

sui generis

ON ONNALES

L'harmonisation des
lois cantonales d'aide sociale

Une analyse des
obligations internationales
des droits humains

Raphaël Marlétaz

Raphaël Marlétaz

L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale

**Une analyse des obligations internationales
des droits humains**

Notes sur la version numérique de ce livre :

- La version numérique (Open Access) est disponible sur le site de la maison d'édition (www.suigeneris-verlag.ch), sur Google Books et directement via le Digital Object Identifier (DOI). Le DOI de ce livre est indiqué dans les mentions légales.
- Tous les articles juridiques ainsi que tous les arrêts de tribunaux et les décisions de l'autorité librement accessibles sont liés dans la version numérique.
- Les auteurs utilisent souvent des liens vers d'autres sources dans leurs manuscrits. Ceux-ci ne sont pas imprimés dans les livres mais sont inclus sous forme d'hyperliens dans la version digitale.
- Les liens permanents sont utilisés pour créer des liens. Il s'agit de liens vers une version archivée des pages web au moment de l'établissement du lien. Les liens sont persistants, c'est-à-dire qu'ils fonctionnent toujours même si la page d'origine n'est plus accessible et leur contenu ne change pas si la page d'origine change.

Raphaël Marlétaz

L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale

**Une analyse des obligations internationales
des droits humains**

*« À toi, ma chère maman.
Tu m'as toujours soutenu dans mes choix et
tu m'as transmis la tolérance et l'empathie nécessaires
pour la rédaction d'une telle thèse. »*

30.01.1958 – 06.09.2019

Remerciements

*« La dernière chose qu'on trouve en faisant un ouvrage,
est de savoir celle qu'il faut mettre la première ».*

BLAISE PASCAL

Même s'il est évident que les remerciements aux côtés de la dédicace se placent au commencement d'un ouvrage, leur contenu, leur substance et leur sens se conçoivent à la toute fin. La rédaction d'une thèse de doctorat est une œuvre éprouvante qui comprend plusieurs moments et même plusieurs étapes de fin. Les remerciements sont une de ces étapes et une qui est profondément importante. Ce travail exigeant de plusieurs années n'aurait jamais pu être mené à son terme sans la contribution, le soutien, l'inspiration et l'appui de nombreuses personnes. Après avoir rédigé cet ouvrage, je vais donc m'atteler à cette tâche cruciale qui est placée à son commencement.

Premièrement, je voudrais tout d'abord remercier spécialement ma directrice de thèse, la Professeure Evelyne Schmid, pour son soutien, travail et engagement qui m'ont permis de mener à bien ma recherche doctorale. Elle a été d'un grand soutien grâce à ses conseils et suggestions tant dans les moments difficiles que dans les périodes de grande inspiration. Son grand intérêt et sa grande compétence pour les droits humains dans le domaine social ont permis de donner lieu à des échanges fructueux et inspirants qui ont permis d'améliorer grandement la structure et la pertinence de ce travail. Elle a accepté de reprendre la direction de ma thèse de doctorat suite au décès tragique de la Professeure Barbara Wilson. En effet, il n'est pas possible de formuler ce paragraphe de remerciements sans mentionner ma première directrice de thèse. Je la remercie d'avoir cru en moi et de m'avoir transmis sa passion pour les droits humains au début de mon doctorat. Ces deux Professeures ont toutes deux contribué à la réussite de mon projet de recherche et je les en remercie ardemment.

Deuxièmement, je tiens à remercier tout particulièrement, Monsieur Pascal Mahon, Professeur de droit constitutionnel suisse et comparé de l'Université de Neuchâtel, Monsieur Kurt Pärli, Professeur de droit social privé de l'Université de Bâle, Véronique Boillet, Professeure en droit constitutionnel de l'Université de Lausanne et Vincent Martenet, Directeur de l'École de droit, Professeur en droit constitutionnel et Vice-doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne pour l'honneur qu'ils m'ont accordé en acceptant de faire partie de jury de ma soutenance publique qui a eu lieu le 7 septembre

2020. Je les remercie également du temps qu'ils ont consacré à cet ouvrage et pour la qualité de leurs conseils avisés, pertinents et constructifs.

Ensuite, je tiens à remercier particulièrement le Dr. Alexander Suter pour nos discussions au sein de la CSIAS et pour ses conseils et retours judicieux et éclairés, ainsi que Théa Baechler pour nos échanges enrichissants à l'Institut du fédéralisme. Je tiens aussi à remercier particulièrement Léa Winter, Matthias Hui et les autres membres du groupe de travail de la Plateforme des ONG suisses pour les droits humains chargé de la rédaction du Rapport parallèle de la société civile sur les obligations du gouvernement suisse en faveur du respect et de la protection des droits du PIDESC. La contribution à la rédaction de ce rapport m'a permis d'inclure dans cet ouvrage une perspective proche des réalités pratiques des procédures de rapports étatiques des Nations Unies. Mes remerciements vont encore à Maître Marc-Olivier Buffat et Maître Laurent Pfeiffer, ainsi qu'à tous les membres de la Commission de recours de l'Université de Lausanne. Nos années de collaborations ont contribué à élaborer ma pensée juridique. Je désire remercier particulièrement toutes les personnes qui ont participé à la relecture et aux corrections de ma thèse : Yvette, Chloé, Anaïs, Jean-Marie et Anne-Marie. Par rapport à la relecture de ma thèse, je désire remercier tout particulièrement Monsieur Jean Perrenoud pour son travail et ses conseils de qualité et de précision qui ont permis d'améliorer grandement cet ouvrage. Mes remerciements vont aussi à mes collègues de l'École de droit pour m'avoir permis de rédiger cette thèse au sein d'un environnement stimulant, généreux et amical. Je pense à Marzia Gavillet, Louise Patry, Constance Kaempfer, Sophie Thirion et Semsija Etemi.

Finalement, il m'est impossible de clore ces remerciements sans mentionner mes proches. Ils m'ont été d'un grand soutien et une grande inspiration et ce également pendant les épreuves difficiles que nous avons traversées pendant cette thèse. En effet, mon parcours de doctorat n'a pas été simple. Je pense en particulier à la longue maladie de ma maman, Françoise, qui a débuté en début d'année 2018. Durant plus d'une année et demie de combat acharné, difficile, courageux et admirable, elle nous a quittés le 6 septembre 2019. Tu m'as montré à quel point la volonté pouvait accomplir des choses qui paraissent insurmontables et c'est aussi par ton exemple que j'ai finalement réussi à finir cette thèse. Durant cette période, le soutien et les encouragements de mon père, Blaise et de mes frères, Frédéric et Mathias ont particulièrement été importants. Je tiens à mentionner spécialement ma compagne Leticia qui par son amour, sa patience et son écoute m'a poussé à continuer. Ton soutien sans faille m'a été très précieux. Tu as été et tu es ma plus grande source d'inspiration. Je pense encore à d'autres personnes comme à mes grands-parents Marie et Jean-Paul et à ma grand-mère Florence. Je pense

aussi en particulier à ma belle-famille Leticia, Jorge et Natalia. Je pense enfin aux autres membres de ma famille, notamment mes cousins et cousines et à mes amis proches comme Cyril, Hugo, Lucien, Renaud, Sarah, Richard, Miguel, Luma, Aurélien, Yannick, Jean-Robert et Nadia. Toutes ces personnes m'ont offert le soutien indispensable sans lequel cette thèse serait restée inachevée. Elle leur est donc dédiée.

Je souhaite une dernière fois exprimer ma gratitude toute particulière à mes parents, Blaise et Françoise, sans qui je n'aurais pas acquis les valeurs, le goût des études et la motivation nécessaire pour un tel travail. Merci pour votre soutien et amour.

Lausanne, novembre 2020

Raphaël Marlétaz

Résumé

La Constitution fédérale laisse beaucoup de liberté aux cantons suisses pour réglementer leurs régimes d'aide sociale. De grandes différences cantonales subsistent aussi bien entre les lois cantonales d'aide sociale au sens strict que pour les autres prestations sous condition de ressources de droit cantonal. Les personnes vivant en Suisse n'ont pas toutes accès aux mêmes prestations selon leur lieu de domicile. Ces prestations jouent un rôle majeur dans la lutte contre la pauvreté dans le pays, qui touchait, en 2018, 7,9% de la population¹.

Or, la pauvreté a un impact conséquent sur la jouissance des droits humains, qui font l'objet de conventions internationales ratifiées par la Suisse. Même si celle-ci n'a pas ratifié la Charte sociale européenne, d'autres instruments internationaux, comme la Convention relative aux droits de l'enfant, s'appliquent en Suisse et doivent être mis en œuvre sur l'ensemble du territoire. Les lois cantonales ne sont pas forcément conformes aux standards internationaux auxquels la Suisse a accepté d'être liée. Dans ce contexte, cette thèse s'intéresse ainsi à la question suivante : « *Les garanties internationales des droits humains exigent-elles une harmonisation des droits de l'aide sociale des entités fédérées en Suisse ?* ». Pour y répondre, nous avons émis l'hypothèse selon laquelle l'importance de l'aide sociale en Suisse pour la lutte contre la pauvreté et les garanties internationales des droits humains impliquait l'exigence d'une prise de mesures par la Confédération en vue d'une harmonisation des lois cantonales d'aide sociale. Ainsi, cette étude cherche à démontrer par une analyse de la protection internationale des droits humains l'obligation de la Suisse d'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale au sens large.

Toutefois, les débats sont vifs lorsque l'on parle d'harmoniser sur le plan fédéral les droits cantonaux. Les partisans d'une protection fondamentale des droits humains harmonisée dans tout le pays semblent être opposés aux défenseurs des compétences cantonales et de l'autonomie des entités fédérées. Le gouvernement suisse est donc face à un dilemme de taille : satisfaire simultanément ses obligations de mise en œuvre des traités internationaux en matière de droits humains et celles en rapport avec l'autonomie cantonale si chère au système fédéral suisse.

En prenant en compte l'autonomie des cantons, nous avons démontré l'obligation d'harmonisation de la Suisse selon trois critères. Premièrement, nous nous sommes focalisé sur les standards minimaux de différents droits

1 OFS, Communiqué de presse, Le taux de pauvreté est resté stable, proche de 8%, en 2018, 2020b, p. 1.

humains pour tenir compte de l'autonomie cantonale en la matière. Nous avons prouvé que l'obligation de mise en œuvre du noyau dur des droits humains oblige la Confédération à s'assurer que les standards minimaux de chaque droit sont correctement mis en œuvre au sein des cantons. Si tel n'est pas le cas, la Confédération a l'obligation de prendre des mesures en vue d'une harmonisation des lois cantonales. Nous avons notamment étudié en détail la dignité humaine, le droit à l'alimentation et à l'eau, le droit au logement, le droit à la santé, le droit à la sécurité sociale, le droit à l'éducation et les garanties spécifiques qui concernent les femmes et les enfants.

Deuxièmement, l'interdiction de la discrimination entre individus de cantons différents, même si elle ne s'applique que de manière limitée dans un système fédéral, a permis d'appuyer l'obligation d'harmonisation dans certaines circonstances. Ce principe est considéré par la doctrine quasi unanime comme inapplicable dans un contexte fédéral pour des raisons en partie liées à la préservation de l'autonomie cantonale et à la structure fédérale suisse. Malgré cela, nous avons estimé qu'il était important de nuancer ce propos dans des situations très particulières, ce qui permet d'apporter une dimension de droit international au débat constitutionnel. Nous l'avons appliqué uniquement pour les personnes disposant d'une liberté de choix limitée de leur domicile que sont les enfants et les personnes en situation de pauvreté. Lorsqu'une personne n'a pas le choix de son domicile en raison de son âge ou de sa capacité économique, les standards minimaux des droits humains doivent être d'autant plus respectés à son égard, au risque de violer également l'interdiction de la discrimination.

Troisièmement, nous avons analysé les régimes juridiques cantonaux par une étude empirique des lois cantonales. Nous avons déterminé la conformité de ces lois cantonales aux exigences internationales à l'aide de critères inspirés de la doctrine et de la jurisprudence internationales. Ces critères d'évaluation combinent le concept du noyau dur et celui du caractère raisonnable des mesures étatiques. Nous avons ainsi pu mettre en évidence les lacunes de mise en œuvre des droits humains, ce qui a permis, d'une part, d'appuyer l'exigence de l'harmonisation et, d'autre part, de définir sa portée.

Par rapport à cette portée, cette thèse a réussi à démontrer différentes obligations concrètes d'harmonisation des droits cantonaux d'aide sociale. Il est important de souligner que nous avons prouvé ces exigences uniquement pour certains éléments essentiels des lois cantonales. En matière d'aide sociale au sens strict, ces éléments sont l'accès et le montant des prestations, les régimes spéciaux pour jeunes adultes, la prise en compte des loyers et celle des frais médicaux, l'ampleur des sanctions et les prestations circonstancielles liées aux besoins de base non couverts. En matière de prestations pour

famille, l'accès aux prestations, leur montant et la durée de leur versement ont été abordés. Enfin, dans le domaine des aides à la formation, la prise en charge des frais de scolarité primaire, la capacité des régimes cantonaux à promouvoir une égalité des chances du système éducatif et la nécessité d'un budget suffisant pour les bourses d'études ont été discutées. Pour le reste, les cantons conservent leur entière autonomie.

Nous avons ensuite abordé la possibilité qu'ont les particuliers d'invoquer ces obligations en justice dans l'optique de bénéficier d'un argument fort soutenant nos conclusions précédentes. En effet, le fait que des individus puissent invoquer le respect de leurs droits est un moyen pour que le droit international déploie ses effets, et ce dans l'ensemble des cantons. Cependant, dans le domaine de la sécurité sociale, bon nombre d'obligations internationales ne sont pas considérées directement applicables en Suisse, mais plutôt comme s'adressant au législateur². Nous avons démontré la justiciabilité de certains aspects de ces droits par l'analyse des notions de justiciabilité des mandats législatifs et d'interprétation intégrative des droits de la CEDH.

Nous avons conclu cette thèse en présentant les implications de notre argumentation en droit suisse. Lorsque la justiciabilité de droits internationaux est donnée, le contrôle judiciaire, principalement celui du Tribunal fédéral, permet de mettre en œuvre cette exigence d'harmonisation des lois cantonales de l'aide sociale. C'est ainsi un moyen prometteur de permettre à cette exigence d'avoir lieu concrètement. Lorsque cette exigence n'est pas directement justiciable, la Confédération dispose d'autres moyens de contrôle, comme la surveillance fédérale, pour la mettre en œuvre. Nous avons montré que le contrôle judiciaire est non seulement justifié en rapport avec la nécessité d'une justice constitutionnelle, la séparation des pouvoirs et l'autonomie cantonale, mais qu'il est également plus efficace que la surveillance fédérale pour obtenir un minimum harmonisé en matière de droits humains. Une harmonisation du minimum des droits humains est d'autant plus indispensable dans le contexte actuel de pandémie qui ne s'arrête pas aux frontières cantonales et qui touche durement les populations précaires de Suisse³. Ainsi, une certaine harmonisation des lois cantonales d'aide sociale par une analyse des droits humains permettrait d'avancer vers une réponse globale à un problème qui touche et touchera à l'avenir de nombreux individus de la population suisse, quel que soit leur domicile : la pauvreté.

2 Par exemple : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 I 290, 4 mai 2010, consid. 2.3.1.

3 À cause de la pandémie, la CSIAS s'attend dans son scénario de référence à une augmentation de près de 28% des bénéficiaires de l'aide sociale par rapport aux chiffres de 2018 : CSIAS, Document d'analyse, Epidémie du coronavirus, Bilan actuel et défis à venir pour l'aide sociale, Berne 2020, p. 5.

Sommaire

| | |
|---|---------------|
| Remerciements | V |
| Résumé | IX |
| Sommaire | XIII |
| Table des matières | XVII |
| Table des abréviations | XXXIII |
| Bibliographie | XXXVII |
| I. Textes juridiques contraignants | XXXVII |
| II. Jurisprudence | XLII |
| III. Conclusions, opinions et constatations des organes quasi-juridictionnels d'organisations internationales | XLIX |
| IV. Résolutions, messages, recommandations, rapports, déclarations et travaux d'organes, d'agences et d'acteurs d'organisations internationales | LI |
| V. Messages, recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques, de départements, d'offices et d'acteurs suisses | LIX |
| VI. Articles, contributions et ouvrages | LXVIII |
| VII. Articles, contributions, ouvrages, recommandations, rapports et travaux de la société civile | XCV |
| VIII. Articles de presse et autres documents | XCVII |

| | |
|--|----------|
| Introduction | 1 |
| I. L'aide sociale, un instrument de lutte contre la pauvreté | 2 |
| II. L'aide sociale, une compétence cantonale | 4 |
| III. Les différences cantonales illustrées par l'exemple de la famille Harmonie | 7 |

| | |
|---|-----------|
| Première Partie : La question de recherche, ses enjeux et les notions fondamentales à sa compréhension | 15 |
|---|-----------|

| | |
|--|-----------|
| Chapitre 1 : La question de recherche et ses enjeux | 17 |
|--|-----------|

| | |
|---|------------|
| I. L'enjeu principal de l'harmonisation : les liens entre les différences cantonales en matière de lutte contre la pauvreté et les droits humains | 17 |
| II. Les autres enjeux de la question de recherche | 28 |
| III. La question de recherche | 34 |
| <hr/> | |
| Chapitre 2 : L'aide sociale et son harmonisation | 53 |
| I. La définition de l'harmonisation, les critères pour démontrer son exigence et sa mise en œuvre | 53 |
| II. Le domaine étudié de l'aide sociale | 69 |
| <hr/> | |
| Chapitre 3 : L'obligation internationale et son interprétation | 83 |
| I. L'obligation internationale | 83 |
| II. L'interprétation juridique d'une norme des droits humains | 96 |
| <hr/> | |
| Deuxième partie : La démonstration de la question de recherche : les obligations internationales des droits humains exigent-elles une harmonisation des lois cantonales d'aide sociale ? | 125 |
| <hr/> | |
| Chapitre 4 : Les critères de l'exigence d'harmonisation : les standards minimaux et l'interdiction de la discrimination | 127 |
| I. Une exigence d'harmonisation liée aux standards minimaux | 128 |
| II. Une exigence d'harmonisation liée à l'interdiction de la discrimination | 154 |
| <hr/> | |
| Chapitre 5 : Le contenu normatif des standards minimaux des droits pertinents | 177 |
| I. Les droits relatifs au standard minimum de vie en général | 178 |
| II. Les droits relatifs au standard minimum de vie spécifiquement pour les enfants, femmes et familles | 189 |
| III. Le droit à l'éducation | 201 |
| IV. Le droit à la sécurité sociale | 207 |

| | |
|---|------------|
| Chapitre 6 : L'aide sociale au sens strict : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation | 217 |
| I. Les NCSIAS | 219 |
| II. Les régimes juridiques de droit cantonal | 221 |
| III. La portée de l'exigence d'harmonisation en matière d'aide sociale au sens strict | 235 |

| | |
|--|------------|
| Chapitre 7 : Les aides à la famille et à la formation : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation | 257 |
| I. Les aides à la famille : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation | 257 |
| II. Les aides à la formation : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation | 282 |

| | |
|---|------------|
| Chapitre 8 : La justiciabilité des obligations internationales des cantons dans les domaines étudiés | 297 |
| I. Les notions d'applicabilité directe et de justiciabilité | 298 |
| II. Les conséquences de l'approche classique du Conseil fédéral et du TF et ses contre-arguments | 303 |
| III. Une approche alternative de la justiciabilité s'inscrivant dans la jurisprudence du TF | 313 |
| IV. La justiciabilité des obligations cantonales fondant l'exigence d'harmonisation concrétisée par les mandats législatifs | 316 |
| V. La justiciabilité des obligations cantonales fondant l'exigence d'harmonisation concrétisée par l'interprétation intégrative des droits de la CEDH | 340 |

| | |
|---|------------|
| Chapitre 9 : Résultats et conclusion | 353 |
| I. Les modes d'intégration normative en vue d'une harmonisation | 353 |
| II. Les contrarguments et les craintes majeures qui font face à nos résultats | 374 |
| III. Et si le Tribunal fédéral suivait notre argumentation? | 395 |
| IV. Le mot de la fin | 409 |

Table des matières

| | |
|--|---------|
| Remerciements | V |
| Résumé | IX |
| Sommaire | XIII |
| Table des matières | XVII |
| Table des abréviations | XXXIII |
| | |
| Bibliographie | XXXVII |
| I. Textes juridiques contraignants | XXXVII |
| A. Instruments conventionnels | XXXVII |
| B. Constitution fédérale, lois et ordonnances fédérales | XXXVII |
| 1. Constitution fédérale | XXXVII |
| 2. Lois et ordonnances fédérales | XXXVII |
| C. Concordat intercantonal | XXXVIII |
| D. Constitutions, lois, ordonnances, règlements et arrêtés cantonaux | XXXVIII |
| 1. Constitutions cantonales | XXXVIII |
| 2. Lois, ordonnances, règlements et arrêtés cantonaux | XXXIX |
| II. Jurisprudence | XLII |
| A. Jurisprudence internationale au niveau universel | XLII |
| B. Jurisprudence internationale au niveau régional | XLIII |
| 1. Jurisprudence internationale au niveau européen | XLIII |
| 2. Jurisprudence internationale au niveau interaméricain | XLV |
| C. Jurisprudence nationale | XLVI |
| 1. Jurisprudence suisse | XLVI |
| 2. Jurisprudence allemande | XLVIII |
| 3. Jurisprudence colombienne | XLIX |
| 4. Jurisprudence indienne | XLIX |
| 5. Jurisprudence sud-africaine | XLIX |
| III. Conclusions, opinions et constatations des organes quasi-juridictionnels d'organisations internationales | XLIX |
| A. Opinions et constatations des organes quasi-juridictionnels de l'ONU | XLIX |
| B. Conclusions des organes quasi-juridictionnels du Conseil de l'Europe | L |

| | |
|--|--------------|
| IV. Résolutions, messages, recommandations, rapports, déclarations et travaux d'organes, d'agences et d'acteurs d'organisations internationales | LI |
| A. Résolutions, recommandations, rapports, observations, déclarations et travaux d'organes, d'agences et d'acteurs de l'ONU | LI |
| 1. Résolutions de l'AGNU et du Conseil des droits de l'homme | LI |
| 2. Recommandation au sein de l'OIT | LI |
| 3. Observations générales et recommandations générales des Comités des traités en matière de droits humains | LI |
| 4. Déclaration des Comités des traités en matière de droits humains | LIII |
| 5. Observations finales des Comités des traités en matière de droits humains | LIV |
| 6. Travaux et rapports du Haut-Commissariat aux droits de l'homme et d'autres agences des Nations Unies | LVII |
| 7. Travaux et rapports issus de procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme | LVII |
| 8. Autres recommandations, rapports, déclarations et travaux d'organes, d'agences et d'acteurs de l'ONU ... | LVIII |
| B. Rapports et travaux d'organes du Conseil de l'Europe | LIX |
| C. Résolutions et travaux d'organes d'autres organisations internationales | LIX |
| V. Messages, recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques, de départements, d'offices et d'acteurs suisses | LIX |
| A. Messages, recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques, de départements, d'offices et d'acteurs suisses au niveau fédéral | LIX |
| 1. Messages du Conseil fédéral | LIX |
| 2. Autres rapports et travaux du Conseil fédéral | LX |
| 3. Travaux au sein de l'Assemblée fédérale | LXI |
| 4. Rapports périodiques de la Suisse sur la mise en œuvre des traités des droits humains | LXII |
| 5. Autres recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques, de départements, d'offices et d'acteurs au niveau fédéral | LXII |

| | | |
|-------|---|--------|
| B. | Recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques et d'acteurs suisses au niveau intercantonal | LXV |
| C. | Recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques et d'acteurs suisses au niveau cantonal | LXVI |
| D. | Recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques et d'acteurs suisses au niveau intercommunal | LXVII |
| VI. | Articles, contributions et ouvrages | LXVIII |
| VII. | Articles, contributions, ouvrages, recommandations, rapports et travaux de la société civile | XCX |
| VIII. | Articles de presse et autres documents | XCVII |

| | | |
|--------------------|---|----|
| Introduction | 1 | |
| I. | L'aide sociale, un instrument de lutte contre la pauvreté | 2 |
| II. | L'aide sociale, une compétence cantonale | 4 |
| III. | Les différences cantonales illustrées par l'exemple de la famille Harmonie | 7 |
| A. | L'intérêt d'un tel exemple | 8 |
| B. | Les différences de revenu disponible | 9 |
| C. | Les différences des prestations d'aide sociale au sens strict | 12 |

**Première Partie : La question de recherche, ses enjeux et
les notions fondamentales à sa compréhension** 15

| | | |
|---|--|----|
| Chapitre 1 : La question de recherche et ses enjeux | 17 | |
| I. | L'enjeu principal de l'harmonisation : les liens entre les différences cantonales en matière de lutte contre la pauvreté et les droits humains | 17 |
| A. | La pauvreté dans les textes internationaux des droits humains | 18 |
| B. | Une définition de la pauvreté à l'aide des droits humains | 20 |
| 1. | La dignité humaine et la pauvreté | 22 |

| | |
|---|-----------|
| 2. Les capacités nécessaires à la jouissance des droits humains | 24 |
| 3. La définition retenue : la pauvreté selon une approche juridique | 25 |
| 4. Les conséquences d’appréhender la pauvreté en lien avec les droits humains pour rechercher une exigence d’harmonisation des lois cantonales d’aide sociale | 26 |
| II. Les autres enjeux de la question de recherche | 28 |
| A. Un sentiment d’inégalité de traitement et d’inégalité des chances | 29 |
| B. Un risque de concurrence négative | 30 |
| C. Une clarification de la situation juridique des particuliers | 31 |
| D. L’importance des droits humains des personnes en situation de pauvreté | 32 |
| III. La question de recherche | 34 |
| A. La question de recherche et l’hypothèse | 34 |
| B. La structure de la démonstration liée à la notion d’harmonisation | 35 |
| C. Un souhait d’harmonisation ou d’uniformisation des régimes de l’aide sociale | 36 |
| 1. Au niveau suisse | 36 |
| 2. Au niveau international | 39 |
| D. Les difficultés à prendre en compte | 41 |
| 1. L’autonomie cantonale et les droits humains | 41 |
| a. L’effet centralisateur et uniformisateur des droits humains | 42 |
| b. Les effets positifs du fédéralisme sur les droits humains | 43 |
| 2. Les possibilités limitées d’une action au niveau fédéral en vue d’une harmonisation des lois cantonales | 46 |
| 3. Le principe de l’égalité et de l’interdiction de la discrimination au sein d’un système fédéral | 50 |

