. ex., les nouvelles technologies qui constituent désormais une condition indispensable pour l'exercice de toute une série de libertés élémentaires permettant de rester connecté avec la société.

15 Voir ég. l'art. 43a al. 4 Cst. féd. ainsi que FF 2002 2155, 2321.

16 À ce sujet, voir Federica De Rossa, Il servizio pubblico, strumento di effettività dei diritti fondamentali del cittadino, Zurich 2009 ; *Id.*, Art. 43b, Droit aux prestations de service public, in : Weerts et al. (n. 13), 135 ss.