Chapitre 2 : L’aide sociale et son harmonisation 53

| | |
|---|-----------|
| I. La définition de l’harmonisation, les critères pour démontrer son exigence et sa mise en œuvre | 53 |
| A. La définition de l’harmonisation et ses différences avec l’unification et l’uniformisation | 54 |

| | | |
|------------|--|----|
| B. | La preuve de l'exigence d'harmonisation par trois ensembles de critères | 59 |
| 1. | Les standards minimaux | 60 |
| 2. | L'interdiction de la discrimination | 62 |
| 3. | Analyse empirique des droits cantonaux | 63 |
| C. | La mise en œuvre de l'exigence d'harmonisation : les modes d'intégration normative | 68 |
| II. | Le domaine étudié de l'aide sociale | 69 |
| A. | L'aide sociale au sens large | 69 |
| B. | L'aide sociale au sens strict | 71 |
| C. | Les autres prestations sous condition de ressources | 73 |
| 1. | Les prestations sociales garantissant l'accès aux prestations publiques de base : en particulier les bourses d'études ou subsides de formation | 75 |
| 2. | Les prestations en complément d'assurances sociales : en particulier les PCFam | 77 |
| 3. | Les prestations allouées en complément à une protection privée insuffisante : en particulier les ACE | 78 |
| D. | Le rôle des communes | 79 |
| E. | Le régime applicable en matière de droit des étrangers | 80 |
| 1. | Les raisons d'une exclusion de ce domaine pour notre recherche | 80 |
| 2. | Les enjeux de l'aide sociale et l'aide d'urgence pour les étrangers (survol) | 81 |
| <hr/> | | |
| | Chapitre 3 : L'obligation internationale et son interprétation | 83 |
| I. | L'obligation internationale | 83 |
| A. | La notion | 83 |
| 1. | Le fondement et la théorie des sources | 83 |
| 2. | Le traité international : définition et application du régime de la CVT | 85 |
| 3. | Les traités pertinents pour notre démonstration | 85 |
| B. | Les effets des traités en droit suisse | 88 |
| 1. | « Pacta sunt servanda » et la responsabilité internationale | 88 |
| 2. | Les rapports entre obligations internationales et droit interne | 90 |

| | |
|---|------------|
| 3. Les particularités de l'effet des traités au sein du système fédéral suisse | 94 |
| 4. La synthèse | 95 |
| II. L'interprétation juridique d'une norme des droits humains | 96 |
| A. Les règles d'interprétation des conventions des droits humains | 97 |
| 1. La nature spéciale des conventions des droits humains? | 97 |
| 2. L'applicabilité de la CVT | 99 |
| 3. Régime de la CVT | 100 |
| B. Les méthodes d'interprétation | 103 |
| 1. Les différents aspects de l'interprétation effective | 103 |
| a. L'interprétation selon l'effet utile | 103 |
| b. L'interprétation évolutive | 105 |
| 2. La méthode de la marge d'appréciation et ses limites .. | 108 |
| a. La méthode de la marge d'appréciation | 109 |
| b. L'interprétation consensuelle | 110 |
| c. L'interprétation pro persona | 112 |
| C. Le cadre de référence pour l'interprétation : les outils d'interprétation | 114 |
| 1. L'ensemble des traités internationaux pertinents : l'interprétation intégrative | 115 |
| 2. Le soft law | 117 |
| a. La définition et la nature juridique du soft law | 118 |
| b. Les documents des organes des traités | 119 |
| 3. Le contexte d'application | 122 |

| | |
|--|------------|
| Deuxième partie : La démonstration de la question de recherche : les obligations internationales des droits humains exigent-elles une harmonisation des lois cantonales d'aide sociale? | 125 |
|--|------------|

| | |
|--|------------|
| Chapitre 4 : Les critères de l'exigence d'harmonisation : les standards minimaux et l'interdiction de la discrimination | 127 |
| I. Une exigence d'harmonisation liée aux standards minimaux | 128 |
| A. Le contenu normatif d'une obligation des droits humains en général | 128 |

| | |
|---|------------|
| 1. Les trois niveaux d'obligation : l'obligation de mise en œuvre en particulier | 129 |
| a. Les trois niveaux d'obligation en général (obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre) | 129 |
| b. L'obligation de mise en œuvre au niveau cantonal ... | 131 |
| c. L'obligation de mise en œuvre au niveau fédéral | 132 |
| 2. Les obligations immédiates | 132 |
| a. Les principes de réalisation progressive et du maximum des ressources disponibles | 134 |
| b. L'obligation de prendre des mesures raisonnables et adéquates | 135 |
| c. Les obligations minimales | 136 |
| d. Le lien entre les obligations immédiates et la marge d'appréciation | 138 |
| 3. L'évaluation de la mise en œuvre des obligations découlant des standards minimaux | 139 |
| a. La terminologie : l'ingérence passive, les faits générateurs ou les omissions absolues et partielles .. | 139 |
| b. Les critères d'évaluation | 139 |
| (i) Le test des critères raisonnables et adéquats inspiré de la pratique de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud | 140 |
| (ii) L'évaluation d'une violation par une approche mixte liant le caractère raisonnable d'une mesure et le noyau dur d'un droit | 142 |
| (iii) Les justifications d'une approche mixte d'évaluation | 143 |
| B. Une obligation de contrôle des standards minimaux à charge de la Confédération | 145 |
| 1. Une obligation de contrôle de la bonne application du droit international au niveau des ordres juridiques locaux | 146 |
| 2. Une obligation de contrôle en vue d'une unification | 149 |
| 3. Une obligation de contrôle en vue d'une harmonisation | 150 |
| a. Quelques exemples de recommandations demandant une harmonisation, mais pas nécessairement une uniformisation | 150 |
| b. Synthèse : une harmonisation fondée sur des critères minimaux communs | 152 |

| | |
|---|------------|
| II. Une exigence d'harmonisation liée à l'interdiction de la discrimination | 154 |
| A. L'interdiction de la discrimination en général | 154 |
| 1. La notion de l'interdiction de la discrimination | 154 |
| 2. La discrimination indirecte et la discrimination dans les faits | 156 |
| B. L'interdiction de la discrimination au sein d'un seul canton | 159 |
| 1. Les critères de discrimination pertinents au sein d'un canton | 159 |
| 2. La présomption d'illégitimité | 160 |
| 3. Les discriminations multiples, l'intersectionnalité et la discrimination statistique | 163 |
| 4. Une obligation de prise de mesures en vue d'une harmonisation | 166 |
| C. L'interdiction de la discrimination entre cantons différents | 166 |
| 1. La discrimination entre collectivités fédérées | 167 |
| a. La pratique du CDE | 168 |
| b. La pratique des autres organes | 169 |
| c. Une discrimination entre cantons limitée à des circonstances particulières | 169 |
| 2. La liberté du choix du domicile | 170 |
| a. La garantie de la liberté d'établissement | 170 |
| b. Les groupes de la population disposant d'une liberté de choix limitée du domicile | 172 |
| c. L'importance de la liberté d'établissement pour les personnes démunies | 173 |
| d. L'exemple de la commune de Rorschach | 174 |
| 3. Une obligation de prise de mesure renforcée | 175 |

| | |
|--|------------|
| Chapitre 5 : Le contenu normatif des standards minimaux des droits pertinents | 177 |
| I. Les droits relatifs au standard minimum de vie en général | 178 |
| A. Les dispositions pertinentes | 178 |
| B. La dignité humaine | 179 |
| C. Les droits à un niveau de vie suffisant, à la santé et à la culture | 181 |

| | |
|---|-----|
| 1. Le droit à l'alimentation et à l'eau | 183 |
| 2. Le droit au logement et à l'habillement | 184 |
| 3. Le droit à la santé | 186 |
| 4. Le droit à la culture | 187 |
| D. Synthèse : l'accessibilité financière sans discrimination | 188 |
| II. Les droits relatifs au standard minimum de vie spécifiquement pour les enfants, femmes et familles | 189 |
| A. Les dispositions pertinentes | 190 |
| B. La protection particulière des enfants | 191 |
| 1. La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant | 191 |
| 2. Le champ d'application et le poids de l'intérêt supérieur de l'enfant | 192 |
| 3. L'intérêt supérieur et les droits des enfants | 193 |
| C. La protection particulière des femmes | 195 |
| D. La protection particulière des familles | 196 |
| 1. L'art. 10 § 1 PIDESC | 196 |
| 2. L'art. 27 § 3 et 4 CDE | 197 |
| 3. Deux cas particuliers : le maintien des relations familiales et les frais de garde des enfants | 199 |
| III. Le droit à l'éducation | 201 |
| A. L'accessibilité financière et non discriminatoire | 202 |
| B. Les mesures envisageables pour garantir l'accès au droit à l'éducation | 204 |
| C. La capacité du système d'éducation à garantir l'égalité des chances | 205 |
| IV. Le droit à la sécurité sociale | 207 |
| A. La création d'un système non contributif de prestations qui soit accessible | 209 |
| B. Le montant des prestations | 211 |
| 1. Un montant adéquat pour l'exercice du minimum des droits humains | 211 |
| 2. Le montant des prestations de sécurité sociale selon le CDESCR | 212 |
| 3. Le montant des prestations de sécurité sociale selon le CEDS | 213 |
| C. L'objectif de réduction de la pauvreté | 215 |

| | |
|--|------------|
| Chapitre 6 : L'aide sociale au sens strict : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation | 217 |
| I. Les NCSIAS | 219 |
| A. Présentation de l'instrument | 219 |
| B. La reprise des NCSIAS dans les cantons | 220 |
| II. Les régimes juridiques de droit cantonal | 221 |
| A. La couverture des besoins de base | 222 |
| 1. Le forfait pour l'entretien | 222 |
| a. Le régime ordinaire | 222 |
| b. Le régime applicable aux jeunes adultes | 225 |
| 2. Les frais de logement | 227 |
| 3. Les frais médicaux | 229 |
| 4. Les sanctions | 231 |
| B. Les prestations circonstanciées | 233 |
| C. L'obligation de remboursement | 234 |
| III. La portée de l'exigence d'harmonisation en matière d'aide sociale au sens strict | 235 |
| A. Un accès suffisant aux prestations d'aide sociale | 235 |
| B. Des prestations indexées et au moins égales à la couverture statistique des besoins vitaux | 237 |
| 1. La couverture du minimum social en Suisse | 237 |
| 2. Les insuffisances du forfait pour l'entretien pour mettre en œuvre les obligations internationales de la Suisse | 240 |
| a. La valeur statistique des besoins vitaux est plus élevée | 240 |
| b. Une méthode de calcul très restrictive | 241 |
| c. La sous-évaluation des frais fixes | 241 |
| 3. Synthèse : des prestations indexées et au moins égales à la couverture statistique des besoins vitaux | 242 |
| C. Une définition étroite de la catégorie des jeunes adultes et des restrictions de leur forfait pour l'entretien | 243 |
| D. Des plafonds pour les loyers correspondant aux loyers réels et un encouragement aux aides personnelles au logement | 245 |
| E. Une prise en charge des primes LAMal | 247 |
| F. Des sanctions plafonnées à 30% au maximum | 249 |
| 1. Les sanctions à hauteur de 30% | 249 |

| | |
|---|------------|
| 2. Les réductions à hauteur de l'aide d'urgence au sens de l'art.12 Cst. | 250 |
| 3. Les suppressions totales | 252 |
| 4. Des sanctions raisonnables | 253 |
| G. Des prestations circonstanciées pour les charges liées aux besoins de base non couverts | 254 |

Chapitre 7 : Les aides à la famille et à la formation :

| | |
|--|------------|
| régimes cantonaux et exigence d'harmonisation | 257 |
|--|------------|

| | |
|---|------------|
| I. Les aides à la famille : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation | 257 |
| A. Les documents harmonisateurs en matière d'aides à la famille | 258 |
| 1. Les recommandations CDAS et le modèle CSIAS en matière de PCfam | 258 |
| 2. Les recommandations de la CDAS relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien | 258 |
| B. Les régimes juridiques de droit cantonal | 259 |
| 1. Les prestations complémentaires pour familles | 259 |
| a. La prise en compte de l'activité lucrative | 260 |
| b. L'âge des enfants | 260 |
| c. Le calcul des besoins vitaux | 261 |
| 2. Les avances sur contributions d'entretien | 261 |
| a. Les conditions d'accès | 262 |
| b. Le montant des avances | 263 |
| (i) Le montant maximal | 263 |
| (ii) Le montant minimal | 264 |
| c. La durée du versement | 265 |
| C. La portée de l'exigence d'harmonisation en matière des prestations pour famille | 266 |
| 1. La situation des familles en Suisse | 266 |
| 2. Un accès large et harmonisé à ces prestations dans toute la Suisse | 269 |
| a. Les avis des acteurs suisses et internationaux à propos d'un accès harmonisé aux PCFam et ACE .. | 270 |
| b. Un accès large pour pallier le manque de couverture de l'aide sociale | 272 |
| 3. L'accès aux PCFam | 273 |

| | |
|--|------------|
| a. Le principe des PCFam comme élément du noyau dur | 273 |
| b. Le revenu hypothétique plutôt que le revenu minimal | 274 |
| 4. L'accès aux ACE | 275 |
| 5. Les modalités des prestations d'aides à la famille | 276 |
| a. Les modalités des PCFam | 276 |
| (i) Un versement jusqu'aux seize ans des enfants au moins | 276 |
| (ii) Un calcul en lien avec les PC AVS/AI et la prise en charge des frais de garde | 277 |
| b. Les modalités des ACE | 277 |
| (i) Le montant maximal des ACE | 277 |
| (ii) Le montant minimal des ACE | 278 |
| (iii) La durée des versements | 281 |
| II. Les aides à la formation : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation | 282 |
| A. Les documents harmonisateurs en matière d'aides à la formation | 282 |
| 1. Les NCSIAS pour le niveau primaire et préscolaire | 282 |
| 2. Le concordat intercantonal en matière de bourse d'études pour le niveau secondaire et supérieur | 283 |
| B. Les régimes juridiques de droits cantonaux | 283 |
| 1. Les niveaux primaire et préscolaire | 283 |
| 2. Les niveaux secondaire et supérieur | 285 |
| C. La portée de l'exigence d'harmonisation en matière des aides à la formation | 287 |
| 1. La garantie d'un montant suffisant d'aide sociale pour la prise en charge des frais liés à la scolarité primaire .. | 288 |
| 2. L'égalité des chances garantie par le système d'éducation | 289 |
| a. Le système de bourses suisse ne respecte pas l'obligation internationale de contrer la sélectivité sociale | 289 |
| b. La ratification obligatoire du concordat en matière de bourses | 290 |
| c. La promotion du soutien financier à l'encouragement précoce | 292 |
| 3. Des bourses plutôt qu'une aide sociale | 292 |
| 4. Un budget suffisant pour les bourses d'études | 293 |

| | |
|---|-----|
| Chapitre 8 : La justiciabilité des obligations internationales | |
| des cantons dans les domaines étudiés | 297 |
| I. Les notions d'applicabilité directe | |
| et de justiciabilité | 298 |
| II. Les conséquences de l'approche classique | |
| du Conseil fédéral et du TF et ses contre-arguments | 303 |
| A. Les conséquences de cette vision sur les droits | |
| du PIDESC, de la CDE et de la CEDEF | 303 |
| B. Les contre-arguments à cette vision | |
| des droits humains | 305 |
| 1. Les avis doctrinaux | 306 |
| 2. Les avis d'institutions internationales et | |
| en particulier celui du CESCR | 308 |
| 3. Les protocoles additionnels au PIDESC, à la CEDEF et | |
| à la CDE | 309 |
| 4. Le droit cantonal | 310 |
| 5. L'avis de tribunaux étrangers | 311 |
| III. Une approche alternative de la justiciabilité s'inscrivant | |
| dans la jurisprudence du TF | 313 |
| IV. La justiciabilité des obligations cantonales | |
| fondant l'exigence d'harmonisation concrétisée | |
| par les mandats législatifs | 316 |
| A. Le raisonnement du TF dans l'ATF 137 I 305 et | |
| dans l'arrêt 1C_504/2016 | 318 |
| B. Les mandats législatifs en cas d'omission totale | |
| ou partielle du législateur | 321 |
| 1. Les exigences du droit international définies par | |
| le Chapitre 5 | 322 |
| 2. Le contexte d'application défini par | |
| les Chapitres 6 et 7 | 323 |
| 3. L'importance du droit constitutionnel | 325 |
| a. Des mandats législatifs exigeant un soutien | |
| des personnes dans le besoin | 325 |
| b. Des mandats législatifs exigeant une éducation | |
| primaire gratuite | 328 |
| c. Des mandats législatifs exigeant une protection | |
| particulière des enfants | 329 |
| d. Des mandats législatifs exigeant une protection | |
| particulière des femmes | 330 |

| | |
|--|------------|
| e. Des mandats législatifs en matière d'égalité des chances | 331 |
| (i) L'égalité des chances et les buts sociaux | 332 |
| (ii) L'égalité des chances et l'interdiction de la discrimination | 332 |
| (iii) Le caractère justiciable de l'égalité des chances : synthèse | 333 |
| C. Les mandats législatifs en cas d'action du législateur .. | 334 |
| 1. L'interdiction des mesures régressives | 335 |
| 2. L'effet harmonisateur particulier d'une telle action | 337 |
| 3. Les mesures régressives en Suisse | 337 |
| a. Les NCSIAS | 337 |
| b. Les pratiques cantonales | 338 |
| c. La justification de ces mesures | 339 |
| V. La justiciabilité des obligations cantonales fondant l'exigence d'harmonisation concrétisée par l'interprétation intégrative des droits de la CEDH | 340 |
| A. L'approche intégrée de l'interprétation des droits de la CEDH | 340 |
| B. Des exemples de jurisprudence | 342 |
| 1. En général | 343 |
| 2. Le droit à la vie, l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et l'interdiction du travail forcé | 344 |
| a. Les conditions de vie | 344 |
| b. Les soins médicaux | 346 |
| c. L'obligation d'accepter un travail convenable | 347 |
| 3. Le droit à la vie privée et familiale | 347 |
| a. L'interdiction de la discrimination en matière de prestations sociales | 348 |
| b. Le placement d'enfants pour cause d'indigence | 348 |
| c. Le droit au logement | 350 |
| 4. L'art. 6 CEDH | 350 |
| <hr/> | |
| Chapitre 9 : Résultats et conclusion | 353 |
| I. Les modes d'intégration normative en vue d'une harmonisation | 353 |
| A. Le mode d'intégration normative secondaire : la surveillance fédérale | 355 |

| | | |
|------------|---|-----|
| B. | Les raisons de l'importance du contrôle judiciaire | 357 |
| 1. | Les principes du fédéralisme | 357 |
| 2. | La faible utilisation de la responsabilité internationale | 358 |
| 3. | Le manque de volonté politique | 358 |
| 4. | La promesse du contrôle judiciaire pour la mise en œuvre du droit international | 360 |
| 5. | La promesse du contrôle judiciaire en rapport avec les enjeux de l'harmonisation de l'aide sociale | 361 |
| C. | Le mode d'intégration normative en présence de normes justiciables : le contrôle judiciaire | 363 |
| 1. | Les conséquences du contrôle judiciaire en termes d'harmonisation | 364 |
| a. | L'harmonisation par l'interprétation conforme | 364 |
| b. | L'harmonisation par la compétence du TF de revoir les lois cantonales | 365 |
| c. | Synthèse | 368 |
| 2. | Les conditions de recevabilité du contrôle judiciaire | 368 |
| a. | L'objet du contrôle judiciaire : le contrôle abstrait et le contrôle concret | 369 |
| b. | Les motifs du recours | 370 |
| 3. | L'accès à la justice : une limite du contrôle judiciaire | 371 |
| II. | Les contrarguments et les craintes majeures qui font face à nos résultats | 374 |
| A. | Les craintes liées à l'autonomie cantonale | 374 |
| 1. | La compatibilité de l'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale avec l'autonomie cantonale | 375 |
| 2. | Le parallèle entre la réception des droits humains en matière d'aide sociale et la réception de la CEDH | 376 |
| a. | La première phase | 376 |
| b. | La deuxième phase | 377 |
| c. | Une autonomie cantonale dans le respect des garanties élémentaires pour un pluralisme ordonné | 378 |
| B. | Le rôle du juge, les craintes et sa légitimité | 379 |
| 1. | Les différentes craintes face au rôle du juge | 379 |
| a. | Les craintes d'une entorse au principe de la séparation des pouvoirs | 379 |
| b. | Les craintes de la doctrine et du TF | 381 |
| c. | Les craintes en rapport à la volonté de l'État en matière de traités | 382 |

| | |
|---|-----|
| d. Synthèse : une crainte d'un manque de légitimité | 383 |
| 2. La légitimité du rôle du juge | 383 |
| a. La légitimité de l'interprétation judiciaire | 384 |
| (i) L'insuffisance de la loi | 384 |
| (ii) Les limites à l'interprétation | 384 |
| (iii) L'acceptabilité des jugements | 386 |
| (iv) Le dernier mot | 387 |
| b. La justice constitutionnelle comme légitimité du contrôle du juge | 389 |
| (i) Le contrôle des activités de l'État | 389 |
| (1) <i>Le principe des « checks and balances »</i> | 389 |
| (2) <i>La notion du « thick conception of the rule of law »</i> | 392 |
| (ii) L'appui au droit des citoyens | 394 |
| III. Et si le Tribunal fédéral suivait notre argumentation ? | 395 |
| A. Première situation : Madame Harmonie ne travaille pas et n'a pas encore d'enfant | 396 |
| 1. Madame Harmonie déménage dans le canton de Vaud | 397 |
| 2. Madame Harmonie déménage dans le canton de Genève | 398 |
| B. Deuxième situation : Madame Harmonie travaille à temps partiel et vit avec son enfant | 399 |
| 1. Madame Harmonie déménage dans le canton de Vaud | 400 |
| 2. Madame Harmonie déménage dans le canton de Genève | 402 |
| C. La synthèse des deux premières situations | 403 |
| D. Troisième situation : Madame Harmonie fait recours au TF | 404 |
| 1. Le raisonnement de l'ATF 116 V 198 | 405 |
| 2. La solution potentielle du TF | 407 |
| a. La solution potentielle dans l'exemple n°1 | 407 |
| b. La solution potentielle dans l'exemple n°2 | 408 |
| IV. Le mot de la fin | 409 |

Table des abréviations

| | |
|---------|---|
| ACE | Avance sur contributions d'entretien |
| AG | Canton d'Argovie |
| AGNU | Assemblée générale des Nations Unies |
| AI | Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures |
| AR | Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures |
| ASC | Association suisse des communes |
| ATF | Arrêt du Tribunal fédéral |
| AVS/AI | Assurance-vieillesse et survivants / Assurance-invalidité |
| BASS | Bureau d'études en matière de politique sociale et du travail |
| BE | Canton de Berne |
| BFEG | Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes |
| BL | Canton de Bâle-Campagne |
| BS | Canton de Bâle-Ville |
| BV | Bundesverfassung |
| c. | contre |
| CCA | Cour constitutionnelle allemande |
| CDAS | Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales |
| CDE | Comité des droits de l'enfant |
| CDH | Comité des droits de l'homme |
| CDI | Commission de droit international |
| CDIP | Conférence des directrices et directeurs cantonaux de l'instruction publique |
| CEDEF | Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes |
| CEDH | Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales |
| CEDS | Comité européen des droits sociaux |
| CERD | Comité pour l'élimination de la discrimination raciale |
| CESCR | Comité des droits sociaux, économiques et culturels |
| CETIM | Programme Droits Humains du Centre Europe - Tiers Monde |
| CFQF | Commission fédérale pour les questions féminines |
| CIJ | Cour internationale de justice |
| CIDH | Cour interaméricaine des droits de l'homme |
| CNRTL | Centre national de ressources textuelles et lexicales |
| CourEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| CRPD | Comité des droits des personnes handicapées |

| | |
|---------|--|
| CSDH | Centre suisse de compétence pour les droits humains |
| CSIAS | Conférence suisse des institutions d'action sociale |
| CSERév | Charte sociale européenne révisée |
| CSSS-CN | Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national |
| Cst. | Constitution fédérale |
| CVT | Convention de Vienne sur le droit des traités |
| déc. | Décision de la CourEDH sur la recevabilité |
| DESC | Droits économiques, sociaux et culturels |
| DCP | Droits civils et politiques |
| DDIP | Direction du droit international public du DFAE |
| DFAE | Département fédéral des affaires étrangères |
| DFI | Département fédéral de l'intérieur |
| DFJP | Département fédéral de justice et police |
| DUDH | Déclaration universelle des droits de l'homme |
| FAO | Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture |
| FORJAD | Programme vaudois pour la formation pour les jeunes adultes en difficulté |
| FR | Canton de Fribourg |
| FSFM | Fédération suisse des familles monoparentales |
| GE | Canton de Genève |
| GL | Canton de Glaris |
| GR | Canton des Grisons |
| HCDH | Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme |
| JU | Canton du Jura |
| KOS | St-Gallische Konferenz der Sozialhilfe |
| LAMal | Loi fédérale sur l'assurance-maladie |
| LFPC | Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération |
| LU | Canton de Lucerne |
| NCSIAS | Normes de la Conférence suisse des institutions d'action sociale |
| NE | Canton de Neuchâtel |
| NW | Canton de Nidwald |
| OI | Organisation internationale |
| OIT | Organisation internationale du travail |
| OFAS | Office fédéral des assurances sociales |
| OFL | Office fédéral du logement |
| OFS | Office fédéral de la statistique |

| | |
|--------------------|--|
| OMS | Organisation mondiale de la santé |
| ONG | Organisation non gouvernementale |
| OING | Organisations internationales non gouvernementales |
| ONU | Organisation des Nations Unies |
| ONU-Habitat | Programme des Nations Unies pour les établissements humains |
| OW | Canton d'Obwald |
| Pacte ONU I/PIDESC | Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels |
| Pacte ONU II/PIDCP | Pacte international relatif aux droits civils et politiques |
| PCFam | Prestations complémentaires pour familles |
| PCR | Prestation sous condition de ressources |
| PJA | Pratique juridique actuelle |
| PNR | Programme national de recherche |
| RDS | Revue de droit suisse |
| RGDIP | Revue générale de droit international public |
| RIEJ | Revue interdisciplinaire d'études juridiques |
| RS | Recueil systématique |
| RTDH | Revue trimestrielle des droits de l'homme |
| SG | Canton de Saint-Gall |
| SH | Canton de Schaffhouse |
| SO | Canton de Soleure |
| SZ | Canton de Schwyz |
| TF | Tribunal fédéral |
| TG | Canton de Thurgovie |
| TI | Canton du Tessin |
| UNES | Union des étudiantes et des étudiants de Suisse |
| UNICEF | Fonds des Nations Unies pour l'enfance |
| UR | Canton d'Uri |
| VD | Canton de Vaud |
| VS | Canton du Valais |
| ZB1 | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |
| ZG | Canton de Zoug |
| ZH | Canton de Zurich |

Bibliographie

I. Textes juridiques contraignants

A. Instruments conventionnels

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS n°0.101, 4 novembre 1950.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), RS n°0103.1, 16 décembre 1966.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), RS n°0.103.2, 16 décembre 1966.

Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT), RS n°0.111, 23 mai 1969.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), RS n°0.108, 18 décembre 1979.

Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), RS n°0.107, 20 novembre 1989.

Convention relative aux droits des personnes handicapées, RS n°0.109, 13 décembre 2006.

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, A/Res/63/117, 10 décembre 2008.

Accord de Paris sur le climat, RS n°0.814.012, 12 décembre 2015.

B. Constitution fédérale, lois et ordonnances fédérales

1. Constitution fédérale

Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.), RS n°101, 18 avril 1999.

2. Lois et ordonnances fédérales

Code civil suisse (CC), RS n°210, 10 décembre 1907.

Loi fédérale sur l'aide sociale et les prêts alloués aux ressortissants suisses à l'étranger (LAPE), RS n°852.1, 21 mars 1973.

Loi fédérale en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS), RS n°851.1, 24 juin 1977.

Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), RS n°832.10, 18 mars 1994.

Loi fédérale sur l'asile (LAsi), RS n°142.31, 28 juin 1998.

Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (LFPC), RS n°138.1, 22 décembre 1999.

Loi sur le Tribunal fédéral LTF, RS n°173.110, 17 juin 2005.

Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI), RS n°142.20, 16 décembre 2005.

Loi fédérale sur les allocations familiales (LAFam), RS n°836.2, 24 mars 2006.

Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC), RS n°831.30, 6 octobre 2006.

Loi fédérale sur les contributions aux cantons pour l'octroi de bourses et de prêts d'études dans le domaine de la formation du degré tertiaire (Loi sur les aides à la formation), RS 416.0, 12 décembre 2014.

Ordonnance sur la péréquation financière et la compensation des charges (OPFCC), RS n°613.21, 7 novembre 2007.

Ordonnance sur les subsides fédéraux destinés à la réduction des primes dans l'assurance maladie (ORPM), RS n°832.112.4, 7 novembre 2007.

C. Concordat intercantonal

Accord intercantonal sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études, 18 juin 2009.

D. Constitutions, lois, ordonnances, règlements et arrêtés cantonaux

1. Constitutions cantonales

Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (Cst. NE), RS n°131.233, 24 septembre 2000.

Constitution du Canton de Vaud (Cst. VD), RS n°131.231, 14 avril 2003.

Constitution du Canton de Fribourg (Cst. FR), RS n°131.219, 16 mai 2004.

Constitution de la République et canton de Genève (Cst. GE), RS n°131.234, 14 octobre 2012.

2. Lois, ordonnances, règlements et arrêtés cantonaux

- AG – Sozialhilfe- und Präventionsverordnung, RS cantonal n°851.211, 28 août 2002.
- AI – Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°850.000, 29 avril 2001.
- AR – Verordnung zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°851.11, 16 décembre 2008.
- BE – Ordonnance sur l'aide sociale, RS cantonal, n°860.111, 24 octobre 2001.
- BL – Sozialhilfeverordnung, RS cantonal n°850.11, 25 septembre 2001a.
– Unterstützungsrichtlinien des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt, 1^{er} janvier 2020b.
– Verordnung über die Bevorschussung und die Vollstreckungshilfe für Unterhaltsbeiträge (BVV), RS cantonal, n°850.12, 25 septembre 2001b.
- BS – Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°890.100, 29 juin 2000.
– Verordnung über das Inkasso und die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (Alimentenbevorschussungsverordnung, ABVV), RS cantonal, n°212.200, 25 novembre 2008.
- FR – Arrêté fixant les modalités du recouvrement des créances d'entretien et du versement d'avances pour l'entretien des enfants, des conjoints ou des ex-conjoints (ARCE), RS cantonal n°212.0.22, 14 décembre 1993.
– Loi sur l'aide sociale (LASoc), RS cantonal n°831.0.1, 14 novembre 1991.
– Ordonnance fixant les normes de calcul de l'aide matérielle de la loi sur l'aide sociale, RS cantonal n°831.0.12, 2 mai 2006.
- GE – Loi générale sur le logement et la protection des locataires, RS cantonal n°I 4 05, 4 décembre 1997.
– Loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (LARPA), RS cantonal n°E 1 25, 22 avril 1977.
– Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal n°J 4 04, 22 mars 2007.
– Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, 25 octobre 1968.
– Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, 25 juillet 2007.
– Règlement d'application de la loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (RARPA), RS cantonal, n°E 1 25.01, 2 juin 1986.

- Règlement relatif aux prestations complémentaires familiales (RPCFam), RS cantonal, n°J 4 25.04, 27 juin 2012.
- GL – Gesetz für die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°VIII E/21/3 7 mai 1995.
- GR – Ausführungsbestimmungen zum kantonalen Unterstützungsgesetz, RS cantonal n°546.270, 8 novembre 2005.
 - Verordnung über die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für unterhaltsberechtigte Kinder, RS cantonal, n°215.050, 31 mai 1986.
- JU – Arrêté fixant les normes applicables en matière d'aide sociale du canton du Jura, RS cantonal n°850.111.1, 8 novembre 2005.
 - Ordonnance concernant l'avance et le versement provisionnel de contributions d'entretien, RS cantonal, n°851.11, 5 décembre 2000.
- LU – Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°892, 16 mars 2015.
 - Sozialhilfeverordnung (SHV), RS cantonal n°892a, 24 novembre 2011.
- NE – Arrêté concernant le recouvrement et l'avance des contributions d'entretien (ARACE), RS cantonal, n°213.221.1, 8 juin 1998.
 - Arrêté fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle du canton de Neuchâtel, RS cantonal n°831.02, 4 novembre 1998.
- NW – Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe, RS cantonal n°761.11, 16 décembre 2014.
- SG – Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°381.1, 27 septembre 1998.
- SH – Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und soziale Einrichtungen, RS cantonal n°850.100, 28 octobre 2013.
- SO – Sozialgesetz, RS cantonal n°831.1, 31 janvier 2007.
- SZ – Schwyzer Handbuch zur Sozialhilfe, 2018.
 - Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe, RS cantonal n°380.111, 30 octobre 1984.
 - Vollzugsverordnung zum Gesetz über Ausbildungsbeiträge, RS cantonal n° 661.111, 30 avril 2003.
- TG – Gesetz über die Inkassohilfe für familienrechtliche Unterhaltsbeiträge und die Bevorschussung von Kinderalimenten, RS cantonal n°836.4, 7 mars 2007.
 - Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°850.11, 15 octobre 1985.

- TI – Dipartimento della sanità e della socialità, Direttive riguardanti gli importi delle prestazioni assistenziali per il 2018, RS cantonal n°871.115, 16 mars 2018.
- Legge sugli assegni di famiglia, RS cantonal n°856.100, 18 décembre 2008.
 - Legge sull’assistance sociale, RS cantonal n°871.100, 8 mars 1971.
 - Regolamento concernente l’anticipo e l’incasso degli alimenti per i figli minorenni, RS cantonal, n°874.350, 18 mai 1988.
- UR – Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°20.3421, 29 septembre 1997.
- VD – Barème du revenu d’insertion, Annexe 1 au Règlement d’application de la loi du 2 décembre 2003 sur l’action sociale vaudoise, 26 octobre 2005.
- Barème pour besoins vitaux de la famille, Annexe au Règlement d’application de la loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont, 17 août 2011a.
 - Loi sur l’action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, 2 décembre 2003.
 - Loi sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires (LRAPA), RS cantonal n°850.36, 10 février 2004.
 - Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, 23 novembre 2010.
 - Règlement d’application de la loi du 2 décembre 2003 sur l’action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, 26 octobre 2005.
 - Règlement d’application de la loi du 10 février 2004 sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires (RLRAPA), RS cantonal n°850.36.1, 10 février 2004.
 - Règlement d’application de la loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (RLPCFam), RS cantonal n°850.053.1, 17 août 2011b.
 - Règlement sur l’aide individuelle au logement (RAIL), RS cantonal n°840.11.3, 5 septembre 2007.
- VS – Loi sur l’intégration et l’aide sociale, RS cantonal n°850.1, 29 mars 1996.
- Loi sur le recouvrement des pensions alimentaires et le versement d’avances, RS cantonal n°850.3, 13 novembre 1980.
 - Ordonnance sur les allocations de formation (bourses et prêts d’études), (OAF), RS cantonal n°416.100, 24 juin 2011.
 - Règlement d’application de la loi sur le recouvrement des pensions alimentaires et le versement d’avances, RS cantonal, n°850.301, 15 avril 1981.

- Règlement d'exécution de la loi sur l'intégration et l'aide sociale, 7 décembre 2011.
- ZG – Gesetz über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz), RS cantonal, n°213.711, 29 avril 1993.
- Verordnung zum Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°861.41, 20 décembre 1983.
- ZH – Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°851.1, 14 juin 1981.
- Verordnung zum Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°851.11, 21 octobre 1981.

II. Jurisprudence

A. Jurisprudence internationale au niveau universel

- CIJ – Affaire Ahmadou Sadio Diallo, (République de Guinée c. République démocratique du Congo), 30 novembre 2010.
- Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), 10 octobre 2002.
- Affaire des Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique) 6 novembre 2003.
- Affaire du différend territorial (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Tchad), 3 février 1994.
- Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), 27 juin 2001.
- Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, 1^{er} avril 2011.
- Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), 26 février 2007.
- Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), 25 septembre 1997.
- Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique), 27 août 1952.
- Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, 9 juillet 2004.
- Avis consultatif sur les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, 21 juin 1971.

B. Jurisprudence internationale au niveau régional**1. Jurisprudence internationale au niveau européen**

CJCE – Affaire n°61/77 (Commission c. Irlande), 16 février 1978.

CourEDH (GC) – Affaire A, B et C c. Irlande, n°25579/05, 16 décembre 2010.

- Affaire Assanidzé c. Géorgie, n°71503/01, 8 avril 2004.
- Affaire Bayatyan c. Arménie, n°23459/03, 7 juillet 2011.
- Affaire Calvelli et Ciglio c. Italie, n°32967/96, 17 janvier 2002.
- Affaire Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie, n°47848/08, Opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque, 17 juillet 2014.
- Affaire Chapman c. Royaume-Uni, n°27238/95, 18 janvier 2001.
- Affaire Chypre c. Turquie, n°25781/94, 10 mai 2001.
- Affaire Demir et Baykara c. Turquie, n°34503/97, 12 novembre 2008.
- Affaire Evans c. Royaume-Uni, n°6339/05, 10 avril 2007.
- Affaire Garig c. Pays-Bas, n°43494/09, Opinion séparée du Juge Pinto de Albuquerque, 6 novembre 2017.
- Affaire Herrmann c. Allemagne, n°9300/07, 26 juin 2012.
- Affaire Konstantin Markin c. Russie, n°30078/06, 22 mars 2012.
- Affaire Lee c. Royaume-Uni, n°25289/94, 18 janvier 2001.
- Affaire Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), n°15318/89, 23 mars 1995.
- Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce, n°30696/09, 21 janvier 2011.
- Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, n°18030/11, 8 novembre 2016.
- Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, n°18030/11, Opinion concordante du Juge Scilianos, 8 novembre 2016.
- Affaire Margus c. Croatie, n°4455/10, 27 mai 2014.
- Affaire Mouvement raëlien suisse c. Suisse, n°16354/06, 13 juillet 2012.
- Affaire Muršić c. Croatie, n°7334/13, Opinion en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque, 20 octobre 2016.
- Affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse, n°41615/07, 6 juillet 2010.
- Affaire S. et Marper c. Royaume-Uni, n°30562/04 et n°30566/04, 4 décembre 2008.
- Affaire Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, n°31-32/1997/815-816/1018-1019, 30 juillet 1998.
- Affaire Stafford c. Royaume-Uni, n°46295/99, 28 mai 2002.
- Affaire T. c. Royaume-Uni, n°24724/94, 16 décembre 1999.
- Affaire Vallianatos et autres c. Grèce, n°29381/09 et n°32684/09, 7 novembre 2013.

- Affaire Vallianatos et autres c. Grèce, n°29381/09 et n°32684/09, Opinion séparée du Juge Pinto de Albuquerque, 7 novembre 2013.
- Affaire X, Y et Z c. Royaume-Uni, n°21830/93, 22 avril 1997.

CourEDH – Affaire Airey c. Irlande, n°6289/73 9 octobre 1979.

- Affaire B. c. Suisse, n°78630/12, 20 octobre 2020.
- Affaire Belilos c. Suisse, n°10328/83, 29 avril 1988.
- Affaire Belli et Arguier-Martinez c. Suisse, n°65550/13, 11 décembre 2018.
- Affaire Cliff c. Royaume-Uni, n°7205/07, 13 juillet 2010.
- Affaire D. c. Royaume-Uni, n°30240/96, 2 mai 1997.
- Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni, n°7525/76, 22 octobre 1981.
- Affaire Feldbrügge c. Pays-Bas, n°8562/79, 27 juillet 1987.
- Affaire Francesco Lombardo c. Italie, n°11519/85, 26 novembre 1992.
- Affaire Gnahoré c. France, n°40031/98, 19 septembre 2000.
- Affaire Golder c. Royaume-Uni, n°4451/70, 21 février 1975.
- Affaire Grant c. Royaume-Uni, n°32570/03, 23 mai 2006.
- Affaire Gül c. Suisse, n°23218/94, 19 février 1996, Opinion dissidente de M. le Juge Martens, approuvée par M. le Juge Russo.
- Affaire Haase c. Allemagne, n°11057/02, 8 avril 2004.
- Affaire Handyside c. Royaume-Uni, n°5493/72, 7 décembre 1976.
- Affaire Havelka et autres c. République tchèque, n°23499/06, 21 juin 2007.
- Affaire Karlheinz Schmidt c. Allemagne, n°13580/88, 18 juillet 1994.
- Affaire L. et V. c. Autriche, n°39392/98 et n°39829/98, 9 janvier 2003.
- Affaire Larioshina c. Russie (déc.), n°56869/00, 23 avril 2002.
- Affaire Magee c. Royaume-Uni, n°28135/95, 6 juin 2000.
- Affaire Marckx c. Belgique, n°6833/74, 13 juin 1979.
- Affaire Marzari c. Italie (déc.), n°36448/97, 4 mai 1999.
- Affaire Mazurek c. France, n°34406/97, 1^{er} février 2000.
- Affaire Moldovan et autres c. Roumanie, n°41138/98 et n°64320/01, 12 juillet 2005.
- Affaire Panaitescu c. Roumanie, n°30909/06, 10 avril 2012.
- Affaire Pancenko c. Lettonie (déc.), n°40772/98, 28 octobre 1999.
- Affaire Petrovic c. Autriche, n°156/1996/775/976, 27 mars 1998.
- Affaire R.M.D. c. Suisse, n°19800/92, 26 septembre 1997.
- Affaire R.M.S c. Espagne, n°28775/12 18 juin 2013.
- Affaire Refah Partisi (Parti de la prospérité), et autres c. Turquie, n°41340/98, n°41342/98, n°41343/98, n°41344/98, 31 juillet 2001.
- Affaire S.W. c. Royaume-Uni, n°20166/92, 22 novembre 1995.
- Affaire Schuler-Zgraggen c. Suisse, n°14518/89, 24 juin 1993.

- Affaire Sidabras und Džiautas c. Lituanie, n°55480/00 et n°59330/00, 27 juillet 2004.
- Affaire Siliadin c. France, n°73316/01, 26 juillet 2005.
- Affaire Soares de Melo c. Portugal, n°72850/14, 16 février 2016.
- Affaire Soares de Melo c. Portugal, n°72850/14, Opinion concordante du juge Sajó, 16 février 2016.
- Affaire Soering c. Royaume-Uni, n°14038/88, 7 juillet 1989.
- Affaire Stübing c. Allemagne, n°43547/08, 12 April 2012.
- Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, n°5856/72, 25 avril 1978.
- Affaire Ünal Tekeli c. Turquie, n°29865/96, 16 novembre 2004.
- Affaire Wallová et Walla c. République tchèque, n°23848/04, 26 octobre 2006.
- Affaire Young, James et Webster, n°7601/76 et n°7806/77, 13 août 1981.

CourEDH (Commission) – Affaire Talmon c. Pays-Bas, n°30300/96, 26 février 1997.

2. Jurisprudence internationale au niveau interaméricain

CIDH – Affaire de la Communauté indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay, 29 mars 2006.

- Affaire de la communauté indigène Xákmok Kásek c. Paraguay, 24 août 2010.
- Affaire du peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Équateur, 27 juin 2012.
- Affaire Garrido et Baigorria c. Argentine, 27 août 1998.
- Affaire González et al. (« Cotton Field ») c. Mexico, 16 novembre 2009.
- Affaire Herrera-Ulloa c. Costa Rica, objections préliminaires, fond, réparation et coûts, 2 juillet 2004.
- Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, fond, réparation et coûts, 31 août 2004.
- Affaire Velásquez-Rodríguez c. Honduras, objections préliminaires, 26 juin 1987.
- Affaire Ximenes-Lopes c. Brésil, 4 juillet 2006.
- Avis consultatif demandé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, OC-17/2002, 28 août 2002.
- Avis consultatif demandé par les gouvernements de la République d'Argentine et de la République orientale de l'Uruguay, OC-13/93, 16 juillet 1993.
- Avis consultatif, Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica, OC-4/84, 19 janvier 1984.

C. Jurisprudence nationale

1. Jurisprudence suisse

TRIBUNAL FÉDÉRAL – Arrêt 1C_181/2019, 29 avril 2020.

- Arrêt 1C_504/2016, 19 octobre 2017.
- Arrêt 2A.253/2001, 8 octobre 2002.
- Arrêt 2C_196/2008, 07 mai 2008.
- Arrêt 2C_244/2008, 5 juin 2009.
- Arrêt 2C_402/2017, 19 septembre 2017.
- Arrêt 2C_499/2010, 26 août 2010.
- Arrêt 2C_1092/2017, 28 août 2018.
- Arrêt 8C_605/2013, 17 juin 2014.
- Arrêt 8C_787/2011, 28 février 2012.
- Arrêt 8C_854/2018, 22 juillet 2019.
- ATF 94 I 669, 22 novembre 1968.
- ATF 96 II 4, 12 mars 1970.
- ATF 98 Ib 385, 13 octobre 1972.
- ATF 99 Ia 370, 23 mai 1973.
- ATF 99 Ib 39, 2 mars 1973.
- ATF 100 Ib 226, 12 juillet 1974.
- ATF 106 Ia 277, 30 septembre 1980.
- ATF 109 Ia 301, 9 novembre 1983.
- ATF 109 V 224, 18 octobre 1983.
- ATF 111 V 201, 23 octobre 1985.
- ATF 112 Ia 290, 4 juin 1986.
- ATF 113 Ia 131, 1^{er} avril 1987.
- ATF 114 II 205, 7 juillet 1988.
- ATF 116 Ia 359, JdT 1992 I 98, 27 novembre 1990.
- ATF 116 V 198, 23 août 1990.
- ATF 117 Ia 27, 21 février 1991.
- ATF 117 Ib 367 ; JdT 1993 I p. 273, 15 novembre 1991.
- ATF 117 V 318, 17 décembre 1991.
- ATF 118 Ia 64, 12 février 1992.
- ATF 119 Ia 460 ; JdT 1995 I 586 22 décembre 1993.
- ATF 119 V 277, 16 juillet 1993.
- ATF 120 Ia 1, 11 février 1994.
- ATF 121 I 49, 19 janvier 1995.
- ATF 121 I 367 ; JdT 1997 I 278, 27 octobre 1995.
- ATF 121 V 246, 20 juillet 1995.
- ATF 122 I 101, 24 mai 1996.

- ATF 122 II 193 ; JdT 1998 I 562, 24 mai 1996.
- ATF 123 I 152, 19 mars 1997.
- ATF 123 I 241, 2 septembre 1997.
- ATF 123 II 472, 9 juillet 1997.
- ATF 124 III 90, 22 décembre 1997.
- ATF 124 IV 44, 10 février 1998.
- ATF 125 I 21, 7 octobre 1998.
- ATF 125 I 173, 3 mars 1999.
- ATF 125 II 417, 26 juillet 1999.
- ATF 125 III 209, 23 mars 1999.
- ATF 126 I 140, 22 septembre 2000.
- ATF 126 II 300, 3 mai 2000.
- ATF 126 II 377, 11 septembre 2000.
- ATF 126 III 353 ; JdT 2002 I p. 162, 17 juillet 2000.
- ATF 126 V 70, 22 mai 2000.
- ATF 127 I 97, 29 juin 2001.
- ATF 127 II 177, 1^{er} mai 2001.
- ATF 128 I 254, 14 août 2002.
- ATF 128 I 280, 6 septembre 2002.
- ATF 129 I 12, JdT 2004 I 9, 7 novembre 2002.
- ATF 129 I 35, JdT 2004 I 711, 7 novembre 2002.
- ATF 129 I 392, 21 novembre 2003.
- ATF 129 II 193, 21 février 2003.
- ATF 129 II 249, 17 janvier 2003.
- ATF 129 III 250, 19 décembre 2002.
- ATF 130 I 71, 14 janvier 2004.
- ATF 130 I 113, 8 avril 2004.
- ATF 131 I 166, JdT 2007 I 75, 18 mars 2005.
- ATF 131 V 66, 1^{er} février 2005.
- ATF 132 I 49, 25 janvier 2006.
- ATF 133 I 249, 27 avril 2007.
- ATF 134 I 65 14 décembre 2007.
- ATF 135 I 49 ; JdT 2009 I p. 655, 16 décembre 2008.
- ATF 135 I 119, 20 mars 2009.
- ATF 135 I 153, 27 mars 2009.
- ATF 135 I 161, 30 avril 2009.
- ATF 135 II 243, 2 février 2009.
- ATF 135 III 66, JdT 2010 I p. 167, 23 octobre 2008.
- ATF 136 I 87 ; JdT 2010 I p. 367, 30 septembre 2009
- ATF 136 I 129, 12 février 2010.

- ATF 136 I 241, 2 juin 2010.
- ATF 136 I 290, 4 mai 2010.
- ATF 136 II 241, 26 janvier 2010.
- ATF 137 I 305 ; JdT 2012 I p. 47, 21 novembre 2011.
- ATF 137 I 327, 11 novembre 2011.
- ATF 137 III 59 ; JdT 2011 II p. 359, 30 novembre 2010.
- ATF 138 I 217, 13 juin 2012.
- ATF 138 I 305, 12 juin 2012.
- ATF 138 I 321, 30 août 2012.
- ATF 138 II 524, 19 septembre 2012.
- ATF 138 V 310, 21 août 2012.
- ATF 139 I 16, 12 octobre 2012.
- ATF 139 I 155, 15 avril 2013.
- ATF 139 I 169, 13 mai 2013.
- ATF 139 I 218, 29 juillet 2013.
- ATF 139 II 243, 22 mai 2013.
- ATF 140 I 277, 22 juillet 2014.
- ATF 140 I 305, 15 septembre 2014.
- ATF 141 V 455, 2 juillet 2015.
- ATF 142 II 35, 26 novembre 2015.
- ATF 142 II 369, 18 juillet 2016.
- ATF 144 I 1, 7 décembre 2017.
- ATF 144 II 293, 3 août 2018.
- ATF 146 I 1, 6 février 2020.
- ATF 146 I 62, 14 janvier 2020.

TRIBUNAL DES ASSURANCES DU CANTON DE SG – KSCHG 2017/5, 26 avril 2018,
(site web, dernière consultation le 24 mai 2020).

COMMISSION DE RECOURS DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE – Arrêt CRUL
019/17, 31 mai 2017, (site web, dernière consultation le 27 février 2020).

2. Jurisprudence allemande

- CCA – 1 BvL 7/16, 5 novembre 2019.
- BVerfGE 33, 224, 30 mai 1972.
 - BVerfGE 79, 127, 23 novembre 1988.

3. Jurisprudence colombienne

COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE – Affaire John Jairo Nivia Vargas et Germán Vargas Mantilla c. Compensar E.P.S et Salud Total E.P.S., Sentencia T-859/03, 25 septembre 2003.

COUR SUPRÊME DE JUSTICE COLOMBIENNE – Affaire 25 jeunes c. Colombie, STC4360-2018, 5 avril 2018.

4. Jurisprudence indienne

COUR SUPRÊME INDIENNE – Affaire Paschim Banga Khet Mazdoor Samity et Ors c. l'État du Bengal de l'ouest et Anor, AIR SC 2426/ (1996), 4 SCC 37, 6 mai 1996.

5. Jurisprudence sud-africaine

COUR CONSTITUTIONNELLE D'AFRIQUE DU SUD – Affaire Gouvernement d'Afrique du Sud et autres c. Irene Grootboom et autres, Case CCT 11/00, 2000 (11) BCLR 1169, 4 octobre 2000.

– Affaire Khosa and autres c. Minister of Social Development et autres, Mahlaule et Another c. Minister of Social Development, Case CCT12/03, 2004 (6) BCLR 569 (CC), 4 mars 2004.

– Affaire Lindiwe Mazibuko et autres c. Ville de Johannesburg et autres, Case CCT 39/09, 2009 ZACC 28, 8 octobre 2009.

III. Conclusions, opinions et constatations des organes quasi-juridictionnels d'organisations internationales

A. Opinions et constatations des organes quasi-juridictionnels de l'ONU

CDH – Constatations, Communication n°488/1992, Affaire Nicoals Toonen c. Australie, 25 décembre 1991.

– Constatations, Communication n°588/1994, Affaire Johnson c. Jamaïque, CCPR/C/56/D/588/1994, 5 août 1996.

– Constatations, Communication n°790/1997, Affaire Cheban et al. c. Fédération de Russie, CCPR/C/72/D/790/1997, 31 juillet 2001.

– Constatations, Communication n°829/1998, Affaire Judge c. Canada, CCPR/C/78/D/829/1998, 5 août 2002.

- Constatations, Communication n°930/2000, Affaire Winata c. Australie, CCPR/C/72/D/930/2000, 16 août 2001.
 - Constatations, Communication n°950/200, Affaire Jgatheeswara Sarma c. Sri Lanka, CCPR/C/78/D/950/2000, 16 juillet 2003.
 - Constatations, Communication n°1016/2001, Affaire Hinostrroza Solís c. Pérou, CCPR/C/86/D/1016/2001, 16 mai 2006.
 - Constatations, Communication n°1321/2004 et 1322/2004, Affaire Yoon et Choi c. République de Corée, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 janvier 2007.
 - Constatations, Communication n°1382/2005, Affaire Salikh c. Ouzbékistan, CCPR/C/95/D/1382/2005, 22 avril 2009.
 - Constatations, Communication n°1536/2006, Elgueta v. Chile, CCPR/C/96/D/1536/2006, Opinion dissidente des membres du Comité Ms. Helen Keller et Mr. Fabián Salvioli, 28 juillet 2008.
- CEDEF – Constatations, Communication n°17/2008, Affaire Pimentel c. Brésil, CEDAW/C/49/D/17/2008, 27 septembre 2011.
- CERD – **Opinion**, Communication n°26/2002, Affaire Hagan c. Australie, CERD/C/62/D/26/2002, 14 avril 2003.
- **Opinion**, Communication n°30/2003, Affaire la communauté juive d’Oslo et al. c. Norvège, CERD/C/67/D/30/2003, 22 août 2005.
- CESCR – Constatations, Communication n°5/2015, Affaire Ben Djazia et Bellili c. Espagne, E/C.12/61/D/5/2015, 21 juillet 2017.

B. Conclusions des organes quasi-juridictionnels du Conseil de l’Europe

- CEDS – Conclusions 2006, Bulgarie, article 16, 2006/def/BGR/16//FR, 30 juin 2006.
- Conclusions 2011, Lituanie, article 16, 2011/def/LTU/16//FR, 9 décembre 2011.
 - Conclusions 2011, Observation interprétative, article 16, 17-1, 2011_163_03/Ob//FR, 9 décembre 2011.
 - Conclusions 2013, Moldavie, article 13-1, 2013/def/MDA/13/1//FR, 6 décembre 2013.
 - Conclusions 2015, Norvège, article 16, 2015/def/NOR/16//FR, 4 décembre 2015.
 - Conclusions XVIII-1, Pologne, art. 16, XVIII-1/def/Pol/16//FR, 30 octobre 2006.

IV. Résolutions, messages, recommandations, rapports, déclarations et travaux d'organes, d'agences et d'acteurs d'organisations internationales

A. Résolutions, recommandations, rapports, observations, déclarations et travaux d'organes, d'agences et d'acteurs de l'ONU

1. Résolutions de l'AGNU et du Conseil des droits de l'homme

AGNU – Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe à la Résolution n°56/83, 2001.

- Résolution n°60/147, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, A/RES/60/147, 21 mars 2006.
- Résolution n°64/142, Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, A/RES/64/142, 24 février 2010.
- Résolution n°69/183, Droits de l'homme et extrême pauvreté, A/RES/69/183, 6 février 2015.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME – Résolution, n°17/13, Les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, A/HRC/RES/17/13, 14 juillet 2011.

WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS – Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23, repris par la Résolution n°48/121 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 février 1994, A/RES/48/121, 25 juin 1993.

2. Recommandation au sein de l'OIT

CONFÉRENCE GÉNÉRALE DE L'OIT – Recommandation n°202 concernant les socles de protection sociale, 2012, FF 2013 I 6271, 2012.

3. Observations générales et recommandations générales des Comités des traités en matière de droits humains

CDE – Observation générale n°1, Paragraphe 1 de l'article 29: Les buts de l'éducation, CRC/GC/2001/1, 17 avril 2001.

- Observation générale n°5, Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003.

- Observation générale n°7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 septembre 2006.
 - Observation générale n°11, Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention, CRC/C/GC/11, 12 février 2009.
 - Observation générale n°13, Le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence, CRC/C/GC/13, 18 avril 2011.
 - Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 § 1), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013.
 - Observation générale n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, 6 décembre 2016.
 - Observation générale n°21 sur les enfants en situation de rue, CRC/C/GC/21, 21 juin 2017.
- CDH – Observation générale n°17: Article 24 (Droits de l'enfant), 7 avril 1989.
- Observation générale n°18: Non-discrimination, 10 novembre 1989.
 - Observation générale n°19: Article 23 (Protection de la famille), 27 juillet 1990.
 - Observation générale n°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004.
 - Observation générale n°33, Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, CCPR/C/GC/33, 25 juin 2009.
- CEDEF – Recommandation générale n°25 : Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales), 2004.
- Recommandation générale n°27 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'être humains, CEDAW/C/GC/27, 16 décembre 2010.
 - Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, 16 décembre 2010.
 - Recommandation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, 27 novembre 2017.
 - Recommandation générale n°37 sur les aspects de la réduction des risques de catastrophe et des changements climatiques ayant trait à la problématique femmes-hommes, CEDAW/C/GC/37, 13 février 2018.
- CEDEF/CDE – Recommandation générale/observation générale conjointe n°31 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n°18 du Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 4 novembre 2014.

CESCR – Observation générale n°3, E/1991/23, 1990.

- Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23, 1991.
- Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, 1998.
- Observation générale n°11, Plans d'action pour l'enseignement primaire (art. 14 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/1999/4, 10 mai 1999.
- Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art. 11), E/C.12/1999/5, 12 mai 1999.
- Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art. 13), E/C.12/1999/10, 8 décembre 1999.
- Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 14), E/C.12/2000/4, 11 août 2000.
- Observation générale n°15, Le droit à l'eau (art. 11 et 12), E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003.
- Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte), E/C.12/GC/19, 4 février 2008.
- Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009.
- Observation générale n°21, Droit de chacun à participer à la vie culturelle (art. 15 § 1 a du Pacte), E/C.12/GC/21, 21 décembre 2009.

4. Déclaration des Comités des traités en matière de droits humains

CESCR – Déclaration sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2020/1, 17 avril 2020.

- Déclaration, L'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif du Pacte, E/C.12/2007/1, 21 septembre 2007.
- Déclaration, La crise alimentaire mondiale, E/C.12/2008/1, 20 mai 2008.
- Déclaration, Les changements climatiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2018/1, 31 octobre 2018.
- Déclaration, Les socles de protection sociale : un élément essentiel du droit à la sécurité sociale et des objectifs de développement durable, E/C.12/2015/1, 15 avril 2015.
- Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, 9 mai 2001.

5. Observations finales des Comités des traités en matière de droits humains

- CDE – Observations finales sur les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques de l'Albanie, CRC/C/ALB/CO/2-4, 7 décembre 2012.
- Observations finales, Algérie, CRC/C/15/Add.269, 12 octobre 2005.
 - Observations finales, Allemagne, CRC/C/15/Add.226, 26 février 2004.
 - Observations finales, Argentine, CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 juin 2010.
 - Observations finales, Australie, CRC/C/AUS/CO/4, 28 août 2012.
 - Observations finales, Belgique, CRC/C/15/Add.178, 13 juin 2002.
 - Observations finales, Bhoutan, CRC/C/BTN/CO/2, 8 octobre 2008.
 - Observations finales, Bosnie-Herzégovine, CRC/C/BIH/CO/2-4, 29 novembre 2012.
 - Observations finales, Cameroun, CRC/C/CMR/CO/3-5, 6 juillet 2017.
 - Observations finales, Canada, CRC/C/15/Add.215, 27 octobre 2003.
 - Observations finales, Canada, CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012.
 - Observations finales, Chine, CRC/C/CHN/CO/2, 24 novembre 2005.
 - Observations finales, Chine, CRC/C/CHN/CO/3-4, 29 octobre 2013.
 - Observations finales, Congo, CRC/C/COG/CO/2-4, 25 février 2014.
 - Observations finales, Croatie, CRC/C/15/Add.243, 3 novembre 2004.
 - Observations finales, Émirats Arabes Unis, CRC/C/15/Add.183, 13 juin 2002.
 - Observations finales, Érythrée, CRC/C/ERI/CO/3, 23 juin 2008.
 - Observations finales, Guyana, CRC/C/15/Add.224, 26 février 2004.
 - Observations finales, Hongrie, CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006.
 - Observations finales, Îles Cook, CRC/C/COK/CO/1, 22 février 2012.
 - Observations finales, Inde, CRC/C/15/Add.228, 26 février 2004.
 - Observations finales, Inde, CRC/C/IND/CO/3-4, 6 juillet 2014.
 - Observations finales, Islande, CRC/C/15/Add.50, 13 février 1996.
 - Observations finales, Israël, CRC/C/15/Add.195, 9 octobre 2002.
 - Observations finales, Japon, CRC/C/JPN/CO/3, 22 juin 2010.
 - Observations finales, Mauritanie, CRC/C/MRT/CO/2, 17 juin 2009.
 - Observations finales, Mongolie, CRC/C/MNG/CO/3-4, 4 mars 2010.
 - Observations finales, Philippines, CRC/C/15/Add.259, 21 septembre 2005.
 - Observations finales, Pologne, CRC/C/POL/CO/3-4, 30 octobre 2015.
 - Observations finales, Roumanie, CRC/C/ROU/CO/5, 13 juillet 2017.
 - Observations finales, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008.
 - Observations finales, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/GBR/CO/5, 12 juillet 2016.

- Observations finales, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, CRC/C/VCT/CO/2-3, 13 mars 2017.
- Observations finales, Sao Tomé-et-Principe, CRC/C/STP/CO/2-4, 29 octobre 2013.
- Observations finales, Seychelles, CRC/C/SYC/CO/2-4, 23 janvier 2002.
- Observations finales, Slovénie, CRC/C/SVN/CO/3-4, 8 juillet 2013.
- Observations finales, Suisse, CRC/C/15/Add.182, 13 juin 2002.
- Observations finales, Suisse, CRC/C/CHE/CO/2-4, 26 février 2015.
- Observations finales, Togo, CRC/C/TGO/CO/3-4, 8 mars 2012.

CDH – Observations finales, Allemagne, CCPR/C/79/add.73, 8 novembre 1996.

- Observations finales, Allemagne, CCPR/CO/80/DEU, 4 mai 2004.
- Observations finales, Brésil, CCPR/C/BRA/CO/2, 1^{er} décembre 2005.
- Observations finales, Canada, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006.
- Observations finales, États-Unis d'Amérique, CCPR/C/USA/CO/4, 17 avril 2014.
- Observations finales, Suisse, CCPR/C/CHE/CO/3, 3 novembre 2009.
- Observations finales, Suisse, CCPR/CO/73/CH, 12 novembre 2001.

CEDEF – Observations finales, Australie, CEDAW/C/AUL/CO/7, 30 juillet 2010.

- Observations finales, Autriche, CEDAW/C/AUT/CO/6, 2 février 2007.
- Observations finales, Autriche, CEDAW/C/AUT/CO/7-8, 22 mars 2013.
- Observations finales, Belgique, A/57/38(SUPP), 1^{er} janvier 2002.
- Observations finales, Canada, CEDAW/C/CAN/CO/8-9, 25 novembre 2016.
- Observations finales, Chili, E/C.12/1/Add.105, 1^{er} décembre 2004.
- Observations finales, États fédérés de Micronésie, CEDAW/C/FSM/CO/1-3, 9 mars 2017.
- Observations finales, Fidji, A/57/38, 2002.
- Observations finales, Guatemala, CEDAW/C/GTM/CO8-9, 22 novembre 2017.
- Observations finales, Népal, CEDAW/C/NPL/CO/4-5, 11 août 2011.
- Observations finales, Sierra Leone, CEDAW/C/SLE/CO/5, 17 juin 2007.
- Observations finales, Suède, CEDAW/C/SWE/CO/8-9, 10 mars 2016.
- Observations finales, Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/3, 7 août 2009.
- Observations finales, Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, 25 novembre 2016.
- Observations finales, Vanuatu, CEDAW/C/VUT/CO/4-5, 9 mars 2016.

CERD – Observations finales, Autriche, CERD/C/AUT/CO/17, 22 septembre 2008.

- Observations finales, États-Unis d'Amérique, CERD/C/USA/CO/6, 8 mai 2008.
- Observations finales, Suisse, CERD/C/CHE/CO/6, 23 septembre 2008.

CESCR – Observations finales, Allemagne, E/C.12/1/Add.68, 24 septembre 2001.

- Observations finales, Allemagne, E/C.12/DEU/CO/5, 12 juillet 2011.
- Observations finales, Angola, E/C.12/AGO/CO/3, 1^{er} décembre 2008.
- Observations finales, Antilles néerlandaises, E/C.12/NLD/CO/3/Add.1, 31 janvier 2008.
- Observations finales, Belgique, E/C.12/1/Add.54, 1^{er} décembre 2000.
- Observations finales, Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008.
- Observations finales, Brésil, E/C.12/BRA/CO/2, 12 juin 2009.
- Observations finales, Canada, E/C.12/CAN/CO/4, E/C.12/CAN/CO/5, 22 mai 2006.
- Observations finales, Chine, E/C.12/1/Add.107, 13 mai 2005.
- Observations finales, El Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, 27 juin 2007.
- Observations finales, Finlande, E/C.12/FIN/CO/5, 16 janvier 2008.
- Observations finales, Géorgie, E/C.12/1/Add.83, 19 décembre 2002.
- Observations finales, Hong Kong, E/C.12/1/Add.58 21 mai 2001.
- Observations finales, Inde, E/C.12/IND/CO/5, 8 août 2008.
- Observations finales, Irlande, E/C.12/1/Add.35, 14 mai 1999.
- Observations finales, Islande, E/C.12/1/Add.89, 26 juin 2003.
- Observations finales, Italie, E/C.12/1/Add.103, 14 décembre 2004.
- Observations finales, Kazakhstan, E/C.12/KAZ/CO/1, 7 juin 2010.
- Observations finales, Kenya, E/C.12/KEN/CO/1, 1^{er} décembre 2008.
- Observations finales, Lettonie, E/C.12/LVA/CO/1, 7 janvier 2008.
- Observations finales, Lituanie, E/C.12/1/Add.96, 7 juin 2004.
- Observations finales, Maroc, E/C.12/MAR/CO/3, 4 septembre 2006.
- Observations finales, Pologne, E/C.12/POL/CO/5, 2 décembre 2009.
- Observations finales, Royaume-Uni, E/C.12/GBR/CO/5, 12 juin 2009.
- Observations finales, Russie, E/C.12/1/Add.94, 12 décembre 2003.
- Observations finales, Saint-Marin, E/C.12/SMR/CO/4, 4 janvier 2008.
- Observations finales, Serbie-et-Monténégro, E/C.12/1/Add.108 25 juin 2005.
- Observations finales, Suède, E/C.12/SWE/CO/5, 1^{er} décembre 2008.
- Observations finales, Suisse, E/C.12/1/Add.30, 7 décembre 1998.
- Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26 novembre 2010.
- Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, 18 octobre 2019.
- Observations finales, Ukraine, E/C.12/1/Add.65, 24 septembre 2001.

CRPD – Observations finales, Allemagne, CRPD/C/DEU/CO/1, 13 mai 2015.

- Observations finales, Australie, CRPD/C/AUS/CO/1, 21 octobre 2013.
- Observations finales, Autriche, CRPD/C/AUT/CO/1, 30 septembre 2013.

6. Travaux et rapports du Haut-Commissariat aux droits de l'homme et d'autres agences des Nations Unies

HCDH – Les droits de l'homme et la lutte contre la pauvreté : cadre conceptuel, New York, Genève 2004a.

- Les droits de l'homme et la lutte contre la pauvreté, cadre conceptuel, Genève, New York 2004b.
- Principes directeurs concernant la COVID-19, 8 mai 2020, (site web, dernière consultation le 23 mai 2020).
- Rapport du 25 juin 2007, E/2007/82, Genève 2007.
- Rapport sur la portée et la teneur des obligations pertinentes en rapport avec les droits de l'homme qui concerne l'accès équitable à l'eau potable et à l'assainissement, contractées au titre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, A/HRC/6/3, 2007.

HCDH/FAO – Le droit à une alimentation suffisante, fiche d'information n°34, Genève, New York 2010.

HCDH/OMS – Fiche d'information n°31, Le droit à la santé, Genève, New York 2009.

HCDH/ONU-HABITAT – Fiche d'information n°21 (rév. 1), Le droit à un logement convenable, Genève, New York 2010.

HCDH/ONU-HABITAT/OMS – Fiche d'information n°35, Le droit à l'eau, Genève, New York 2011.

7. Travaux et rapports issus de procédures spéciales du Conseil des droits de l'homme

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, septembre 2012.

RAPPORTEUR SPÉCIAL ALSTON P., Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, A/HRC/35/26, 2017.

RAPPORTEUR SPÉCIAL ALSTON P., Rapport du Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/29/31, 2015.

RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY L., Rapport final sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté présenté par le Rapporteur spécial, M. Leandro Despouy, E/CN.4/SUB.2/1996/13, 1996.

RAPPORTEUR SPÉCIAL EL HADJI G., La réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement, Rapport du Rapporteur spécial, El Hadji Guissé, E/CN.4/Sub.2/2005/25, 2005.

RAPPORTEUR SPÉCIAL HUNT P. – Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, A/61/338, 2006a.

– Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, E/CN.4/2006/48, 2006b.

RAPPORTEUR SPÉCIAL KOTHARI M., Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à un logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, E/CN.4/2002/59, 2002.

RAPPORTEUR SPÉCIAL SINGH K., Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, A/HRC/17/29, 2011.

RAPPORTEUR SPÉCIAL ZIEGLER J., Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, A/59/385, 27 septembre 2004.

RAPPORTEUSE SPÉCIALE ROLNIK R., Rapport de la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur le droit à un logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, A/67/286, 10 août 2012.

8. Autres recommandations, rapports, déclarations et travaux d'organes, d'agences et d'acteurs de l'ONU

AGNU / CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Rapport du Secrétaire général sur la question de la réalisation, dans tous les pays, des droits économiques, sociaux et culturels, A/HRC/28/35, 22 décembre 2014.

CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, volume II, Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly, 1966.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME / COMITÉ CONSULTATIF SUR LE RÔLE DES ADMINISTRATIONS LOCALES DANS LA PROMOTION ET LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME Y COMPRIS L'INTÉGRATION DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ADMINISTRATION ET LES SERVICES PUBLICS LOCAUX, Rapport intérimaire, A/HRC/27/59, 4 septembre 2014.

GUTERRES A., Nous sommes tous dans le même bateau. Le virus nous menace tous. Les droits humains nous grandissent tous, 23 avril 2020, (site web, dernière consultation le 23 mai 2020).

HODGKIN R. / NEWELL P. / UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3^e éd., Genève 2007.

B. Rapports et travaux d'organes du Conseil de l'Europe

CourEDH, Dialogue Between Judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg 2008.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, 2008.

C. Résolutions et travaux d'organes d'autres organisations internationales

OCDE, Produit intérieur brut (PIB), (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution sur le rôle du revenu minimum dans la lutte contre la pauvreté et la promotion d'une société inclusive en Europe, 2010/2039(INI), P7_TA(2010)0375, 20 octobre 2010.

V. Messages, recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques, de départements, d'offices et d'acteurs suisses

A. Messages, recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques, de départements, d'offices et d'acteurs suisses au niveau fédéral

1. Messages du Conseil fédéral

CONSEIL FÉDÉRAL – Message concernant l'approbation du Protocole facultatif du 6 octobre 1999 relatif à la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (OP CEDAW), FF 2006 9253, 2006.

- Message concernant la révision du Code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF 2014 511, 2013.
- Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 2001.
- Message portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communications, FF 2016 179, 2015a.
- Message relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de l'innovation pendant les années 2017 à 2020, FF 2016 2097, 2016.
- Message relatif à l'initiative populaire fédérale « Droits égaux pour les personnes handicapées » et au projet de loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, FF 2001 1605, 2000.
- Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 1996.
- Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire, FF 1991 I 1129, 1991.
- Message sur la révision de la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin, FF 1990 I 46, 1989.

2. Autres rapports et travaux du Conseil fédéral

- CONSEIL FÉDÉRAL – Avis concernant l'interpellation n°13.3237 déposée au Conseil national par Brunner T., Dénonciation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 15 mai 2013, (site web, dernière consultation le 16 avril 2020).
- Avis concernant le postulat n°18.3120 déposé par Feri, Y., Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité entre femmes et hommes, 23 mai 2018, (site web, dernière consultation le 19 avril 2020).
 - Avis, Initiative parlementaire Politique en faveur de la famille. Article constitutionnel, Rapport de la CSSS-CN du 10 novembre 2011, FF 2012 1627, 2012.
 - Rapport à l'Assemblée fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, FF 1968 II 1069, 1968.
 - Rapport donnant suite au postulat 13.4010 Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national « Loi-cadre relative à l'aide sociale » du 6 novembre 2013, Aménagement de l'aide sociale et des prestations cantonales sous condition de ressources, Besoins et possibilités d'intervention, 2015b.
 - Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États et du postulat 08.3765 de la Commission

- des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2018, La relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2010.
- Rapport en réponse au postulat (06.3003) de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) du 13 janvier 2006, Harmonisation de l'avance sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement 2011.
 - Rapport en réponse au postulat Tornare (13.3135) « Politique de la famille » déposé le 20 mars 2013, Politique familiale, État des lieux et possibilités d'action de la Confédération, 2015c.
 - Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), 2018a.
 - Rapport sur la Charte sociale européenne révisée, Donnant suite au postulat 10.3004 de la Commission de politique extérieure du Conseil des États « Compatibilité de la Charte sociale européenne révisée avec l'ordre juridique suisse » du 12 janvier 2010 du 2 juillet 2014, FF 2014 5449, 2014.
 - Rapport sur le Programme national donnant suite à la motion 14.3890 Groupe socialiste du 25 septembre 2014, Résultats du Programme national de prévention contre la pauvreté 2014-2018, 2018b.
 - Rapport sur les familles 2017, en réponse aux postulats 12.3144 Meier-Schatz du 14 mars 2012 et 01.3733 Fehr du 12 décembre 2001, 2017.
 - Troisième rapport sur la Suisse et les Conventions du Conseil de l'Europe, FF 1984 I 792, 1984.

3. Travaux au sein de l'Assemblée fédérale

BARRILE A., Motion déposée au Conseil national, n°18.3643, Article 64a alinéa 7 LAMal. Abolition des listes noires, 15 juin 2018, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

CSSS-CN – Postulat 13.4010, Loi-cadre relative à l'aide sociale, 6 novembre 2011, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

- Postulat n°06.3003 déposé au Conseil national, Avances et recouvrement des pensions alimentaires. Harmonisation, 13 janvier 2006, (site web, dernière consultation le 24 janvier 2020).

FEHR J., Initiative parlementaire n°00436, Prestations complémentaires pour des familles. Modèle tessinois, déposée au Conseil national, 18 septembre 2000, (site web, dernière consultation le 24 janvier 2020).

FERI Y. – Interpellation n°18.4227, Aides sociales non sollicitées, 13 décembre 2018, (site web, dernière consultation le 4 juin 2020).

- Motion n°13.3351, Les prestations complémentaires pour les familles. Un moyen de lutter contre la pauvreté, déposée au Conseil national, 17 avril 2013, ([site web](#), dernière consultation le 24 janvier 2020).

GRAF-LITSCHER E., Question n°19.5420 déposée au Conseil national, Des enfants sur les listes des mauvais payeurs des primes de l'assurance-maladie. Sanctionner les enfants pour les problèmes de paiement de leurs parents ?, 11 septembre 2019, ([site web](#), dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

MEIER-SCHATZ L., Initiative parlementaire n°00437, Prestations complémentaires pour des [sic] familles. Modèle tessinois, déposée au Conseil national, 19 septembre 2000, ([site web](#), dernière consultation le 24 janvier 2020).

PILLIER CARRARD V., Initiative parlementaire, n°19.459 déposée au Conseil national, Améliorer le système d'avance des pensions alimentaires, 20 juin 2019, ([site web](#), dernière consultation le 26 novembre 2019).

ZH, Initiative cantonale, n°09.301 : Harmonisation des avances et du recouvrement des pensions alimentaires, 4 février 2009, ([site web](#), dernière consultation le 26 novembre 2019).

4. Rapports périodiques de la Suisse sur la mise en œuvre des traités des droits humains

ADMINISTRATION FÉDÉRALE – Deuxième et troisième rapports périodiques, soumis en un seul document, en vertu des articles 16 et 17 du Pacte, PIDESC, E/C.12/CHE/2-3, 2009.

- Quatrième et cinquième rapports périodiques des États parties attendus en 2014, CEDEF, CEDAW/C/CHE/4-5, 2015.
- Quatrième rapport périodique soumis par la Suisse en application des articles 16 et 17 du Pacte, attendu en 2015, E/C.12/CHE/4, 2018.
- Réponses de la Suisse à la liste de points concernant le quatrième rapport périodique, PIDESC, E/C.12/CHE/Q/4/Add.1, 10 juillet 2019.

5. Autres recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques, de départements, d'offices et d'acteurs au niveau fédéral

ADMIN – Le Conseil fédéral demande pardon aux victimes des mesures de coercition à des fins d'assistance, 11 avril 2013, ([site web](#), dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

- Objectif 1: Éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde, 27 novembre 2017a, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).
- Objectif 13: Prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions, 27 novembre 2017b, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).
- Procédure civile : faciliter l'accès aux tribunaux, 2020, (site web, dernière consultation le 20 novembre 2020).

ARBOGAST O. / MÜHLEMANN K. / SCHÖBI N. / ZANGGER P. / OFS, Bourses et prêts d'études cantonaux 2018 Neuchâtel 2019.

BECK L. / FUCHS S. / THOMA M. / OFAS / OFL, Programme national contre la pauvreté, Offres d'aide au logement pour les ménages vulnérables, Guide pour les cantons, les villes et les communes, 2018.

BERSET BIRCHER V., Allocution orale de l'Ambassadrice et cheffe de la délégation suisse à l'occasion de l'examen périodique du quatrième rapport de la Suisse lors de la 66e session du CESCR, 2 octobre 2019, (site web, dernière consultation le 25 mai 2020).

BOEGLI L. / INVERLIN L. / MÜLLER P. / TEICHGRÄBER M. / OFS, Conditions de vie et d'études dans les hautes écoles suisses, Publication principale de l'enquête sur la situation sociale des étudiant.e.s, 2005, Neuchâtel 2007.

CAFLISCH L. / DFAE / DDIP, La pratique suisse en matière de droit international public 2011, Berne 2013.

CENTRE D'INFORMATION AVS / AI / OFAS, Rentes de survivants de l'AVS, État au 1^{er} janvier 2020, 2019.

COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FÉMININES – Guide de la CEDEF pour la pratique juridique, Partie 3, La validité et l'application de la Convention CEDEF en Suisse, 2019a, (site web, dernière consultation le 6 avril 2020).

- Guide de la CEDEF pour la pratique juridique, Partie 5, La jurisprudence et la pratique administrative en Suisse, 2019b, (site web, dernière consultation le 24 novembre 2020).

CONSEIL SUISSE DE LA SCIENCE, Recommandations du Conseil suisse de la science CSS pour le message FRI 201-2024, Analyse des objectifs et recommandations d'action à l'attention de la Confédération, 2018.

- CSONKA Y./MOSIMANN A./OFS, Les familles en Suisse, Rapport statistique 2017, Neuchâtel 2017.
- DUBACH P. / PESCH T. / PFISTER N. / OFS, Les prestations sociales sous condition de ressources allouées dans les cantons suisses en 2007, Inventaire au 01.01.2007, Neuchâtel 2007.
- FONDS NATIONAL SUISSE DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, Mise au concours PNR 76 Assistance et coercition – passé, présent et avenir, 2017, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).
- GUGGISBERG M. / HÄNI S. / OFS – Actualités OFS, Situation économique et sociale de la population, Résultats des années 2007 à 2014, Pauvreté et privation matérielle, Neuchâtel 2016.
- Actualités OFS, Situation économique et sociale de la population, Revenus et conditions de vie (SILC) 2015, Pauvreté avant transferts sociaux, Neuchâtel 2017.
- GUGGISBERG M. / MÜLLER B. / CHRISTIN T. / OFS, Pauvreté en Suisse : concepts, résultats et méthodes, Résultats calculés sur la base de l'enquête SILC 2008 à 2010, Neuchâtel 2012.
- HOFER S. / OFS, Les prestations sociales sous condition de ressources en Suisse, Aperçu des prestations cantonales 2002, infosocial, La sécurité sociale dans les faits, Neuchâtel 2006.
- KRUMMENACHER A. / RAUSA F. / OFS, La population de la Suisse en 2018, Neuchâtel 2019.
- OFS – Actualités OFS, Situation économique et sociale de la population, La pauvreté en Suisse, La pauvreté monétaire de la population résidente de la Suisse, de 2008 à 2010, Neuchâtel 2012.
- Communiqué de presse, Enquête suisse sur le niveau et la structure des salaires 2018, En 2018, le salaire médian s'est élevé à 6538 francs, 2020a.
 - Communiqué de presse, Le taux de pauvreté est resté stable, proche de 8%, en 2018, 2020b.
 - Distribution du revenu disponible équivalent et ratio S80/S20, selon différentes caractéristiques socio-démographiques 2020c, (site web, dernière consultation le 17 avril 2020).
 - Enquête sur le budget des ménages, 2015-2017, Revenus et dépenses des ménages selon le canton (seulement les cantons les plus peuplés), 2019, (site web, dernière consultation le 17 avril 2020).
 - Forfait CSIAS pour l'entretien, Calcul actualisé par l'OFS, 2015.

- Indice suisse des prix à la consommation en septembre 2020, Les prix à la consommation sont restés stables en septembre 2020d, (site web, dernière consultation le 23 octobre 2020).
- Loyer moyen par canton, Loyer moyen en francs par canton, en 2017, 2019b, (site web, dernière consultation le 21 octobre 2020).
- Privations matérielles, selon différentes caractéristiques socio-démographiques, En 2018, 2020e, (site web, dernière consultation le 9 mai 2020).

ROH S. / OFS, Indices des prix à la consommation (décembre 2015 = 100), Bases méthodologiques, Neuchâtel 2015.

RUCH T. / MEISTER N. / ADAMOLI M. / CABALLERO LIARDET W. / CAPEZZALI E. / CSONKA Y. / FINK M. / GAZARETH P. / GUGGISBERG M. / HÄNI S. / KAESER M. / HOFER KELLENBERGER S. / MODETTA C. / RAUSA F. / SCHLANSER R. / SCHÖN-BÜHLMANN J. / SCHWEIZER L. / VOLLENWEIDER A.-C. / OFS, Rapport social statistique suisse 2015, Neuchâtel 2015.

SCHLANSER R. / OFS, Aide sociale au sens large de 2006 à 2014, Neuchâtel 2017.

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Conférence nationale sur les recommandations du Pacte I 3 décembre 2020, (site web, dernière consultation le 3 décembre 2020).

B. Recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques et d'acteurs suisses au niveau intercantonal

CDAS – Loi fédérale en matière d'assistances - LAS, Rapport final du groupe de travail CDAS, août 2008.

- Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, 28 juin 2013.
- Recommandations relatives à la mise en place de prestations complémentaires pour familles à l'échelon cantonal (PCFam), Zurich 25 juin 2010.

CDIP – Accord intercantonal sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études, Commentaire, Berne 2009.

- Concordat sur les bourses d'études, Brève information, Le concordat de la CDIP sur les bourses d'études, 29 janvier 2020, (site web, dernière consultation le 7 avril 2020).

CSIAS – Communiqué de presse, Moins d'aide sociale n'est pas assez, Berne 2019a.

- Contrôles et sanctions dans le cadre de l'aide sociale, Mesures d'assurance qualité et de prévention d'abus de l'aide sociale, **Berne 2010.**
- Document d'analyse, Epidémie du coronavirus, Bilan actuel et défis à venir pour l'aide sociale, **Berne 2020.**
- **Document de base de la CSIAS**, Bourses d'études plutôt qu'aide sociale, Pour un soutien efficace des adolescents et des jeunes adultes, **Berne 2011a.**
- Fact-Sheet, La couverture des besoins matériels de base dans l'aide sociale, **Berne 2019b.**
- Le forfait pour l'entretien CSIAS, son calcul et son appréciation, Rapport final Büro BASS, **Berne 2019c.**
- Le minimum vital social de l'aide sociale, Document de base, **Berne 2017a.**
- Loi-cadre sur l'aide sociale, L'enjeu pour nous, **Berne 2012.**
- Monitoring Aide sociale 2018, **Berne 2018a.**
- Monitoring Aide sociale 2018, Application des normes CSIAS au 1.1.18, **Berne 2018b.**
- Monitoring de l'aide sociale 2016, Application des normes CSIAS au 1.1.17, **Berne 2017b.**
- Prestations complémentaires pour familles – Modèle CSIAS, Discussion détaillée des points-clés, **Berne 2011b.**
- Prestations complémentaires pour familles, Vue d'ensemble du processus politique dans les cantons, **Berne 2014.**
- **Rapport du Bureau BASS**, Le calcul du forfait pour l'entretien dans les normes CSIAS : résumé et conclusions de la CSIAS, **Berne 2019d.**
- **Recommandations à l'intention des autorités d'aide sociale des cantons, des communes, de la Confédération et des institutions sociales privées**, NCSIAS, 4^e éd., Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19.
- Révision des normes 2015, Mise en œuvre de la 1^{ère} étape, Aperçu des normes CSIAS / ancien - nouveau, **Berne 2015.**

KNUPFER C. / PFISTER N. / CSIAS, Aide sociale, impôts et revenus en Suisse, **Berne 2007.**

WYSS K. / KNUPFER C. / CSIAS, Couverture du minimum vital dans le fédéralisme : Rapport final, **Berne 2003.**

C. Recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques et d'acteurs suisses au niveau cantonal

BL – Handbuch Sozialhilfrecht, 1^{er} janvier 2020a.

BS – Unterstützungsrichtlinien des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt, 1^{er} janvier 2019.

CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, Réponse du Conseil d'État à l'interpellation Florence Bettschart-Narbel et consorts – Camps de ski : comment le canton va-t-il appliquer l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 décembre 2017?, 2019, (site web, dernière consultation le 17 novembre 2020).

CONSEIL EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE, Rapport social 2015, la lutte contre la pauvreté dans le canton de Berne, Berne 2015.

DÉPARTEMENT DE LA SANTÉ ET DE L'ACTION SOCIALE DU CANTON DE VAUD, Rapport social vaudois 2017, Lausanne 2017.

GRAND CONSEIL DU CANTON DE BERNE, Message du Grand Conseil du canton de Berne, Votation populaire cantonale du 19 mai 2019, Berne 2019.

KOS, SKOS-Richtlinien und Praxishilfe der KOS, 1^{er} janvier 2018.

OFFICE CANTONAL DE LA STATISTIQUE DU CANTON DE GENÈVE, Niveau des loyers, résultats 2019, 2019, (site web, dernière consultation le 22 octobre 2020).

OW – Obwalder Handbuch Sozialwesen, 1^{er} janvier 2019.

SH – Schaffhauser Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe, 1^{er} janvier 2017.

STATISTIQUE VAUD, RS - Loyer moyen des logements occupés selon le nombre de pièces, Vaud, 2011-2017, 2019, (site web, dernière consultation le 22 octobre 2020).

VS – Département de la santé, des affaires sociales et de la culture, Directive concernant l'aide sociale pour les ressortissants étrangers, 11 décembre 2019.

– Département de la santé, des affaires sociales et de la culture, Directive concernant le calcul du budget d'aide sociale, 1^{er} juillet 2012.

D. Recommandations, rapports et travaux d'organes étatiques et d'acteurs suisses au niveau intercommunal

INITIATIVE DES VILLES POUR LA POLITIQUE SOCIALE, Communiqué de presse, Aide sociale dans les villes : les enfants, un risque de pauvreté, Berne 2017.

VI. Articles, contributions et ouvrages

- ACHERMANN A., Art. 121 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung (B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney, éd.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.
- ALLARD J. / VAN WAEYENBERGE A., De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger, RIEJ 2008 61, p. 109ss.
- AMSTUTZ K.
- Anspruchsvoraussetzungen und -inhalt, in : Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen: menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekissen für Arbeitsscheue? (C. Tschudi, éd.), Berne 2004, p. 17ss.
 - Das Grundrecht auf Existenzsicherung: Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Berne 2002.
- ATKINSON R. G., Federalism in a Post-Modern World, Bond Law Review 2004 16(1), p. 5ss.
- AUBERT J-F. / MAHON P., Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003.
- AUBRY GIRARDIN F., Art. 70, in : Commentaire de la LTF (Stämpfli, éd.), Berne 2014, p. 599ss.
- AUER A. / MALINVERNI G. / HOTTELIER M.
- Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'État, 3^e éd., Berne 2013a.
 - Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013b.
- BACCOUCHE T. / ALOUINI J., Polysémie et terminologie des droits de l'homme, Syntaxe et sémantique 1/2004 5(1), p. 143ss.
- BÄCHLER T., Uniformity and Diversity within Social Welfare in Switzerland, Reconciling International Social Rights and Subnational Powers in a Federal State, A paraître.
- BANDA F., Art. 10 CEDAW, in : The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women: a Commentary (M. A. Freeman, éd.), Oxford 2012, p. 253ss.
- BAUMANN R., Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung: am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz, Zurich 2002.

BELSER E. M.

- Art. 2 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a.
- Präambel, in : Basler Kommentar Bundesverfassung (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015b.

BELSER E. M. / MASSÜGER N., Art. 47 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.

BELSER E. M. / MOLINARI E. M., Art. 7 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.

BENELHOCINE C. / CONSEIL DE L'EUROPE, *La Charte sociale européenne*, Strasbourg 2011.

BESSON S. A.

- *Droit international public : précis de droit et résumés de jurisprudence*, Berne 2019.
- *Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique*, in : *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons* (S. A. Besson / E. M. Belser, édit.), Genève 2014a, p. 7ss.
- *The Human Rights Competence in the EU, the State of the Question After Lisbon, Human Rights and Taxation in Europe and the World 2011* 37.
- *Le droit international et européen de l'homme et la forme politique fédérale – Je t'aime, moi non plus*, in : *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons : Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone* (S. A. Besson / E. M. Belser, édit.), Genève 2014b, p. 215ss.
- *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai en dogmatique comparative*, RDS 2003 1, p. 49ss.

BESSON S. A. / KLEBER E., Art. 2. *The Right to Non-Discrimination*, in : *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary* (J. Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 41ss.

BIAGGINI G.

- Art. 8 Rechtsgleichheit, in : *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Orell Füssli, édit.), Zurich 2017a, p. 145ss.
- Art. 12 Recht auf Hilfe in Notlagen, in : *BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Orell Füssli, édit.), Zurich 2017b, p. 193ss.
- Art. 24 Niederlassungsfreiheit, in : *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Orell Füssli, édit.), Zurich 2017c, p. 285ss.

- Art. 41, in : BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Orell Füssli, édit.), Zurich 2017d, p. 473ss.
- Art. 43 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.
- Art. 49 Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts, in : BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Orell Füssli, édit.), Zurich 2017e, p. 535ss.
- Art. 115 Unterstützung Bedürftiger, in : BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Orell Füssli, édit.), Zurich 2017f, p. 938ss.
- Art. 116 BGG, in : Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz (M. A. Niggli / P. Uebersax / H. Wiprächtiger / L. Kneubühler, édit.), 3^e éd., Bâle 2018.
- Art. 121 Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich, in : BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Orell Füssli, édit.), Zurich 2017g, p. 979ss.
- BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2017h.
- Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat: Rechtsfragen der «vollzugsföderalistischen» Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates unter vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1996.

BIAGGINI G. / GÄCHTER T. / KIENER R., Staatsrecht, Zurich 2015.

BIAGGINI G. / HAAG S., Art. 23 BGG, in : Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz (M. A. Niggli / P. Uebersax / H. Wiprächtiger / L. Kneubühler, édit.), 3^e éd., Bâle 2018.

BIGLER-EGGENBERGER M. / KÄGI-DIENER R., Art. 8 BV, RZ. 88-149, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014.

BIGLER-EGGENBERGER M. / SCHWEIZER R. J., Art. 41, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014.

BILCHITZ D.

- Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and its Importance, South African Law Journal 2002 119(3), p. 484ss.
- Poverty and Fundamental Rights: the Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights, Oxford, New York 2008.

BÖHNKE P. / SILVER H., Social Exclusion, in : *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research* (A. C. Michalos, édit.), Dordrecht 2014, p. 6064ss.

BOILLET V. / LAMMERS G., La mise en œuvre des initiatives populaires fédérales, ZB1 2016 117, p. 511ss.

BORK R. H., The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution, *Washington University Law Quarterly* 1979 3, p. 695ss.

BOSSUYT M., La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, *Revue des droits de l'homme* 1975 VIII(4), p. 783ss.

BOYLE K., *Models of Incorporation and Justiciability for Economic, Social and Cultural Rights*, Edinburgh 2018.

BURGORGUE-LARSEN L., Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Justice in context, *RTDH* 2014 97, p. 31ss.

CAPPELLETTI M. / DAVID R.

- « Des juges législateurs ? », in : *Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé* (M. Cappelletti, édit.), Aix-en-Provence, Paris 1990a, p. 23ss.
- Montesquieu abandonné ? Développement et légitimité de la « justice constitutionnelle », in : *Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé* (M. Cappelletti, édit.), Aix-en-Provence, Paris 1990b, p. 249ss.
- Un problème majeur : contrôle juridictionnel des lois et principe de démocratie, in : *Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé* (M. Cappelletti, édit.), Aix-en-Provence, Paris 1990c, p. 215ss.

CARDINAUX B., Art. 114 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.

CASSESE A., Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions?, *European Journal of International Law* 1991 2(2), p. 141ss.

CERONE J., A Taxonomy of Soft Law, Stipulating a Definition, in : *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights* (S. Lagoutte, édit.), Oxford 2017, p. 15ss.

CHATTON G. T.

- Art. 3 CEDEF, in : CEDEF, *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire* (M. Hottelier / K. Lempen / M. Hertig Randall, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 75ss.
- *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Genève, Zurich, Bâle 2013.

CHOWDHURY J., *Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective*, Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers 2009 27, p. 1ss.

CHRISTOFFERSEN J., *Impact on General Principles of Treaty Interpretation*, in : *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (M. T. Kamminga, édit.), Oxford 2009, p. 37ss.

CONNELLY A. M., *Problems of interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights*, *International and Comparative Law Quarterly* 1986 35(3), p. 567ss.

CORBAZ M., *Les mineurs non accompagnés en droit d'asile : étude du droit suisse à la lumière du droit international des droits de l'enfant*, Berne 2019.

CORBOZ B.

- Art. 95, in : *Commentaire de la LTF* (Stämpfli, édit.), Berne 2014a, p. 1090ss.
- art. 106, in : *Commentaire de la LTF* (Stämpfli, édit.), Berne 2014b, p. 1242ss.

CORNU G., *Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris 2016.

CÔTÉ P.-A., *Le sens en droit : entre vérité et validité*, *RIEJ* 1999 42, p. 7ss.

COURNIL C. / PERRUSO C., *Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'Homme. Émergence et pertinence*, *La Revue des droits de l'homme* 2018 14, p. 1ss.

COURTIS C., *Standards to Make ESC Rights Justiciable: A Summary Exploration*, *Erasmus Law Review* 2009 2(4), p. 379ss.

COURTIS C. / TOBIN J., *Art. 28. The Right to Education*, in : *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary* (J. Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 1056ss.

CRAVEN M., Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law, *European Human Rights Law Review* 2000 11, p. 489ss.

CREMA L., Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s) *European Journal of International Law* 2010 21(3), p. 681ss.

CROSS F. B., The Error of Positive Rights, *University of California, Los Angeles Law Review* 2001 48(4), p. 857ss.

DAILLIER P. / PELLET A. / FORTEAU M., *Droit international public : formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires, responsabilité, règlement des différends, maintien de la paix, espaces internationaux, relations économiques, environnement*, 8^e éd., Paris 2009.

DELMAS-MARTY M.

- L'émergence d'un ordre juridique mondial : pathologie ou métamorphose ?, in : Chaïm Perelman: De la nouvelle rhétorique à la logique juridique (B. Frydman/M. Meyer, édit.), Paris 2012, p. 203ss.
- Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine, in : L'harmonisation du droit des contrats en Europe (C. Jamin / D. Mazeaud édit.), Paris 2001, p. 23ss.
- Le pluralisme ordonné, Paris 2006.

DIXON R. / NUSSBAUM M. C., Children's Rights and Capabilities Approach: The Question of Special Priority, *Cornell Law Review* 2012 97(3), p. 549ss.

DUBEY J., *Droits fondamentaux*, Vol. 1, Bâle 2018.

DUBOUT E., Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme *RTDH* 2008 74, p. 383ss.

DUPLESSIS I., Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international, *Revue québécoise de droit international* 2007, p. 245ss.

DUPONT A.-S. / MATTHEY F., Art. 13 CEDEF, in : CEDEF, *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire* (M. Hottelier / K. Lempen / M. Hertig Randall, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 91ss.

DUPONT A.-S., La constitution sociale, in : *Droit constitutionnel suisse* (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 2091ss.

DUPRÉ C., *The Age of Dignity: Human Rights and Constitutionalism*, Oxford 2015.

DUPUY P.-M.

- Droit international public, 12^e éd., Paris 2014.
- La Convention de Vienne sur le droit des traités à l'épreuve de la pratique : quel bilan trente ans après son entrée en vigueur, *Revue belge de droit international* 2006 39(2), p. 411ss.

DUPUY R. J., *Droit déclaratoire et droit programmatoire de la coutume sauvage à la « soft law »*, Toulouse 1974.

DURAND G.

- De l'interprétation des lois ou de la prétendue objectivité des juges, in : *Six études d'éthique et de philosophie du droit* (G. Durand, éd.), Montréal 2006a, p. 55ss.
- La création du droit ou de la critique du positivisme juridique in : *Six études d'éthique et de philosophie du droit* (G. Durand, éd.), Montréal 2006b, p. 31ss.
- *Six études d'éthique et de philosophie du droit*, Montréal 2006c.

DZEHTSIAROU K., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge 2015.

EDELMAN B., *La dignité humaine un concept nouveau*, *Recueil Dalloz* 1997, p. 185ss.

EEKELAAR J. / TOBIN J., Art. 3. The Best Interests of the Child, in : *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary* (J. Tobin, éd.), Oxford 2019, p. 73ss.

EGBUNA-JOSS A. / BELSER E. M., *Une loi-cadre pour l'aide sociale ? Réflexions institutionnelles sur la nécessité d'harmoniser des aspects liés aux droits fondamentaux*, *Newsletter CSDH* 2015 26.

EGLI P., Art. 24, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich 2014.

ESCHER E., Art. 122 BGG, in : *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz* (M. A. Niggli / P. Uebersax / H. Wiprächtiger / L. Kneubühler, éd.), 3^e éd., Bâle 2018.

ESTUPIÑAN-SILVA R., *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour inter-américaine des droits de l'homme, esquisse d'une typologie*, in : *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe* (L. Burgorgue-Larsen, éd.), Paris 2014, p. 89ss.

FABBRINI F., *The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: a “Neo-Federalist” Perspective*, New York 2010.

FABRE-MAGNAN M.

- *La Dignité en Droit : un axiome*, RIEJ 2007 58, p. 1ss.
- *Le sadisme n’est pas un droit de l’homme*, Recueil Dalloz 2005.

FALCON J., *Soziale Mobilität in der Schweiz im 20. Jahrhundert: zwischen Demokratisierung der Bildung und Fortbestand der Klassenungleichheiten*, *Social Change in Switzerland* 2016 5, p. 1ss.

FAVOREU L., *La légitimité du juge constitutionnel*, *Revue internationale de droit comparé* 1994 46(2), p. 557ss.

FIERENS J., *Les pauvres, leurs avocats et l’hypomochlion*, in : *Pauvreté, dignité, droits de l’homme*, Les 10 ans de l’accord de coopération (Jozef De Witte, édit.), Bruxelles 2008, p. 49ss.

FITZMAURICE M., Chapter 31, *Interpretation of Human Rights Treaties*, in : *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (D. Shelton, édit.), 1^{ère} éd., Oxford, New York 2013, p. 739ss.

FRÉSARD J.-M.

- Art. 113, in : *Commentaire de la LTF* (Stämpfli, édit.), Berne 2014a, p. 1339ss.
- Art. 116, in : *Commentaire de la LTF* (Stämpfli, édit.), Berne 2014b, p. 1374ss.

GÄCHTER T., *Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der Sozialen Sicherheit. Charakterisierung des schweizerischen Modells*, RDS 2014 II, p. 5ss.

GÄCHTER T. / FILIPPO M., Art. 115 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a.

- Art. 116 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015b.

GÄCHTER T. / RENOLD-BUCH S., Art. 6 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.

GÄCHTER T. / WERDER G.

- Art. 12 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a.
- Art. 41 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015b.

GADAMER H.-G., *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 2^e éd., Paris 1976.

GAMMELTOFT-HANSEN T. / LAGOUTTE S. / CERONE J., *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, Introduction*, in : *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights* (S. Lagoutte, éd.), Oxford 2017, p. 1ss.

GAUTIER P., *1969 Vienna Convention, Article 1, Scope of the Present Convention* in : *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a Commentary* (O. Corten / P. Klein, éd.), 1^{ère} éd., Oxford 2011, p. 21ss.

GERDS J.

- Les droits de l'homme des personnes en situation de pauvreté en Europe : normes, obstacles et perspectives de protection dans les instruments du Conseil de l'Europe, Partie 1, *La Convention européenne des droits de l'homme*, in : *Redéfinir et combattre la pauvreté : droits humains, démocratie et biens communs dans l'Europe contemporaine* (Conseil de l'Europe, éd.), Strasbourg 2012a, p. 121ss.
- Les droits de l'homme des personnes en situation de pauvreté en Europe : normes, obstacles et perspectives de protection dans les instruments du Conseil de l'Europe, Partie 2, *La Charte sociale européenne*, in : *Redéfinir et combattre la pauvreté : droits humains, démocratie et biens communs dans l'Europe contemporaine* (Conseil de l'Europe, éd.), Strasbourg 2012b, p. 161ss.

GNAEGI P., *Histoire et structure des assurances sociales en Suisse : avec une introduction à l'aide sociale*, 3^e éd., Genève 2012.

GOLAY C.

- Développement de la protection des DESC au niveau international et en Suisse, in : *La Suisse et les droits économiques, sociaux et culturels* (Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève / CSDH, éd.), Genève 2013a, p. 19ss.
- *Droit à l'Alimentation et Accès à la Justice: Exemples au niveau national, régional et international*, Rome 2009.
- *Le Protocole facultatif se rapportant au PIDESC et la Suisse*, PJA 2013b, p. 483ss.

GORDZIELIK T., *Sozialhilfe im Asylbereich : zwischen Migrationskontrolle und menschenwürdiger Existenzsicherung*, Zurich, Bâle, Genève 2020.

GRISEL A., *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984.

GRISEL E. J., *Egalité : les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, 2^e éd., Berne 2009.

GULDIMANN J., *Aide sociale: mesures jugées nécessaires par la Confédération*, *Revue de l'Office fédéral des assurances sociale, sécurité sociale, CHSS* 6/2015 2015, p. 313ss.

HÄBERLI T., Art. 83 BGG, in : *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz* (M. A. Niggli / P. Uebersax / H. Wiprächtiger / L. Kneubühler, édit.), 3^e éd., Bâle 2018.

HABERBECK P, *Massnahmen für einen besseren Rechtsschutz im Schweizer Zivilprozess*, *Jusletter* 2016 11.

HACHEZ I.

- Le principe de *standstill* dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, Athènes 2008.
- Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge: focus sur la notion polysémique d'effet direct, *La Revue des droits de l'homme* 2015 7, p. 1ss.

HAEFLIGER A., *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich: zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung*, Berne 1985.

HANGARTNER Y.

- Bundesgericht, I. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 16.12.2008, X. c. Gemeinderat A. / Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bzw. subsidiäre Verfassungsbeschwerde* (1D_19/2007), PJA 2009, p. 505ss.
- Grundrechtliche Gesetzgebungsaufträge und bundesstaatliche Kompetenzordnung *Bemerkungen aus Anlass des Entwurfs eines Behindertengleichstellungsgesetzes*, PJA 2001, p. 476ss.
- *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts Band II, Grundrechte*, Zurich 1982.

HÄNNI P.

- Art. 62 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a.
- Art. 66 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015b.
- *Nature et objectifs d'une Constitution cantonale*, *Revue fribourgeoise de jurisprudence* 2000, p. 123ss.

HERTIG RANDALL M.

- Art. 4 CEDEF, in : CEDEF, La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire (M. Hottelier / K. Lempfen / M. Hertig Randall, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 91ss.
- La restriction des droits sociaux, in : L'Homme et son droit : mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire (Schulthess, édit.), Zurich 2011, p. 185ss.

HERTIG RANDALL M. / CHATTON G. T., Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, in : Rapports suisses présentés au XIX^e Congrès international de droit comparé = Swiss reports presented at the XIXth International Congress of Comparative Law : Vienne, du 20 juillet au 26 juillet 2014 (Schulthess, édit.), Vienne 2014, p. 289ss.

HERTIG RANDALL M. / HOTTELIER M., Introduction aux droits de l'homme, Genève 2014.

HOTTELIER M.

- La juridiction constitutionnelle fédérale, in : Droit constitutionnel suisse (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 1095ss.
- La réception de la CEDH dans les cantons, in : La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons : Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone (S. A. Besson / E. M. Belser, édit.), Genève 2014, p. 43ss.
- Les régimes cantonaux d'allocations familiales : aspects constitutionnels, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale 2002 29, p. 43ss.

HOTTELIER M. / MARTENET V. / PEJCHAL V. / FERRETTI M. / CORBAZ M. / JOSEPH M., La pratique suisse relative aux droits de l'homme, Swiss Review of International and European Law (Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht) 2015 26(3), p. 505ss.

IMBODEN M., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung: die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Bâle, Stuttgart 1968.

JACQUEMOUD C., La gratuité des camps scolaires obligatoires et des cours de langue supplémentaires indispensables, 2018, (site web, dernière consultation le 17 novembre 2020).

JEANDIN N., art. 89, in : Commentaire romand Code de procédure civile (Helbing Lichtenhahn, édit.), 2^e éd., 2019.

JOLY R., *La mise en œuvre partagée du droit en Suisse, en Allemagne et dans l'Union européenne, Perspectives comparées, spécialement en matière de protection de la biodiversité*, Thèse soutenue à l'Université de Lausanne le 15 janvier 2020, Bâle 2020.

KAEMPFER C., *Bientôt un droit à la création d'aires d'accueil pour les gens du voyage ?*, *Plaidoyer*, *Revue juridique et politique* 2020 6, p. 14ss.

KÄGI-DIENER R., Art. 19, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014.

KÄLIN W.

- *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2^e éd., Berne 1994.
- *Decentralized Governance in Fragmented Societies: Solution or Cause of New Eviles ?*, in : *Facing Ethnic Conflicts: Toward a New Realism* (A. Wimmer, édit.), Lanham 2004, p. 301ss.
- *Examination of State Reports*, in : *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy* (H. Keller, édit.), Cambridge 2012, p. 16ss.
- *Völkerrecht: eine Einführung*, 4^e éd., Berne 2016.

KÄLIN W. / KÜNZLI J., *The law of international human rights protection*, 2^e éd., Oxford 2019.

KAUFMANN M.

- *Der öffentlichrechtliche Anspruch: unter besonderer Berücksichtigung seiner Rolle im Prozessrecht*, Zurich 2015.
- *Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen*, *Jusletter* 2017 16, p. 1ss.

KELLER H.

- *General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy*, in : *UN Human Rights Treaty Bodies* (H. Keller, édit.), Cambridge 2012a, p. 116ss.
- *Introduction*, in : *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy* (H. Keller, édit.), Cambridge 2012b, p. 1ss.
- *Reception of the ECHR in Poland and Switzerland*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2005 65, p. 283ss.

KENDE M. S., *The South African Constitutional Court's Construction of Socio-Economic Rights: Response to Critics*, *Connecticut Journal of International Law* 2004 19(3), p. 617ss.

KHALIQ U. / CHURCHILL R., The Protection of Economic and Social Rights: a Particular Challenge?, in : UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy (H. Keller, édit.), Cambridge 2012, p. 199ss.

KOCH E.

- Human Rights as Indivisible Rights: the Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights, Leiden 2009.
- Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective, The International Journal of Human Rights 2006 10(4), p. 405ss.

KOLB R., Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public, Bruxelles 2006.

KRADOLFER M., Justiziabilität sozialer Menschenrechte, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 2013, p. 521ss.

KUHNLEIN C., Les droits fondamentaux et le principe de subsidiarité en protection de l'adulte et de l'enfant, Zeitschrift für Kindes und Erwachsenenschutz 2019, p. 99ss.

KÜNZLI J.

- Application par la Suisse des obligations liées aux DESC, in : La Suisse et les droits économiques, sociaux et culturels (Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève / CSDH, édit.), Genève 2013, p. 15ss.
- art. 186 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung (B. Waldmann / E.M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.
- Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, RDS 2009 128(1), p. 47ss.
- Soziale Menschenrechte: blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche?: Überlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz, PJA 1996, p. 527ss.
- Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte: ein Beitrag zum Zusammenspiel von Menschenrechten, humanitärem Völkerrecht und dem Recht der Staatenverantwortlichkeit, Berlin 2001.

LAJOIE A., La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales, RIEJ 1999 42, p. 73ss.

- LANGFORD M., *Closing the Gap, an Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter 2009 27(1), p. 1ss.
- LANGFORD M. / KHALIQ U., Art. 26. The Right to Social Security, in : *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary* (J. Tobin, éd.), Oxford 2019, p. 986ss.
- LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford 2012.
- LEGRAND-GERMANIER V., *Les effets du fédéralisme sur la protection sociale en Suisse : étude de politique sociale*, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale 2003 30, p. 103ss.
- LEHMANN K., *In Defense of the Constitutional Court: Litigating Socio Economic Rights and the Myth of the Minimum Core*, *American University International Law Review* 2006 22(1), p. 163ss.
- LEMPEN K., Article 11 CEDEF, in : *CEDEF, La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire* (M. Hertig Randall / M. Hottelier / K. Lempen, éd.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 287ss.
- LIEBENBERG S.
- *Socio-Economic Rights: The Reasonableness Review / Minimum Core Debate*, in : *Constitutional Conversations* (S. Woolman / M. Bishop, éd.), Cape Town 2008a, p. 303ss.
 - *South Africa, Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution*, in : *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (M. Langford, éd.), New York 2008, p. 75ss.
- LIXINSKI L., *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, *European Journal of International Law* 2010 21(3), p. 585ss.
- LUCAS B. / LUDWIG C. / CHAPUIS J. / MAGGI J. / CRETZAZ E., *Le non-recours aux prestations sociales à Genève, Quelles adaptations de la protection sociale aux attentes des familles en situation de précarité ?*, Genève 2019.
- MADER L., Art. 115 in : *Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar* (B. Ehrenzeller / U. Abderhalden, éd.), 2^e éd., Zurich 2008.
- MAGISTRO F., *Le droit à un environnement sain revisité : étude de droit suisse, international et comparé*, Genève 2016.

MAHON P.

- Droit constitutionnel, Volume II, 3^e éd., Bâle, Neuchâtel 2014.
- Judicial Federalism and Constitutional Review in the Swiss Judiciary, in : Swiss Public Administration, Making the State Work Successfully (A. Ladner / N. Soguel / Y. Emery / S. Weerts / S. Nahrath, éd.), Cham 2019, p. 137ss.

MAHON P. / PULVER B., Pauvreté et inégalités sociales : l'apport et le rôle de la nouvelle Constitution fédérale ?, in : Le social, passionnément : hommages à Pierre Gilliard (R. Knüsel, éd.), Lausanne, Fribourg 2002, p. 45ss.

MAINGUENEAU D., L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques, in : Interprétation et droit (P. Amselek, éd.), Bruxelles 1995, p. 61ss.

MALINVERNI G.

- Chapitre 1: Le Conseil de l'Europe, II. La Convention européenne des droits de l'homme, in : Introduction aux droits de l'homme (M. Hertig Randall, éd.), Genève, Cowansville 2014, p. 397ss.
- Démocratie directe et droits de l'homme, in : Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht: Festschrift für Andreas Auer zum 65 (Stämpfli, éd.), Berne 2013, p. 453ss.
- Les pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen, in : Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte : La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme (Helbing & Lichtenhahn, éd.), Bâle, Francfort-sur-le-Main 1991.

MANAĀ D., Droits du patient face à la biomédecine, Berne 2013.

MARGUÉNAUD J.-P. / MOULY J., Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique, Droit social 2013, p. 339ss.

MARKS S. P., Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health, in : Realizing the right to health (A. Clapham, éd.), Zurich 2009, p. 82ss.

MARTENET V.

- Art. 2 CEDEF, in : CEDEF, La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire (M. Hottelier / K. Lempen / M. Hertig Randall, éd.), Genève, Zurich, Bâle 2019a, p. 47ss.
- Federalism in Rights Cases, American Journal of Comparative Law 2019b 67(3), p. 551ss.

- Géométrie de l'égalité, Bruxelles, Paris, Zurich etc. 2003.
- HarmoS dans le paysage fédéraliste et démocratique suisse, in : Herausforderung HarmoS (A. Auer, édit.), Zurich 2010, p. 79ss.
- L'autonomie constitutionnelle des cantons, Bâle, Genève, Munich 1999.
- La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, RDS 2011 1, p. 243ss.
- La séparation des pouvoirs, in : Droit constitutionnel suisse (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 999ss.

MARTENS P., Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte, in : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert (Bruylant, édit.), Bruxelles 2000, p. 561ss.

MARTI A., Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit, in : Droit constitutionnel suisse (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 595ss.

MASTRONARDI P., Art. 7, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014.

MCCALL-SMITH K. L., Interpreting International Human Rights Standards, Treaty Body General Comments as a Chisel or a Hammer, in : Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights (S. Lagoutte, édit.), Oxford 2017, p. 27ss.

MCCONNELL M. W., Federalism: Evaluating the Founders' Design (Reviewing Federalism: The Founders' Design by Raoul Berger), University of Chicago Law Review 1987 54, p. 1484ss.

MCGOLDRICK D., A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee, International and Comparative Law Quarterly, 2016 65, p. 21ss.

MEIER P. / STETTLER M., Droit de la filiation, Zurich 2014.

MERRIEN F.-X., Pauvreté et politiques de luttres contre la pauvreté en Europe, in : Regards croisés sur la pauvreté (J-P. Tabin, Merrien, F.-X., édit.), Lausanne 2012.

MIALOT C. / DIMA EHONGO P., De l'intégration normative à géométrie et géographie variables in : Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits (M. Delmas-Marty, édit.), Paris 2004, p. 25ss.

- MIKKOLA M., *Social human rights of Europe*, Provo0 2010.
- MOLINARI E. M., *Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung, Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion*, *Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg* 2018 384, p. 330ss.
- MOOR P., *Herméneutique et droit administratif, La question du pouvoir*, *RIEJ* 1999 42.
- MOOR P. / FLÜCKIGER A. / MARTENET V., *Droit administratif. Vol. I, Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012.
- MORAND C.-A. / OST F., *Y a-t-il un texte dans le prétoire?*, *RIEJ* 1999 1.
- MOSER-SZELESS M., *La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale*, *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* 2013, p. 129ss.
- MÜLLER J. P.
- *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in : *Verfassungsrecht der Schweiz* (Schulthess, édit.), Zurich 2001, p. 621ss.
 - *Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, 3^e éd., Berne 2008.
- MÜLLER L., *Art. 12*, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014.
- MURALIDHAR S., *India, The Expectations and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights*, in : *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (M. Langford, édit.), New York 2008, p. 102ss.
- NADAKAVUKAREN SCHEFER K., *Poverty, Obligations, and the International Economic Legal System: What Are our Duties to the Global Poor?*, in : *Poverty and the International Economic Legal System* (K. Nadakavukaren Schefer, édit.), Cambridge 2013, p. 3ss.
- NGUYEN M. S., *Chapitre 5 Aide sociale et aide d'urgence*, in : *Code annoté de droit des migrations, Volume IV* (C. Amarelle/M. S. Nguyen, édit.), Berne 2015, p. 516ss.
- NICOLAIDIS K. / TONG J. L., *Diversity or Cacophony the Continuing Debate over New Sources of International Law*, *Michigan Journal of International Law* 2004 25(4), p. 1349ss.

NOLAN A.

- Art. 27. The Right to a Standard of Living Adequate for Child's Development, in : The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary (J. Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 1021ss.
- Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts, Oxford 2011.

NOWAK M., U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2^e éd., Kehl am Rhein etc. 2005.

O'FLAHERTY M., The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodie, Human Rights Law Review 2006 6, p. 27ss.

OLIVIER M., The Relevance of « Soft Law » as a Source of International Human Rights, Comparative and International Law Journal of Southern Africa 2002 35(2), p. 289ss.

PAPAUX A.

- Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction, Paris, Zurich, Bruxelles 2002.
- Herméneutique juridique, qualification et abduction, RIEJ 1999 42, p. 85ss.
- Introduction à la philosophie du « droit en situation » : de la codification légaliste au droit prudentiel, Bruxelles 2006.

PÄRLI K.

- BGE 137 I 305, auch eine Art «Haftungsfall», in : Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht: Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag (A. Böhme / F. Gähwiler / F. Theus Simoni / I. Zuberbühler, édit.), Zurich 2016, p. 417ss.
- Gutachten zur Bedeutung der EMRK und der Beschwerde an den EGMR für das schweizerische Arbeitsrecht im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbund SGB, Berne 2015.
- Verfassungsrechtliche Aspekte neuer Modelle in der Sozialhilfe, PJA 2004, p. 45ss.
- Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Berne 2009.

PARODI M., De la discrimination statistique à la discrimination positive, Remarques sur l'inférence probabiliste, Revue de l'Observatoire français des conjectures économiques 2010 1, p. 63ss.

PAVIA M.-L., La découverte de la dignité de la personne humaine, in : La dignité de la personne humaine (M.-L. Pavia, édit.), Paris 1999, p. 3ss.

PERRIN G., *Droit international public : sources, sujets, caractéristiques*, Zurich 1999.

PÉTERMANN N.

- Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Berne 2014.
- Obligations positives de l'État fondées sur l'art. 14 CEDH : vers un renforcement de l'égalité de traitement?, in : *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives* (R. Bahar / R. Trigo Trindade, édit.), Genève 2013, p. 79ss.

PIETERSE M.

- Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited, *Human Rights Quarterly* 2007 29(3), p. 796ss.
- On 'dialogue', 'translation' and 'voice': A reply to Sandra Liebenberg, in : *Constitutional Conversations* (S. Woolman / M. Bishop, édit.), Cape Town 2008, p. 331ss.

PINTO M., *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, in : *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (G.J. Bidart Campos / M. Abregú, édit.), Buenos Aires 1997, p. 163ss.

PORTER B., *The Reasonableness of Article 8(4) Adjudicating Claims for the Margins*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2009 27(1), p. 39ss.

PREVITALI A. / MONTAVON M., *L'interdiction des discriminations*, in : *Droit constitutionnel suisse* (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 1453ss.

RADA F., *Art. 11 CEDAW*, in : *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women: a Commentary* (M. A. Freeman, édit.), Oxford 2012, p. 279ss.

RAMCHARAN B. G., *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, Leiden 2011.

RENUCCIJ.-F., *Droit européen des droits de l'homme : surveillance au travail et Convention européenne des droits de l'homme*, *Recueil Dalloz* 2018 3, p. 138ss.

REUSSER R. / LÜSCHER K., *Art. 11*, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014.

- RHINOW R. / KRÄHENMANN B., *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bâle 1990.
- RICOEUR P., *Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique*, in : *Interprétation et droit* (P. Amselek / J. Chevallier, éd.), Bruxelles, Aix-en-Provence 1995, p. 177ss.
- RIEDEL E., *Standards and Sources Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law*, *European Journal of International Law* 1991 2(2), p. 58ss.
- RIEDI HUNOLD D., Art. 115, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich 2014.
- ROMAN D., *La Garantie des droits de l'homme face à la pauvreté*, in : *Redéfinir et combattre la pauvreté : droits humains, démocratie et biens communs dans l'Europe contemporaine* (Conseil de l'Europe, éd.), Strasbourg 2012, p. 83ss.
- ROUX J., *L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes*, *Les mutations du droit vers la protection contre les discriminations multiples et intersectionnelles*, *La Revue des droits de l'homme* 2015 7, p. 1ss.
- RUDIN B., Art. 24 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, éd.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.
- RUDOLF B., Art. 13 CEDAW, in : *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women: a Commentary* (M. A. Freeman, éd.), Oxford 2012, p. 335ss.
- RÜEGGER M., *La discrimination statistique entre pertinence et arbitraire*, *Revue de philosophie économique* 1/2007 8, p. 73ss.
- SAHLFELD K., Art. 66, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich 2014.
- SANTULLI C., *Dossier, Les techniques interprétatives de la norme internationale*, *Rapport général*, RGDIP 2011 115, p. 297ss.
- SAUL B. / KINLEY D. / MOWBRAY J., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: commentary, cases, and materials*, Oxford 2014.

- SCHABAS W., *The European Convention on Human Rights: a Commentary*, 1^{ère} éd., Oxford, United Kingdom 2015.
- SCHEFER M., *Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne 2001.
- SCHEIDEGGER F., *Les cantons et l'exécution des jugements de la CourEDH: le point de vue cantonal*, in : *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons: Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone* (S. A. Besson / E. M. Belsler, édit.), Genève 2014, p. 185ss.
- SCHLÜTTER B., *Aspects of Human Rights Interpretation by the UN Treaty Bodies*, in : *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy* (H. Keller, édit.), Cambridge 2012, p. 261ss.
- SCHMID E.
- Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4.5.2010, X. c. Z., Rekurs; BGE 136 I 290-295, PJA 2011, p. 983ss.
 - Exigences internationales de prendre des mesures législatives: la Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des « entreprises et droits humains »?, PJA 2017, p. 930ss.
 - How Upper Levels Strive to Influence Law-Making at the Lower Levels and Why Lower Levels Can't Have Cake and Eat It, in : *Lawmaking in Multi-level Settings Legislative Challenges in Federal Systems and the European Union*, (P. Popelier / H. Xanthaki / Felix Uhlmann, S. / T. João / W. Robinson, édit.), Baden-Baden 2019, p. 43ss.
 - Poverty, in : *International Conflict and Security Law* (S. Sayapin / N. Quenivet / G. Kemp / N. Alvaro Zambrana-Tevar / T.M.C. Asser Press, édit.), A paraître 2020.
 - The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to "Business and Human Rights"?, *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht* 2015, p. 563ss.
 - Thickening the Rule of Law in Transition: The Constitutional Entrenchment of Economic and Social Rights in South Africa, in : *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in Post-Conflict States* (E. Kristjansdottir / A. Nollkaemper / C. Ryngaert, édit.), Cambridge 2012, p. 59ss.
 - Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, *RDS* 2016 1, p. 3ss.
- SCHMID E. / NAVARRO R. F., *Rezension: Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, *Jusletter* 2017 16.

SCHMID E. / NOLAN A., 'Do No Harm'? Exploring the Scope of Economic and Social Rights in Transitional Justice, *The International Journal of Transitional Justice* 2014 8, p. 362ss.

SCHULTZ P., Chapitre 2: La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, in : *Introduction aux droits de l'homme* (M. Hertig Randall, éd.), Genève, Cowansville 2014, p. 282ss.

SCHWEIZER R. J.

- 2. Titel: Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialziele / 3. Kapitel: Sozialziele / Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, in : *Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich 2014a, p. 871ss.
- Art. 8 BV, Rz. 1-87, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich 2014b.
- Art. 35, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich 2014c.
- *Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen*, in : *Droit constitutionnel suisse* (Schulthess, éd.), Zurich 2020, p. 691ss.

SCOTT C. / MACKLEM P., Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution, *University of Pennsylvania Law Review* 1992 141(1), p. 1ss.

SENDEN H., *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: an Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Leiden 2011.

SEPÚLVEDA M., Colombia, The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice, in : *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (M. Langford, éd.), New York 2008, p. 144ss.

SINGH K., Chapitre 13, Éducation, in : *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Tome 2, Règles du droit international social (J.-M. Thouvenin, éd.), Bruxelles 2013, p. 1745ss.

SOREL J.-M., Convention de 1969, Section 3, Interprétation des traités, Article 31, in : *Les conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article* (O. Corten / P. Klein / M. Didat / I. Sinclair / Université libre de Bruxelles Centre de droit international, éd.), Bruxelles 2006, p. 1289ss.

- SPINI D., Vulnérabilités et trajectoire de vie : vers une alliance entre parcours de vie et politiques sociales, in : Regards croisés sur la pauvreté (J.-P. Tabin, édit.), Lausanne 2012.
- SPITZ E., L'acte de juger, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1995 111, p. 289ss.
- SPRECHER F. / LIENHARD A. / TSCHANNEN P. / TSCHENTSCHER A. / ZELLER F., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018 *Revue de la société des juristes bernois* 2018 10, p. 641ss.
- STOLJARN N., Discrimination and Intersectionality, in : *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination* (K. Lippert-Rasmussen, édit.), Londres 2017, p. 68ss.
- STROMSETH J. / BROOKS R. / WIPPMAN D., *Can Might Make Rights? Building the Rule of Law after Military Interventions*, Cambridge 2006.
- STUDER M., Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse : zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit, Analyse der schweizerischen Praxis aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht, Thèse soutenue à l'Université de Bâle le 23 septembre 2020, A paraître.
- STUDER M. / FUCHS G. / MEIER A. / PÄRLI K., *Travailler aux conditions de l'aide sociale, Rapport final*, Bâle 2020.
- SUDRE F.
- Droit européen et international des droits de l'homme, 13^e éd., Paris 2016.
 - La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »?, *RTDH* 2003 55, p. 756ss.
 - Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995 23, p. 363ss.
- SUTER A., *Armut und Diskriminierung: eine Untersuchung zum Diskriminierungsschutz für bedürftige Menschen in der Schweiz*, Zurich 2015.
- SZYMCZAK D. / TOUZÉ S., *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international* (2010), *Annuaire français de droit international* 2011 57, p. 611ss.
- TABIN J.-P.
- L'article 12 de la Constitution fédérale : une « dignité » à géométrie variable, in : *Vivre dignement ? : l'aide sociale suisse en question : une*

publication pour le 100^e anniversaire de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) (W. Schmid/ Caritas, édit.), Lucerne 2005, p. 151ss.

– Regards croisés sur la pauvreté, Lausanne 2012.

TABIN J.-P. / KELLER V. / HOFMANN K. / RODARI S., *Le « tourisme social » : mythe et réalité : l'exemple de la Suisse latine*, Lausanne 2004.

THOMET U. / BFEG, *La protection sociale du travail de care non rémunéré, Les besoins d'adaptation de l'État social liés à l'évolution du partage du travail entre femmes et hommes*, Berne 2012.

THÜRER D., *Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte*, in : *Handbuch der Grundrechte, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein* (D. Merten / H.-J. Papier, édit.), Zurich, Saint-Gall 2007, p. 31ss.

TOBICH F., *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Aix-en-Provence 2008.

TOBIN J., Art. 24. The Right to Health, in : *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary* (J. Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 902ss.

TORRES PÉREZ A., *Conflicts of Rights in the European Union: a Theory of Supranational Adjudication*, Oxford 2009.

TOUZÉ S., *Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme*, RGDIP 2011 115, p. 517ss.

TRIBE L. H., *Unraveling « National League of Cities »: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services*, *Harvard Law Review* 1977 60(6), p. 1065ss.

TROPER M., *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, in : *Interprétation et droit* (P. Amselek / J. Chevallier, édit.), Bruxelles 1995, p. 235ss.

TSCHENTSCHER A., art. 11 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.

TSCHUMI T. / SCHINDLER B., Art. 5 BV, Rz. 57-100, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar* (B. Ehrenzeller / B. Schindler / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014.

TULKENS F., *Discutant de l'article de Touzé S., Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme*, RGDIP 2011 115, p. 517ss.

TULKENS F. / VAN DROOGHENBROECK S.

- Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme? L'exemple de la Belgique, in : *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons* (S. A. Besson / E. M. Belser, édit.), Genève 2014, p. 275ss.
- Le Soft Law et la Cour européenne des droits de l'homme : Questions de légitimité et de méthode, *RTDH* 2012 91, p. 433ss.
- Pauvreté et droits de l'homme, *La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme*, in : *Pauvreté, dignité, droits de l'homme, Les 10 ans de l'accord de coopération* (Jozef De Witte, édit.), Bruxelles 2008, p. 65ss.

UDAYA R. W., *Relative Poverty Rate*, in : *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research* (Alex C. Michalos, édit.), Dordrecht 2014, p. 5449ss.

ULFSTEIN G., *Individuals Complaints*, in : *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy* (H. Keller, édit.), Cambridge 2012, p. 73ss.

VAN ALEBEEK R. / NOLLKAEMPER A., *The Legal Status of Decision by Human Rights Treaty Body in National Law*, in : *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy* (H. Keller, édit.), Cambridge 2012, p. 356ss.

VAN DROOGHENBROECK S., *Les frontières du Droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'Homme repousse les limites. En marge de l'arrêt de Grande Chambre du 12 novembre 2008 rendu en l'affaire Demir et Baykara c. Turquie*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009 79, p. 811ss.

VANNESTE F., *Interpréter la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine des droits de l'homme: comment réconcilier les pratiques divergentes avec la théorie générale*, *Revue Québécoise de droit international* 2016 Hors-série mars 2016, *Théories et réalités du droit international au XXI^{ème} siècle*, p. 81ss.

VEDEL G., *Schengen et Maastricht (à propos de la décision 91-294 dc du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)*, *Revue française de droit administratif* 1992 8, p. 173ss.

VERDROSS A., *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3^e éd., Berlin 1984.

VILA M. I., *Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication within a Cooperative Conception of Human Rights*, *International Journal of Constitutional Law* 2017 15(2), p. 393ss.

WADLOCK H., The Effectiveness of the System set up by the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Journal* 1980 1, p. 1ss.

WALDBURGER C., *Bundesrahmengesetz für die Sozialhilfe*, Zurich 2017.

WALDMANN B.

- Art. 8 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a.
- Art. 29 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015b.
- Art. 29a BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015c.
- Art. 35 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015d.
- Art. 48a BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015e.
- Art. 49 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015f.

WAYNE R. H., The Best Interests of the Child: A Silent Standard, Will You Know It When You Hear It?, *Journal of Public Child Welfare* 2008 1, p. 33ss.

WEBER-DÜRLER B.

- Gleichheit, in : *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, VII/2, *Grundrechte in Österreich, der Schweiz und in Liechtenstein* (J. P. Müller / H. Schäffer, édit.), Heidelberg 2007, p. 229ss.
- Grundrechtseingriffe, in : *Die neue Bundesverfassung* (U. Zimmerli, édit.), Berne 2000, p. 131ss.
- Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, *ZBl* 2004, p. 1ss.

WERRO F.

- Art. 1 CC, in : *Commentaire romand Code civil I* (P. Pichonnaz / Foëx. B., édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2010.
- La protection de la personnalité et les médias : une illustration de la rencontre du droit civil et du droit constitutionnel, 2006.

WILDHABER L., *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Kommentierung des Artikels 8*, Köln, Berlin etc. 1992.

WILDHABER L. / HJARTARSON A. / DONNELLY S., No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Journal* 2013 33, p. 248ss.

WILSON B.

- L'applicabilité des droits économiques, sociaux et culturels garantis par le Pacte ONU I, PJA 2010, p. 1503ss.
- Social determinants of health from a rights-based approach, in : *Realizing the right to health* (A. Clapham / M. Robinson, édit.), Zurich 2009, p. 60ss.

WILSON B./PATRY L., Article 10 CEDEF, in : CEDEF, *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire* (M. Hertig Randall / M. Hottelier / K. Lempen, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 251ss.

WOEHLING J., *Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada*, McGill Law Journal 2000 46(1), p. 21ss.

WOLFFERS F., *Réformes et nouveaux défis pour l'aide sociale*, Revue de l'Office fédéral des assurances sociale, sécurité sociale, CHSS 6/2015 2015, p. 316ss.

WOODS J. M., *Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm*, Texas International Law Journal 2003 38(4), p. 763ss.

WÜGER D., *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht : Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Berne 2005.

WULLSCHLEGER S., *Gesetzgebungsaufträge: normativer Gehalt und Möglichkeiten richterlicher Intervention*, Bâle 1999.

WURZBURGER A., Art. 82 / 1.-4., in : *Commentaire de la LTF* (Stämpfli, édit.), Berne 2014, p. 801ss.

WYSS M. P., *Öffentliche Interessen - Interessen der Öffentlichkeit?: das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne 2001.

WYTTENBACH J.

- Art. 19 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung* (B. Waldmann / E. M. Belser / A. Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015.
- *Systemic and Structural Factors Relating to Quality and Equality of Human Rights Implementation in Federal States, A Critical Assessment of the Practice of Human Rights Treaty Bodies*, International Human Rights Law Review 2018 7, p. 43ss.

- Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten: gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zurich, Saint-Gall, Baden-Baden 2017.

YERSIN D., L'égalité de traitement en droit fiscal, Bâle 1992.

YOUNG E. A.

- The Conservative Case for Federalism, *George Washington Law Review* 2006 74(5), p. 874ss.
- Welcome to the Dark Side, Liberals Rediscover Federalism in the Wake of the War on Terror, *Brooklyn Law Review* 2004 69(4), p. 1277ss.

YOUNG K. G., The Minimum Core of Economic and Social Rights: Concept in Search of Content, *Yale Journal of International Law* 2008 33(1), p. 113ss.

ZERMATTEN J., Chapitre 4: La Convention relative aux droits de l'enfant, in: *Introduction aux droits de l'homme* (M. Hertig Randall, édit.), Genève, Cowansville 2014, p. 315ss.

ZIEGLER A. R., *Introduction au droit international public*, Berne 2015.

VII. Articles, contributions, ouvrages, recommandations, rapports et travaux de la société civile

AVENIRSOCIAL, *Les sanctions dans le domaine de l'aide sociale, La position d'AvenirSocial*, Berne 2014.

BASS, *Mesures pour apporter un soutien ciblé aux familles ne disposant que de faibles revenus, Rapport à l'attention de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS)*, Berne 2003.

CARITAS

- Caritas Suisse dénonce les attaques populistes contre l'aide sociale, 2020a, (site web, dernière consultation le 30 novembre 2020).
- La pauvreté rend malade, 2009, (site web, dernière consultation le 9 mai 2020).
- Paiements directs pour les plus vulnérables, Appel de Caritas à un soutien ciblé pour les personnes en situation de pauvreté et les classes moyennes dans la crise du coronavirus, Lucerne 2020b.

CETIM, *Le Droit à l'alimentation*, Genève 2006.

CONFÉRENCE DES OING DU CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution sur l'utilisation de l'expression « Droits humains » au lieu de « Droits de l'Homme » au sein de la Conférence des OING, CONF/PLE(2018)RES1, 24 janvier 2019.

FREDRICH B. / CARITAS

- Combattre la pauvreté des familles monoparentales, Garantir le minimum vital et l'égalité des chances, Lucerne 2015.
- Logement et pauvreté, Une analyse sur l'engagement des cantons, Lucerne 2014.
- Vaincre la pauvreté des enfants : la politique doit agir, Lucerne 2017.

GRAHAM A. / RESTIFO F. / NELSON J. / ATD QUART MONDE / FRANCISCAINS INTERNATIONAL, Faire des droits de l'homme une réalité pour les personnes vivant dans l'extrême pauvreté, Manuel pour la mise en oeuvre des Principes directeurs des Nations Unies sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, Genève 2015.

GREUSING M.-H. / HOCHULI M. / CARITAS, La pauvreté des enfants est intolérable en Suisse, Lucerne 2019.

HEGLI R. / CARITAS, Vaincre la pauvreté par la formation, La position de Caritas sur le rôle de la politique de formation dans la prévention de la pauvreté, Lucerne 2011.

HUMANRIGHTS.CH

- Durcissement du droit à l'aide sociale, 2020, (site web, dernière consultation le 30 novembre 2020).
- L'accès à la justice est réservé aux riches, 2018, (site web, dernière consultation le 20 novembre 2020).

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights, Comparative Experiences of Justiciability, Human Rights and Rules of Law Series 2008 2.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, Local Rule, Decentralisation and Human Rights, Versoix 2002.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION / COMMITTEE ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE, Berlin Conference, Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies 2004.

PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS

- Communiqué de presse, La société civile tire le bilan après le passage de la Suisse devant l'ONU, 2019a, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

- Contributions pour la « List of Issues » de la société civile sur les obligations du gouvernement suisse en faveur du respect et de la protection des droits économiques, sociaux et culturels (DESC) dans le cadre du 4^{ème} rapport suisse sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Genève 2018.
- Rapport parallèle de la société civile (« Plateforme des ONG suisses pour les droits humains ») sur les obligations du gouvernement suisse en faveur du respect et de la protection des droits économiques, sociaux et culturels (DESC), Genève 2019b.

RÉSEAU-DESC, Base de données jurisprudentielles, STC 4360-2018, 11 janvier 2018, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

SCHUWEY C. / CARITAS, Nouveau manuel sur la pauvreté en Suisse, Lucerne 2014.

UNES

- Communiqué de presse, Étudier : un luxe réservé aux riches ?, 20 juin 2019, (site web, dernière consultation le 6 avril 2020).
- Objet du Conseil fédéral, n°13.058, Initiative populaire sur les bourses d'études et révision totale de la loi sur les contributions à la formation, 26 juin 2013, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

WINTER L. / CHATELANAT C. / LADOR Y. / SCHNEGG M. / VUILLE V. / YOSEF A. / RÉSEAU REGARD, Évaluation Périodique Indépendante (EPI) des droits fondamentaux à Genève, Contribution de la société civile, Genève 2019.

VIII. Articles de presse et autres documents

20MIN, Une mère célibataire priée de rembourser 224'866 fr., 22 février 2018, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2019).

24 HEURES, Plus de liste noire pour les mauvais payeurs de primes, 11 septembre 2019, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

ARNAUD A., Un arrêt du Tribunal fédéral pourrait signer la mort des camps de ski, 2018, (site web, dernière consultation le 17 novembre 2020).

BONUS, Communiqué - Suspension des prestations de l'assurance-maladie et subventionnement des primes : santésuisse demande une solution avec les cantons, octobre 2008, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

CATH, Enfants placés: ATD Quart Monde a contribué au mea culpa de la Confédération, 3 novembre 2017, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

CNRTL, Lexicographie, Harmonisation, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

FAGETTI A., Auf unfaire Weise aktiv geworden, Wochenzeitung n°41/2018, 11 octobre 2018, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

GUIGNARD N. / HERTIG T., Polémique sur des listes noires de mauvais payeurs incluant des enfants, 28 octobre 2019, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

KELLER B., La mort d'un sidéen crée la polémique sur les listes noires, 24 heures : Suisse, 4 mai 2018, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

LA LIBERTÉ, Les bénéficiaires de l'aide sociale ne seront pas pénalisés, 19 mai 2019, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

LE MATIN, Le taux de l'aide sociale continue d'augmenter, 7 novembre 2017, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

LE NOUVELLISTE, Assurance maladie: les frais d'accouchement doivent être remboursés aux assurés sur liste noire, 6 mai 2018, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

RICHARD A, Les Genevois les plus pauvres sont quatre fois plus exposés au Covid-19, 13 mai 2020, (site web, dernière consultation le 23 mai 2020).

RTS

- Les montants de l'aide sociale dans le canton de Berne revus à la baisse, 7 avril 2018, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).
- Toujours plus de patients renoncent aux soins en Suisse, selon un sondage, 3 août 2017, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

TROXLER R., Von 0 auf 10'200 Franken – Wie eine Luzerner Studentin um Stipendien kämpfte, Der Kanton Luzern ist bei der Stipendienvergabe zurückhaltend. Ein Beispiel zeigt, dass sich Kämpfen lohnen kann, Luzerner Zeitung, 2019, (site web, dernière consultation le 11 mai 2020).

TURUBAN P., Sans-papiers ou petits indépendants, ils risquent de sombrer dans la pauvreté en Suisse, 13 mai 2020, (site web, dernière consultation le 10 juin 2020).

Introduction

Madame Harmonie⁴, mère de famille élevant seule son enfant, doit déménager et cherche un endroit en Suisse où s'établir. Elle accorde une grande importance à la protection sociale étatique par souci pour son enfant au vu de sa situation financière difficile. Nous le verrons, ce choix n'est pas simple et illustre notre question de recherche qui est la suivante : « *les garanties internationales des droits humains exigent-elles une harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale ?* »⁵. Dans cette introduction, nous exposerons le contexte dans lequel notre question de recherche se pose. Pour comprendre ce contexte de départ, plusieurs éléments doivent être abordés. Premièrement, nous présenterons l'aide sociale en droit suisse et son rôle dans la lutte contre la pauvreté (Section I). Nous aborderons ensuite le système fédéral suisse indispensable pour comprendre l'importance des compétences cantonales en la matière. Elles impliquent de grandes disparités entre les cantons suisses (Section II). Troisièmement, nous illustrerons ces différences, à l'aide de l'exemple concret de la famille précitée (Section III) ce qui permettra de discerner clairement l'ampleur des différences cantonales et l'influence de la commune de domicile sur le revenu disponible et sur les prestations d'aide sociale.

4 Ce nom d'« Harmonie » a été choisi en référence à notre question de recherche, non sans l'envie évidente d'égayer quelque peu cette thèse.

5 Le terme « droits humains » doit être clarifié avant toute chose. Premièrement, nous utiliserons le terme « droits humains » de préférence à « droits de l'homme » ou « droits de l'Homme » pour prendre en compte l'incertitude qui entoure ce terme pour éviter toute équivoque. Ce terme prend ainsi en compte tant les droits de la femme, droits de l'enfant et que les droits de l'homme masculin. Pour une explication de ce flou sémantique : BACCOUCHE et ALOUINI, *Polysémie et terminologie des droits de l'homme*, in *Syntaxe et sémantique* 1/2004 5(1), 143ss, § 20ss. De plus, cette terminologie permet d'être non discriminatoire envers les femmes : cette préoccupation a d'ailleurs été relevée le 24 janvier 2019 par la Conférence des OING du Conseil de l'Europe : CONFÉRENCE DES OING DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution sur l'utilisation de l'expression « Droits humains » au lieu de « Droits de l'Homme » au sein de la Conférence des OING*, CONF/PLE(2018)RES1, 24 janvier 2019, § 3. Deuxièmement, ce terme sera utilisé pour désigner les droits humains au niveau international. Nous l'opposerons au terme « droits fondamentaux » qui renvoie aux droits humains garantis au niveau de la Constitution en Suisse ou dans d'autres systèmes nationaux ; cette terminologie étant utilisée par la Constitution et la doctrine suisse ; alors que le terme « droits de l'homme » ou « droits humains » est préféré au niveau international : AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne 2013b, p. 6-15.

La situation de départ ainsi exposée, le Chapitre premier se concentrera sur la définition de la question de recherche, ses enjeux et comment la thèse y répondra.

I. L'aide sociale, un instrument de lutte contre la pauvreté

La pauvreté est un phénomène relativement répandu en Suisse. Elle touchait, en 2018, 7,9 % de la population suisse⁶. Ce pourcentage correspond plus ou moins à la population du canton d'Argovie⁷ ! De plus, 14,6% de la population était à risque. Enfin, la privation matérielle concernait près de 5,6% de la population⁸. Cette dernière statistique concerne des situations graves de pauvreté et se définit par l'incapacité pour des raisons financières de bénéficier de trois éléments parmi neufs considérés comme essentiels pour avoir un niveau de vie décent⁹. Des prestations étatiques sont nécessaires pour garantir à ces personnes des conditions minimales d'existence. En Suisse, les acteurs politiques au niveau fédéral et cantonal ont mis en place un système complexe de prestations¹⁰. Il comprend les assurances sociales fédérales, les prestations sous condition de ressources cantonales et l'aide sociale cantonale au sens strict¹¹. Ces deux dernières prestations forment l'aide sociale au sens large¹².

6 OFS, 2020b, p. 1.

7 KRUMMENACHER, RAUSA et OFS, La population de la Suisse en 2018, Neuchâtel 2019, p. 12.

8 OFS, 2020b, p. 1.

9 GUGGISBERG, HÄNI et OFS, Actualités OFS, Situation économique et sociale de la population, Résultats des années 2007 à 2014, Pauvreté et privation matérielle, Neuchâtel 2016, p. 1, SCHUWEY et CARITAS, Nouveau manuel sur la pauvreté en Suisse, Lucerne 2014, p. 340-341, ces éléments sont : la capacité de faire face à une dépense imprévue de 2'500 francs dans un délai d'un mois, la capacité de s'offrir chaque année une semaine de vacances hors de son domicile, l'absence d'arriérés de paiement, la capacité de s'offrir un repas composé de viande ou de poisson (ou équivalent végétarien) tous les deux jours au moins, la capacité de chauffer de manière convenable son domicile, un accès à un lave-linge, la possession d'un téléviseur couleur, la possession d'un téléphone et la possession d'une voiture.

10 HOFER et OFS, Les prestations sociales sous condition de ressources en Suisse, Aperçu des prestations cantonales 2002, infosocial, La sécurité sociale dans les faits, Neuchâtel 2006, p. 5.

11 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 144.

12 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport donnant suite au postulat 13.4010 Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national « Loi-cadre relative à l'aide sociale » du 6 novembre 2013, Aménagement de l'aide sociale et des prestations cantonales sous condition de ressources, Besoins et possibilités d'intervention, 2015b, p. 7, SCHLANSER et OFS, Aide sociale au sens large de 2006 à 2014, Neuchâtel 2017, p. 5, nous reviendrons plus en détail sur ces notions dans le Chapitre 2, II.

Les assurances sociales fédérales jouent un grand rôle en matière de lutte contre la pauvreté¹³ et s'appliquent en priorité. C'est quand ces assurances sociales ne suffisent plus ou ne s'appliquent pas, que l'aide sociale au sens large entre en jeu. L'aide sociale est ainsi située en aval des assurances sociales¹⁴ et les complète¹⁵. Ensuite au sein de l'aide sociale au sens large, l'aide sociale au sens étroit est subsidiaire aux autres prestations sous condition de ressources cantonales¹⁶. Elle constitue le dernier filet du système de protection sociale suisse¹⁷. Notre thèse se concentrera sur l'aide sociale au sens large, dont une analyse approfondie sera proposée au Chapitre 2, II.

Les prestations d'aides sociales diffèrent principalement sur deux points des assurances. Premièrement, ces prestations n'ont pas le même but. Contrairement aux assurances sociales qui suivent le principe de causalité, elles répondent au principe de finalité. Elles s'appliquent à toutes les situations de précarité indépendamment de leur cause ou leur origine¹⁸. L'autre différence majeure tient au financement de ces institutions. Alors que l'aide sociale est financée par l'impôt, les assurances sociales sont financées par un système contributif où les assurés paient des primes et des cotisations¹⁹. On parle alors de systèmes non contributifs²⁰. Ces deux différences sont importantes pour la compréhension de l'institution d'aide sociale au sens large. Nous le verrons au Chapitre 2, nous choisirons trois types de prestations sous condition de ressources : les aides à la formation et à l'éducation, les prestations complémentaires pour famille et les avances sur contribution d'entretien. Toutes ces prestations sont de compétence cantonale comme nous allons le voir dans la section suivante.

13 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 144.

14 HOFER et OFS, 2006, p. 5.

15 SCHWEIZER, 2. Titel: Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialziele / 3. Kapitel: Sozialziele / Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, in : Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014a, p. 871ss, p. 881.

16 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 5, CDAS, Loi fédérale en matière d'assistances – LAS, Rapport final du groupe de travail CDAS, août 2008, p. 21.

17 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 5.

18 HOFER et OFS, 2006, p. 9.

19 AUBERT et MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 905.

20 Pour une explication de cette notion : CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte), E/C.12/GC/19, 4 février 2008, § 4.

II. L'aide sociale, une compétence cantonale

Sans entrer encore dans les détails de la notion d'aide sociale²¹, nous allons ici exposer de quelle manière elle s'inscrit dans le système fédéral suisse. Ainsi, nous devons tout d'abord en esquisser les principes. L'idée principale du fédéralisme, bien qu'il présente des particularités selon les États, est celle « *d'une structure étatique à deux niveaux, d'une superposition de deux ordres juridiques, chacun avec sa constitution, ses institutions, ses règles et ses ressources propres* »²². Cette idée principale est concrétisée en Suisse par deux principes fondamentaux : la répartition des compétences et la subsidiarité.

La répartition des compétences est prévue à l'art.3 Cst. Cet article est complété par l'art.42 Cst. Ces dispositions prévoient que les cantons disposent d'une clause générale de compétence. La Confédération, elle, accomplit les tâches que lui attribue la Constitution²³. L'art.43 Cst. exprime l'idée centrale de l'autonomie cantonale et réaffirme ce qui découle de l'art.3 Cst. Les cantons définissent eux-mêmes les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences²⁴. Ensuite, selon le principe de subsidiarité la Confédération ne doit intervenir que lorsque c'est nécessaire. Elle doit laisser aux cantons au sens de l'art.46 al.3 Cst. une marge de manœuvre aussi large que possible²⁵. Ce principe est aussi évoqué à l'art.47 Cst. Il prévoit que, dans le cadre de leurs compétences, les cantons jouissent d'une grande autonomie que doit respecter la Confédération en leur laissant une grande latitude²⁶. Ainsi, il faut se référer au texte fondamental de notre pays pour déterminer si la compétence est fédérale ou cantonale. Si elle est cantonale, les cantons, en vertu du principe de subsidiarité, jouiront d'une grande marge de manœuvre que la Confédération doit respecter.

21 Nous renvoyons le lecteur au Chapitre 2, II, pour plus de détails.

22 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I, L'État, 3^e éd., Berne 2013a, p. 318, cette définition présente notamment en Suisse et aux États-Unis met l'accent sur des niveaux différents de gouvernements et un pluralisme. Elle ne reprend pas uniquement l'idée d'une organisation décentralisée de l'État, comme le définit une approche plus classique du terme. Voir aussi : FABBRINI, *The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: a «Neo-Federalist» Perspective*, New York 2010, p. 29-31.

23 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 329, HOTTELIER, *Les régimes cantonaux d'allocations familiales : aspects constitutionnels*, in *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale* 2002 29, 43ss, p. 45, AUBERT et MAHON, 2003, p. 385, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 52, SCHWEIZER, *Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen*, in : *Droit constitutionnel suisse*, (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 691ss, p. 691.

24 BIAGGINI G., Art.43 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung*, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 1.

25 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 52.

26 AUBERT et MAHON, 2003, p. 411.

Dans notre domaine de recherche, l'art.12 Cst. est une des dispositions fondamentales s'agissant de la garantie du standard minimum d'existence. Le Tribunal fédéral puis le constituant²⁷ ont considéré indispensable de garantir à quiconque se trouvant dans une situation de détresse sans être en mesure de subvenir lui-même à ses besoins, le droit d'être aidé et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine²⁸. En plus de cet article, plusieurs autres sont pertinents. L'article principal pour l'aide sociale au sens large est l'art.115 Cst. Il prévoit que les personnes dans le besoin sont assistées par leur canton de domicile²⁹. Donc, la compétence en matière d'aide sociale au sens large d'un point de vue législatif et exécutif est en grande partie cantonale³⁰. La Confédération règle uniquement les exceptions et les compétences de par la seconde phrase de l'art.115 Cst., qui attribue une compétence législative fragmentaire à la Confédération³¹. Ainsi la Confédération détermine en détail quel canton est compétent pour mettre en place l'assistance des personnes dans le besoin. Elle a fait usage de cette compétence en adoptant la Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin³².

Ensuite, la Confédération ne peut pas régler le contenu de l'aide sociale en général, mais uniquement les exceptions. Une loi-cadre sur l'aide sociale, par exemple, irait au-delà de la compétence de la Confédération et nécessiterait une modification de la Constitution³³. La Confédération suisse n'a de compétence matérielle en sus des assurances sociales que pour l'assistance aux Suisses de l'étranger (40 al.2 Cst.)³⁴, l'assistance aux chômeurs (114 al.5 Cst., aucune loi fédérale pour le moment)³⁵, et aux étrangers et requérants

27 Nous le verrons en détail plus loin : cf. Chapitre 6, III, F, 2 et Chapitre 8, IV, B, 3.

28 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 130 I 71, 14 janvier 2004, consid. 4.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 131 I 166, JdT 2007 I 75, 18 mars 2005, consid. 3.1, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 685, PÄRLI, Verfassungsrechtliche Aspekte neuer Modelle in der Sozialhilfe, in PJA 2004, 45ss, p. 48.

29 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 6, AUBERT et MAHON, 2003, p. 905.

30 CDAS, août 2008, p. 20, AUBERT et MAHON, 2003, p. 906, GÄCHTER et FILIPPO, Art.115 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a, § 11. Pour une définition de l'aide sociale au sens large, cf. Chapitre 2, II, A.

31 AUBERT et MAHON, 2003, p. 906, GÄCHTER et FILIPPO, 2015a, § 11.

32 Loi fédérale en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS), RS n°851.1, 24 juin 1977.

33 GÄCHTER et FILIPPO, 2015a, § 13, RIEDI HUNOLD, Art.115, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014, § 13.

34 Cf. Loi fédérale sur l'aide sociale et les prêts alloués aux ressortissants suisses à l'étranger (LAPE), RS n°852.1, 21 mars 1973.

35 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, § 1ss, CARDINAUX, Art.114 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 41.

d'asile³⁶ (121 Cst.). Pour être tout à fait complet, il convient de mentionner que le droit fédéral contient d'autres prestations sous condition de ressources, comme les prestations complémentaires AVS/AI³⁷ et les baisses de primes de l'assurance maladie³⁸ (117 Cst.)³⁹. Mis à part ces quelques exceptions, la compétence en matière d'aide sociale est principalement cantonale.

En plus de l'aide sociale, il existe, nous l'avons mentionné, de nombreuses autres prestations sous condition de ressources qui agissent en amont et réduisent les charges de l'aide sociale. Il convient d'examiner d'autres articles constitutionnels qui complètent le régime de l'art. 115 Cst. pour les trois autres types de prestations que nous examinerons⁴⁰. Selon l'art. 66 Cst., l'octroi d'allocations de formation est également une tâche principalement cantonale⁴¹ qui permet aux cantons de définir de façon autonome les conditions de ces aides⁴². La Confédération n'a de compétence que pour accorder des contributions aux cantons pour les soutenir dans l'octroi de ces aides et encourager une harmonisation entre les cantons. À cet égard, la loi fédérale sur les contributions aux cantons pour l'octroi de bourses et de prêts d'études dans le domaine de la formation du degré tertiaire⁴³ contient uniquement des normes visant à promouvoir l'harmonisation intercantonale⁴⁴. S'agissant des aides aux familles, elles sont également principalement de compétence cantonale. Selon l'art. 116 Cst., la Confédération ne dispose que d'une compétence pour adopter une législation en vue de fournir une prestation en vue d'une redistribution horizontale en fonction du nombre d'enfants. Ces prestations font

36 CDAS, août 2008, p. 20-21.

37 Cf. Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC), RS n°831.30, 6 octobre 2006.

38 Cf. Ordonnance sur les subsides fédéraux destinés à la réduction des primes dans l'assurance maladie (ORPM), RS n°832.112.4, 7 novembre 2007b.

39 CDAS, août 2008, p. 21.

40 Il s'agit des aides à la formation, des avances sur contribution d'entretien et des prestations complémentaires familles. Nous les présenterons au Chapitre 2, II C.

41 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de l'innovation pendant les années 2017 à 2020, FF 2016 2097, 2016, p. 2984, la Confédération garde une compétence pour le degré tertiaire en commun avec les cantons : CDIP, Accord intercantonal sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études, Commentaire, Berne 2009, p. 3.

42 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, Bourses et prêts d'études cantonaux 2018 Neuchâtel 2019, p. 7.

43 Cf. Loi fédérale sur les contributions aux cantons pour l'octroi de bourses et de prêts d'études dans le domaine de la formation du degré tertiaire (Loi sur les aides à la formation), RS 416.0, 12 décembre 2014.

44 HÄNNI, Art. 66 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015b, § 2.

l'objet d'une loi fédérale⁴⁵. La redistribution verticale passe par des prestations sous condition de ressources cantonales comme les prestations complémentaires pour famille ou les avances sur contributions d'entretien qui sont toutes deux de la compétence des cantons⁴⁶. La Confédération est uniquement habilitée à légiférer dans le domaine de la redistribution verticale pour soutenir les mesures cantonales d'une manière subsidiaire⁴⁷. La compétence est donc principalement cantonale également pour les prestations sous condition de ressources que nous choisirons.

Une grande disparité régionale existe en matière de couverture du minimum vital en Suisse⁴⁸. En effet, les cantons sont très libres pour mettre en place leur système s'agissant de ces prestations et de l'aide sociale. Cette liberté découle, comme nous le verrons, du principe de subsidiarité et de l'autonomie cantonale. Ils ont simplement l'obligation en vertu des articles 12 et 115 Cst. de soutenir les personnes dans le besoin⁴⁹, et donc l'obligation constitutionnelle d'introduire un système d'aide sociale⁵⁰. Les ressortissants suisses⁵¹ de différents cantons n'ont pas tous accès aux mêmes prestations⁵². Nous allons utiliser un exemple fictif, mais basé sur des chiffres statistiques à disposition pour illustrer ces différences cantonales à la section suivante.

III. Les différences cantonales illustrées par l'exemple de la famille Harmonie

Cette section traite de l'exemple cité en ouverture de cet ouvrage que nous utiliserons tout au long de notre thèse. Nous allons nous inspirer de l'étude

45 Cf. Loi fédérale sur les allocations familiales (LAFam), RS n°836.2, 24 mars 2006.

46 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport en réponse au postulat Tornare (13.3135) « Politique de la famille » déposé le 20 mars 2013, Politique familiale, État des lieux et possibilités d'action de la Confédération, 2015c, p. 2.

47 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les familles 2017, en réponse aux postulats 12.3144 Meier-Schatz du 14 mars 2012 et 01.3733 Fehr du 12 décembre 2001, 2017, p. 61, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015c, p. 2, GÄCHTER et FILIPPO, 2015b, § 7.

48 Voir à ce sujet : WYSS, KNUPFER et CSIAS, Couverture du minimum vital dans le fédéralisme : Rapport final, Berne 2003.

49 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 5.

50 MADER, Art. 115 in : Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, (Ehrenzeller/Abderhalden, édit.), 2^e éd., Zurich 2008, p. 1082, BÄCHLER, Uniformity and Diversity within Social Welfare in Switzerland, Reconciling International Social Rights and Subnational Powers in a Federal State, A paraître, p. 5.

51 Cette thèse ne s'intéressera notamment pas aux régimes spéciaux applicables en matière de droit des étrangers. Nous proposerons uniquement un survol au Chapitre 2, II, E.

52 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 5.

de WYSS et KNUPFER éditée par la CSIAS en 2003⁵³, ayant pour but d'étudier la question de la couverture du minimum vital dans le système fédéral suisse. Cette étude compare les systèmes cantonaux de couverture du minimum vital pour certains ménages types qui sont proches du seuil de la pauvreté⁵⁴. Bien qu'elle date (elle a comme référence le 1^{er} janvier 2002), il n'y a pas eu d'autre étude similaire et elle permet d'appréhender de manière globale la situation actuelle en Suisse en matière de couverture du minimum vital. Comme le relève le Conseil fédéral encore en 2015, cette étude a permis de mettre en évidence une circonstance importante dans le débat des différences cantonales liées au minimum vital. Il s'agit de la mise en évidence de la nécessité d'une harmonisation qui tienne compte non seulement de l'aide sociale, mais également des autres prestations cantonales⁵⁵. Nous le verrons, notre thèse s'intéresse de près à trois d'entre elles.

Nous prendrons l'exemple d'Harmonie, mère de famille divorcée. Cet exemple entre dans un des cas types de l'étude précitée : une femme seule élevant son enfant⁵⁶. Madame Harmonie a moins de 25 ans, vit seule avec son fils âgé de moins de six ans dont elle a obtenu la garde. Le juge lui a accordé une pension de 500 francs par mois pour elle et de 700 francs par mois pour son enfant. Ils souhaitent vivre dans un trois pièces. Elle vise un travail dans la vente à 100%, pour un salaire de 3'100 francs nets par mois. Son fils doit être placé à la crèche tous les jours de la semaine. Le père ne paie pas les pensions alimentaires qui ont été accordées. Elle n'a pas de fortune. Suite à son divorce, elle doit déménager. Nous présenterons, premièrement, l'intérêt de cet exemple pour notre recherche (Sous-section A). Ensuite, en prenant l'hypothèse que Madame Harmonie a le choix de s'établir où elle veut parmi les chefs-lieux des 26 cantons suisses, nous la conseillerons sur le lieu où s'établir. Cela permettra de mettre en évidence les différences cantonales de revenu disponible (Sous-section B) et celles des prestations d'aide sociale au sens strict en présence d'un revenu disponible insuffisant (Sous-section C).

A. L'intérêt d'un tel exemple

Cet exemple présente plusieurs intérêts pour notre recherche. Premièrement, il permet d'illustrer nos propos par un exemple qui concerne des groupes particulièrement vulnérables en Suisse face à la pauvreté : les familles mono-

53 WYSS, KNUPFER et CSIAS, 2003.

54 *ibid.*, p. 1.

55 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 1.

56 WYSS, KNUPFER et CSIAS, 2003, p. 4.

parentales, les enfants, les jeunes adultes et les femmes⁵⁷. Parmi ces familles, les jeunes mères de moins de 25 ans sont les plus concernées par la pauvreté⁵⁸. S'agissant des enfants de moins de 18 ans, ils sont également surreprésentés dans les statistiques de l'aide sociale. Un sur vingt est bénéficiaire de l'aide sociale (soit plus que toutes les autres tranches d'âge)⁵⁹. Deuxièmement, il présente l'avantage de pouvoir réunir l'éventuelle application des trois domaines de prestations sous condition de ressources que nous avons choisies⁶⁰. Troisièmement, cet exemple soulève des questions pour une large palette de garanties internationales des droits humains. En effet, nous le verrons, les enfants et les femmes sont des groupes de la population disposant de conventions les protégeant spécifiquement⁶¹. Finalement, cette démarche est conforme à la logique des droits humains donnant à l'individu une place centrale⁶². Il permettra ainsi de proposer une thèse concrète et ciblée sur une argumentation potentiellement utile à d'autres cas particuliers faisant partie de groupes de la population touchés de manière significative par la pauvreté.

B. Les différences de revenu disponible

Nous allons commencer par aborder les variations cantonales du revenu disponible dans cette sous-section. Bien que la situation ait évolué depuis les recherches menées par WYSS et KNUPFER, il est très parlant de se référer aux postes du budget d'un ménage retenus par l'étude. Cela nous aidera à éclairer le choix de Madame Harmonie et ainsi à saisir les enjeux de ces différences qui restent d'actualité aujourd'hui. Nous mettrons en évidence pour chaque

57 Les familles les plus touchées par la pauvreté sont les familles monoparentales ayant à leur tête une femme : CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 51-52, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015c, p. 10, CSONKA, MOSIMANN et OFS, Les familles en Suisse, Rapport statistique 2017, Neuchâtel 2017, p. 58, FREDRICH et CARITAS, Vaincre la pauvreté des enfants : la politique doit agir, Lucerne 2017, p. 2-4, CDAS, Recommandations relatives à la mise en place de prestations complémentaires pour familles à l'échelon cantonal (PCFam), Zurich 25 juin 2010, p. 9.

58 INITIATIVE DES VILLES POUR LA POLITIQUE SOCIALE, Communiqué de presse, Aide sociale dans les villes : les enfants, un risque de pauvreté, Berne 2017, p. 1, sur les villes étudiées, plus de 80% de ce type de ménage dépend de l'aide sociale.

59 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 6, FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 3.

60 Il s'agit de l'aide sociale au sens strict, les aides à la formation et à l'éducation et les prestations pour les familles. Nous exposerons les raisons de ce choix au Chapitre 2, II.

61 Nous avons ici choisi l'exemple d'une famille suisse. Les personnes soumises aux régimes du droit des étrangers font face à des enjeux spécifiques en matière d'aide sociale. Nous expliquerons ces enjeux et pourquoi notre thèse ne s'y intéresse pas, au Chapitre 2, II, E.

62 Cf. Chapitre 3, II, B, 2, c.

poste le montant des deux extrêmes cantonaux observés par l'étude. Cette dernière a calculé les postes du budget pour un revenu net de 3'358 francs (avec 13^{ème} salaire). Nous reproduirons les plus intéressants ci-dessous.

La charge fiscale (communale et cantonale) la plus forte parmi les 26 cantons était de 3'016 francs (Neuchâtel) alors que la plus faible était de 395 francs (Zoug)⁶³. De ce point de vue-là, son choix se porterait sur Zoug. Mais le loyer indexé médian avec 15% de charge le plus élevé était celui pratiqué à Stans, soit 17'581 francs pour un trois pièces par an, alors qu'il était de 9'398 francs à Delémont⁶⁴. De plus, les frais de crèche à charge de Madame Harmonie en 2002 auraient été de 17'490 francs par an à Sarnen alors qu'à Neuchâtel seulement de 2'442 francs⁶⁵. Madame Harmonie aurait payé ses primes d'assurance maladie sans la couverture accident à hauteur de 5'196 francs par an à Genève pour elle et son fils, alors qu'elle aurait dû assumer seulement 2'268 francs à Appenzell⁶⁶. Elle aurait pu toucher des subsides pour les primes de l'assurance maladie et donc payer une prime maladie après réduction pour un montant de 3'336 francs à Genève, mais seulement de 510 francs à Herisau⁶⁷. Comme son ex-compagnon ne paie pas de pension, elle aurait pu obtenir des avances sur pensions alimentaires de 14'400 francs par an à Zoug (ce qui prend en compte les contributions d'entretien de la mère et de l'enfant) alors qu'à Bâle, elle n'aurait rien obtenu du tout⁶⁸. Enfin, seuls quelques cantons prévoyaient des prestations complémentaires pour familles. Aujourd'hui, seuls quatre cantons les prévoient : Soleure, Vaud, Genève et le Tessin. Le Tessin a été le pionnier dès 1997, suivi par Soleure en 2010, puis Vaud en 2011 et enfin Genève en 2012⁶⁹.

Le revenu disponible (qui équivaut au salaire net plus les transferts sociaux moins les charges) est donc très différent, selon le lieu de domicile. Le minimum pour notre famille Harmonie s'élevait à 14'531 (Stans) francs alors qu'en choisissant d'habiter dans le canton le plus généreux, notre famille aurait eu un revenu disponible de près de 36'290 francs (Sion), soit une différence de plus de 21'000 francs. Cela signifie que selon le lieu où Madame Harmonie habite, elle dispose de 1'813 francs de plus par mois. Dès lors, il lui reste

63 WYSS, KNUFFER et CSIAS, 2003, p. 14-28.

64 *ibid.*, p. 29-38.

65 *ibid.*, p. 43-47.

66 *ibid.*, p. 49-55.

67 *ibid.*, p. 56-84.

68 *ibid.*, p. 85-101.

69 CSIAS, Prestations complémentaires pour familles – Modèle CSIAS, Discussion détaillée des points-clés, Berne 2011b, p. 3.

90,1% de son revenu initial dans le deuxième canton et seulement 36,1% dans le premier⁷⁰. Pour être complet, même si ce poste n'a pas été observé par l'étude en question, il faut encore prendre en compte la possibilité d'obtenir une bourse d'études pour le fils de Madame Harmonie. Dans ce domaine également, beaucoup de différences cantonales existent⁷¹. Selon une enquête récente, le montant moyen d'une bourse par habitant varie entre seize francs pour le canton de Zoug jusqu'à 92 francs pour le canton de Vaud sans qu'il n'y ait de lien avec les ressources financières d'un canton⁷².

Même si aucune étude plus actuelle ne s'est concentrée précisément sur l'influence du fédéralisme sur le revenu disponible de ce type précis de ménage utilisé dans notre exemple et dans l'étude de 2003, nous pouvons évoquer ici une comparaison avec des chiffres plus actuels pour montrer la pertinence de cette étude. Par exemple, le revenu disponible du quartile inférieur des ménages monoparentaux avec un enfant de moins de dix-huit ans était en 2018 de 24'724 francs⁷³. Ce montant reste facilement comparable au revenu disponible de notre exemple variant de 14'531 francs à 36'290 francs selon les cantons.

De plus, s'agissant des différences cantonales en matière de prestations sociales, notre exemple est aussi de ce point de vue là pertinent pour l'époque actuelle. Par exemple, le revenu moyen issu des transferts sociaux⁷⁴ entre 2015 et 2017 varie également fortement entre cantons. Il atteint 2'313 francs à Genève contre 1'629 francs à Lucerne⁷⁵. Bien que ces chiffres comprennent aussi des prestations d'assurances fédérales, ils permettent d'illustrer la pertinence actuelle des enseignements principaux de l'étude de 2003. Il s'agit premièrement de montrer l'ampleur des différences cantonales et l'influence de la commune de domicile sur le revenu disponible⁷⁶. Deuxièmement, ces exemples montrent que ces différences sont dues en partie aux disparités des

70 WYSS, KNUPFER et CSIAS, 2003, p. 134-135.

71 HOFER et OFS, 2006, p. 15.

72 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 14ss.

73 OFS, Distribution du revenu disponible équivalent et ratio S80/S20, selon différentes caractéristiques socio-démographiques 2020c, (site web, dernière consultation le 17 avril 2020).

74 «Le transfert social désigne un soutien social apporté à des ménages privés par des unités institutionnelles publiques ou privées»: GUGGISBERG, HÄNI et OFS, Actualités OFS, Situation économique et sociale de la population, Revenus et conditions de vie (SILC) 2015, Pauvreté avant transferts sociaux, Neuchâtel 2017, p. 2.

75 OFS, Enquête sur le budget des ménages, 2015-2017, Revenus et dépenses des ménages selon le canton (seulement les cantons les plus peuplés), 2019a, (site web, dernière consultation le 17 avril 2020).

76 WYSS, KNUPFER et CSIAS, 2003, p. 205.

transferts sociaux et des prestations sous condition de ressources situés en amont de l'aide sociale. Ces prestations sont sujettes à beaucoup de variations selon les cantons. Les ressortissants suisses n'ont pas tous accès aux mêmes prestations sociales⁷⁷. Les conditions d'octroi des prestations sociales cantonales sont très différentes d'un canton à l'autre en ce qui concerne principalement la limite de revenu, la prise en compte du revenu et le montant des prestations⁷⁸. Cette influence sur le revenu disponible nous a poussé à inclure ces prestations dans notre thèse, qui, nous le verrons, se concentrera sur trois prestations sous conditions de ressources en particulier.

C. Les différences des prestations d'aide sociale au sens strict

Les différences cantonales ne s'arrêtent pas là et l'aide sociale au sens strict est aussi concernée. Dans l'étude précitée, les auteurs se sont intéressés aux revenus se situant dans une catégorie de revenus proche de la limite du seuil de pauvreté fixé par la CSIAS⁷⁹. Si nous modifions un peu notre situation et considérons que Madame Harmonie reçoit un revenu plus bas qui la place dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'aide sociale au sens strict, sa situation ne sera pas non plus la même d'un canton à l'autre. De grandes différences existent lorsqu'il s'agit d'assurer le minimum vital⁸⁰. Elles sont visibles dans la couverture des besoins, mais aussi dans le système d'incitation qui comprend suppléments d'intégration, franchises et sanctions. Dès lors, des personnes ayant les mêmes besoins ne recevront pas les mêmes prestations d'un canton à l'autre⁸¹. Par exemple, Bâle-Ville qui était en 2014 le canton qui versait les montants moyens d'aide sociale les plus élevés, octroyait des aides moyennes correspondant à près du double de celles octroyées à Fribourg⁸². En conclusion, la pauvreté ou sa prévention dépend donc du lieu de domicile⁸³. Ces différences de régime peuvent aussi influencer le choix de Madame Harmonie et le rendre encore plus compliqué. Nous nous pencherons plus en détail sur ces différences dans la démonstration de notre thèse.

Ces différences s'expliquent, selon certains, en particulier par le contexte historique spécifique à la création des différents systèmes cantonaux. Des

77 SCHLANSE et OFS, 2017, p. 5, HOFER et OFS, 2006, p. 37-38.

78 HOFER et OFS, 2006, p. 39.

79 WYSS, KNUPFER et CSIAS, 2003, p. 205.

80 SCHLANSE et OFS, 2017, p. 13.

81 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 10.

82 SCHLANSE et OFS, 2017, p. 13.

83 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 118.

rapports de forces politiques différents et des visions diverses de la protection sociale ont conduit à ces systèmes très variés. Il est probable que la situation socio-économique des cantons ait joué un rôle⁸⁴. Mais ces disparités sont-elles justifiées et/ou acceptables? Est-ce justifié que Madame Harmonie soit soumise à des lois distinctes se voyant octroyer des prestations sociales différentes alors que ni son revenu ni ses besoins ne changent? Est-ce justifié qu'elle voie son revenu disponible changer et donc soit plus exposée au risque de pauvreté selon son canton de domicile?

Les conséquences de la pauvreté sur les droits humains feront l'objet de la première section du chapitre suivant et nous permettront de justifier le choix de notre question de recherche. En effet, les droits humains doivent être mis en œuvre sur l'ensemble du territoire de l'État partie. Les traités internationaux qui les prévoient font partie intégrante du droit interne suisse comme nous le verrons. Leur réception devrait être simple et évidente. Cependant, ce n'est pas vraiment le cas même pour les traités contenant des droits ou des aspects de droits directement applicables⁸⁵. HOTTELIER, Professeur à l'Université de Genève relève d'ailleurs que : « *Le fait qu'un traité international soit immédiatement valable en droit interne ne signifie pas pour autant qu'il y est effectivement appliqué, ni même qu'il est respecté et encore moins que son effet utile est exploité* »⁸⁶. Ainsi, l'application d'un traité des droits humains peut ne pas être la même dans les différents cantons du pays⁸⁷. Cette protection différenciée faisant varier la protection face à la pauvreté selon le lieu de domicile est-elle justifiée? Cette interrogation permettra de poser notre question de recherche qui fera l'objet de la deuxième section du chapitre suivant.

84 HOFER et OFS, 2006, p. 40.

85 HOTTELIER, La réception de la CEDH dans les cantons, in : La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons : Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, (Besson/Belser, édit.), Genève 2014, p. 43ss, p. 44.

86 *ibid.*, p. 44.

87 *ibid.*, p. 44. Voir par exemple au sujet de la CEDH : KELLER, Reception of the ECHR in Poland and Switzerland, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2005 65, 283ss, p. 307ss.

Première Partie :

**La question de
recherche,
ses enjeux et
les notions
fondamentales
à sa com-
préhension**

Chapitre 1 :

La question de recherche et ses enjeux

L'exemple cité dans l'introduction qui précède a permis de mettre en évidence des traitements différents face au risque de pauvreté. Il est ainsi possible que dans certains cantons, les droits humains de Madame Harmonie ne soient pas respectés. En effet, la pauvreté a une grande incidence sur les droits humains. La Section I de ce chapitre présentera ces conséquences. Comme la pauvreté n'est pas abordée de la même manière dans les cantons comme nous l'avons expliqué, le souci de protection des droits humains sur tout le territoire constitue l'enjeu principal de l'harmonisation. Cet enjeu nous a poussé à proposer la question d'une éventuelle exigence d'harmonisation de l'aide sociale. Nous montrerons que la question posée permet de donner une réponse à d'autres enjeux de ces différences cantonales (Section II). Enfin, nous présenterons brièvement la méthode que nous utiliserons pour démontrer l'exigence cette harmonisation (Section III).

I. L'enjeu principal de l'harmonisation : les liens entre les différences cantonales en matière de lutte contre la pauvreté et les droits humains

Les personnes en situation de pauvreté ne bénéficient donc pas des mêmes prestations suivant leur lieu de domicile en Suisse. Cependant, la pauvreté a une influence sur la garantie des droits humains, qui font l'objet de Conventions ratifiées par la Suisse et de *soft law*. Ces garanties doivent être mises en œuvre sur tout le territoire suisse. Dans une première sous-section, nous exposerons différents textes de *hard* et de *soft law* traitant de la pauvreté (Sous-section A). Sur cette base nous présenterons la définition de la pauvreté qui sera utilisée (Sous-section B). Ces deux sous-sections permettront de mettre en évidence l'impact important de la pauvreté sur les droits humains.

A. La pauvreté dans les textes internationaux des droits humains

La pauvreté est abordée par certains textes internationaux dans le domaine des droits humains. Il convient d'en citer quelques-uns pour saisir l'importance de la pauvreté sur les garanties des droits humains.

Au niveau des Nations Unies, le préambule de la Charte souligne l'un des objectifs des États fondateurs qui est de « *favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande* ». De même, le préambule de la DUDH a établi en 1948 que « *l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et croire, libérés de la terreur et de la misère* » doit être considéré comme la plus haute aspiration de l'homme. Cet idéal, qui cite explicitement la misère, a été aussi repris dans le préambule des deux pactes⁸⁸. Cet objectif de protection contre la pauvreté avait déjà été énoncé par Roosevelt dans son discours du 6 janvier 1941 qui énonçait quatre libertés fondamentales, dont celle de vivre à l'abri du besoin⁸⁹. L'Assemblée générale des Nations Unies a également traité explicitement de la pauvreté à plusieurs reprises⁹⁰. En outre, un rapporteur spécial est mandaté au niveau des Nations Unies par la résolution n°17/13 du Conseil des droits de l'homme pour adopter des résolutions sur la pauvreté⁹¹. Par exemple, le rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté du 22 mars 2017 « *appelle à reconnaître la menace majeure que l'insécurité économique représente pour tous les droits de l'homme* »⁹². Le CESCR a également souligné l'impact de la pauvreté sur les droits humains⁹³. Pour un dernier exemple, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme explique dans

88 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, Rapport final sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté présenté par le Rapporteur spécial, M. Leandro Despouy, E/CN.4/SUB.2/1996/13, 1996, § 15.

89 ROMAN, *La Garantie des droits de l'homme face à la pauvreté*, in : *Redéfinir et combattre la pauvreté : droits humains, démocratie et biens communs dans l'Europe contemporaine*, (L'Europe, édit.), Strasbourg 2012, p. 83ss, p. 88.

90 Voir à ce sujet AGNU, Résolution n°69/183, Droits de l'homme et extrême pauvreté, A/RES/69/183, 6 février 2015 et les références citées aux paragraphes introductifs. Pour une analyse complète des textes applicables : SCHMID, *Poverty*, in : *International Conflict and Security Law*, (Sayapin/Quenivet/Kemp/Alvaro Zambrana-Tevar/Press, édit.), A paraître 2020, p. 17.

91 SCHMID, A paraître 2020, p. 17-18, Résolution, n°17/13, Les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, A/HRC/RES/17/13, 14 juillet 2011, § 1ss.

92 RAPPORTEUR SPÉCIAL ALSTON, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, A/HRC/35/26, 2017, p. 2.

93 CESCR, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, 9 mai 2001, § 1.

ses Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme que : « (...) *la pauvreté demeure une grave préoccupation au regard des droits de l'homme. (...)* »⁹⁴.

C'est aussi le cas au niveau régional. Par exemple, au niveau du Conseil de l'Europe, l'art. 30 de la Charte sociale révisée prévoit expressément un droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale⁹⁵. Un autre exemple peut être mentionné au niveau de l'Union européenne. Le Parlement européen a considéré récemment que : « *la pauvreté et l'exclusion sociale sont des violations de la dignité humaine et des droits humains fondamentaux (...)* »⁹⁶. Nous le verrons, lorsque ces situations peuvent être attribuées à l'État, pour cause par exemple d'une mise en œuvre insuffisante des droits humains, des violations de la dignité humaine et de différents droits pourront être retenues.

Parmi ces droits, un des premiers venant à l'esprit est le droit à un standard minimum de vie qui comprend notamment le droit à la nourriture et le droit au logement. L'art. 25 DUDH prévoit que : « *[t]oute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires (...)* ». Ce droit est également prévu à l'art. 11 PIDESC, ou l'art. 27 CDE. Cette garantie a évidemment un impact pour les personnes en situation de pauvreté. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné que : « *Les droits (...) à un niveau de vie suffisant, au logement, à l'alimentation (...), qui sont au cœur du Pacte, ont un rapport direct et immédiat avec l'élimination de la pauvreté* »⁹⁷. De nombreux traités ou textes internationaux dans le domaine des droits humains ont un impact considérable sur la pauvreté, même sans mentionner ce phénomène explicitement à l'image de l'art. 30 de la Charte sociale⁹⁸. Ces textes prévoient des concepts clefs dans la lutte contre la pauvreté. Par exemple, le droit à la nourriture, le droit à la santé, le droit à l'éducation ou encore le droit à la sécurité sociale, même sans énoncer expressément la pauvreté, ont d'importantes implications pour les personnes dans une telle situation et sont en

94 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, septembre 2012, § 3.

95 BENELHOCINE et CONSEIL DE L'EUROPE, La Charte sociale européenne, Strasbourg 2011, p. 20.

96 PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution sur le rôle du revenu minimum dans la lutte contre la pauvreté et la promotion d'une société inclusive en Europe, 2010/2039(INI), P7_TA(2010)0375, 20 octobre 2010, let. b.

97 CESC, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, § 11.

98 SCHMID, A paraître 2020, p. 17.

rapport direct avec la lutte contre la pauvreté⁹⁹. La pauvreté a un impact évident sur la jouissance des droits sociaux¹⁰⁰. Certains droits humains issus traditionnellement des droits civils et politiques sont également touchés et concernés par les situations de pauvreté¹⁰¹. Ainsi, d'autres instruments des droits humains même sans aborder des concepts liés à la pauvreté prévoient des notions telles que l'interdiction de la discrimination, la notion de domicile, de vie privée ou de traitements dégradants qui peuvent avoir une influence sur la pauvreté¹⁰². Ces instruments seront ainsi également inclus dans notre analyse aux côtés d'autres protégeant plus spécifiquement les personnes en situation de pauvreté.

Les droits humains traitent donc du phénomène de la pauvreté de manière expresse, implicite ou même indirecte. Il est possible de proposer une définition de la pauvreté qui est liée à ces droits. Nous nous y attèlerons dans la sous-section suivante.

B. Une définition de la pauvreté à l'aide des droits humains

La pauvreté est définie de plusieurs manières. Elle est généralement définie soit en termes absolus soit en termes relatifs. Quand la première définition se base sur un revenu insuffisant par rapport à un niveau minimal nécessaire pour subvenir à des besoins élémentaires, la deuxième définit la pauvreté en la comparant à des standards de vie des autres membres d'une société à un temps donné¹⁰³. Cependant, ces définitions sont critiquées. Par exemple, SCHMID, Professeure à l'Université de Lausanne, explique que : « *[a]s with absolute poverty, relative poverty is concerned with income or consumption*

99 NADAKAVUKAREN SCHEFER, *Poverty, Obligations, and the International Economic Legal System: What Are our Duties to the Global Poor?*, in : *Poverty and the International Economic Legal System*, (Nadakavukaren Schefer, éd.), Cambridge 2013, p. 3ss, p. 9, SCHMID, A paraître 2020, p. 17, CESCR, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, § 1.

100 Voir ROMAN, 2012, p.104, qui parle même d'une atteinte évidente.

101 GERDS, *Les droits de l'homme des personnes en situation de pauvreté en Europe : normes, obstacles et perspectives de protection dans les instruments du Conseil de l'Europe*, Partie 1, *La Convention européenne des droits de l'homme*, in : *ibid.* éd.), p. 121ss, p. 134.

102 SCHMID, A paraître 2020, p. 17.

103 UDAYA R., *Relative Poverty Rate*, in : *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research*, (Michalos, éd.), Dordrecht 2014, p. 5449ss, p. 5549, NADAKAVUKAREN SCHEFER, 2013, p. 9-10, SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 31-33, MERRIEN, *Pauvreté et politiques de lutttes contre la pauvreté en Europe*, in : *Regards croisés sur la pauvreté*, (Tabin, éd.), Lausanne 2012, p. 80-81, voir aussi pour une explication particulièrement claire : SCHMID, A paraître 2020, p. 2ss et les références cités.

and thus attracts some of the same criticism as the definition of absolute poverty. How much a person earns or consumes does not necessarily say much about the quality of the person's life »¹⁰⁴. D'autres définitions complémentaires ou alternatives ont été avancées, par exemple en liant la pauvreté à l'exclusion sociale¹⁰⁵, ou au bien-être et la qualité de vie comme l'approche de l'économiste AMARTYA SEN¹⁰⁶. La qualité de vie est vue comme un ensemble de conditions interdépendantes et le degré de qualité dépend de l'accomplissement de ces fonctions. La pauvreté est vue comme une impossibilité d'atteindre un niveau minimal jugé acceptable de ces capacités essentielles¹⁰⁷ ou la privation des capacités de base¹⁰⁸.

Une approche alternative en utilisant des notions des droits humains existe également. L'évolution des droits humains au cours du XX^{ème} siècle a permis de définir juridiquement la pauvreté comme une situation pouvant entraîner une violation des droits humains¹⁰⁹. Par exemple, cette approche a été énoncée déjà en 1996 par le Rapport DESPOUY¹¹⁰. Il a rappelé que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme avait identifié la misère comme une violation de la dignité humaine¹¹¹. Même si le terme « *violation* » semble un peu simplificateur et nécessite une analyse plus approfondie en rapport notamment avec les capacités de l'État¹¹², l'idée que la misère est une atteinte aux droits humains doit être soulignée. S'agissant de cette idée, on peut citer également la Déclaration adoptée par le CЕССR, le 4 mai 2001¹¹³ qui prévoit que : « (...) *la pauvreté peut être définie comme étant la condition dans laquelle se trouve un être humain qui est privé de manière durable ou chronique des ressources, des moyens, des choix, de la sécurité et du pouvoir nécessaires pour jouir d'un niveau de vie suffisant et d'autres droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux* ». De même, les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté

104 SCHMID, A paraître 2020, p. 1.

105 *ibid.*, p. 3, BÖHNKE et SILVER, Social Exclusion, in : Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research, (Michalos, édit.), Dordrecht 2014, p. 6064ss, p. 6065.

106 ROMAN, 2012, p. 91.

107 HCDH, Les droits de l'homme et la lutte contre la pauvreté, cadre conceptuel, Genève, New York 2004b, p. 6.

108 ROMAN, 2012, p. 91, SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 28.

109 ROMAN, 2012, p. 87 et 91.

110 *ibid.*, p. 92, RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 7.

111 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 106.

112 Par exemple, nous le verrons au Chapitre 4, I, A, 2, a, les droits humains sont soumis aux principes de réalisation selon les ressources disponibles.

113 CЕССR, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, § 8.

et les droits de l'homme du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme définissent la pauvreté comme suit : « [l]a pauvreté n'est pas uniquement un problème économique, mais plutôt un phénomène multidimensionnel qui englobe à la fois l'absence de revenus et l'inexistence des capacités de base nécessaires pour vivre dans la dignité. (...) Elle est à la fois une des causes et une des conséquences de violations des droits de l'homme et crée une situation favorable à d'autres violations »¹¹⁴.

Ces citations montrent le lien entre pauvreté et atteintes aux droits humains et permettent de déceler deux concepts clefs. La pauvreté a premièrement un lien avec la dignité humaine. Deuxièmement elle concerne l'insuffisance de ressources, de choix, de sécurité et du pouvoir nécessaires pour jouir de l'ensemble des droits humains. Nous allons ainsi introduire la notion de dignité humaine (Sous-section 1) et celle de la suffisance des moyens ou capacités (Sous-section 2). Ensuite, nous proposerons une définition de la pauvreté (Sous-section 3) sur cette base en évoquant les implications de cette approche (Sous-section 4).

1. La dignité humaine et la pauvreté

Tout d'abord, il est important de comprendre le lien entre pauvreté et dignité humaine qui est souvent considérée comme le fondement des droits humains¹¹⁵. La dignité est plutôt un concept juridique récent¹¹⁶. Le concept de la dignité humaine a depuis longtemps été présent dans le droit des nations occidentales. Par exemple, le décret français d'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848 stipulait que cette pratique était contraire à la dignité humaine¹¹⁷. C'est, toutefois, après la Deuxième Guerre mondiale que le besoin de la garantir se fit le plus sentir¹¹⁸. La dignité humaine a fait son apparition dans ce contexte à propos de crimes contre l'humanité¹¹⁹. Tous les humains doivent être traités dignement, ce qui permet de dire en termes juridiques dans quelle mesure il faut traiter un être humain¹²⁰. La dignité prêche donc pour une

114 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, § 2-3.

115 Par exemple MAHON et AUBERT parlent de *droit fondamental des droits fondamentaux, du noyau et point de départ* ou encore du principe matriciel des autres fondamentaux : AUBERT et MAHON, 2003, p. 69.

116 EDELMAN, La dignité humaine un concept nouveau, in Recueil Dalloz 1997, 185ss, p. 185.

117 FABRE-MAGNAN, La Dignité en Droit : un axiome, in RIEJ 2007 58, 1ss, p. 35.

118 *ibid.*, p. 35.

119 MANAÏD., Droits du patient face à la biomédecine, Berne 2013, p. 9.

120 FABRE-MAGNAN, Le sadisme n'est pas un droit de l'homme, in Recueil Dalloz 2005, p. 2979.

reconnaissance de la primauté de l'être humain¹²¹. Elle est liée à la pauvreté. Par exemple le Rapporteur spécial pour l'extrême pauvreté, DESPOUY, rapportait que l'extrême pauvreté et l'exclusion sociale sont des atteintes à la dignité humaine et s'opposent à la jouissance pleine et effective des droits humains¹²². Enfin, il faut mentionner la DUDH qui a été le premier instrument international à reconnaître explicitement la dignité humaine dans l'ordre juridique international¹²³. Cette notion est hautement imprécise et doit rester ouverte. Toutefois, les contours de la dignité humaine peuvent être définis notamment par l'interdiction de l'instrumentalisation de l'être humain et par une approche négative. Cette approche définit la dignité humaine par la qualification de certaines situations comme des atteintes à celle-ci¹²⁴. La dignité demande ainsi une non-instrumentalisation et la garantie des besoins vitaux. Ces deux aspects sont mis à mal par la pauvreté¹²⁵.

S'agissant du premier aspect, beaucoup d'exemples, y compris dans nos sociétés industrialisées, témoignent de la possible réification de l'être humain en situation de pauvreté. L'on peut penser par exemple à la traite sexuelle, l'esclavage moderne ou le trafic d'organes¹²⁶. Mais l'on peut penser également plus simplement au discrédit social et à la discrimination qu'entraîne la pauvreté¹²⁷. En effet, la discrimination en raison du niveau de vie des personnes ou de l'origine sociale (l'aporaphobie) est bien réelle¹²⁸. De plus, la discrimination en raison d'autres motifs contribue à l'exclusion sociale et à la pauvreté. Il existe donc un lien indéniable entre la pauvreté et la discrimination¹²⁹. Dès lors, la pauvreté peut violer la dignité humaine, car elle contribue à nier l'humanité des pauvres et elle est propre à engendrer des discriminations¹³⁰.

Le deuxième aspect de la dignité humaine qui concerne la garantie des besoins vitaux veut que la dignité soit considérée comme violée quand une personne se trouve abandonnée dans une situation de détresse existentielle¹³¹.

121 FABRE-MAGNAN, 2007, p. 18.

122 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 18.

123 *ibid.*, § 104.

124 BELSER et MOLINARI, Art. 7 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 2ss.

125 ROMAN, 2012, p. 93.

126 *ibid.*, p. 94 ; on pense par exemple au sujet de l'esclavage moderne à l'affaire Siliadin c. France auprès de la CEDH : COUREDH, Affaire Siliadin c. France, n°73316/01, 26 juillet 2005.

127 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 111.

128 ROMAN, 2012, p. 95.

129 *ibid.*, p. 95.

130 *ibid.*, p. 97.

131 BELSER et MOLINARI, 2015, § 2ss.

Ceci nous renvoie aux droits sociaux des textes de droit international. Puisqu'ils visent à garantir qu'un minimum de besoins élémentaires soit rempli, ils sont rattachables à la dignité humaine¹³². Ces besoins élémentaires renvoient également à la protection de tous les autres droits humains. En effet, l'exercice des droits humains est illusoire sans une garantie d'un minimum vital et des conditions minimales d'existence. Il n'y a pas de possibilité d'une démocratie respectant les droits humains sans politique sociale¹³³. La garantie de ces besoins élémentaires nous amène à la notion de la suffisance des moyens ou capacités pour jouir de tous les droits humains qu'ils soient sociaux, politiques, économiques, culturels ou civils.

2. Les capacités nécessaires à la jouissance des droits humains

Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme propose une définition de la pauvreté par rapport aux capacités selon la définition déjà citée d'AMARTYA SEN, lauréat du Prix Nobel d'économie en 1998. Il le fait dans un souci de développer une meilleure approche pour appréhender la pauvreté par rapport aux droits humains¹³⁴. Selon cette théorie, la pauvreté est une impossibilité d'atteindre un niveau minimal jugé acceptable de ces capacités essentielles¹³⁵ ou la privation des capacités de base¹³⁶. La capacité est définie comme : « *un ensemble des vecteurs de fonctionnement, qui indique qu'un individu est libre de mener tel ou tel type de vie* »¹³⁷. Être en situation de pauvreté selon cette approche signifie ne pas avoir la capacité de faire des choix concernant l'ensemble des fonctionnements potentiels que l'individu peut réaliser¹³⁸. La liberté est une possibilité de faire un choix, qui est restreinte si la personne dispose de peu de moyens¹³⁹.

En mettant en lien cette approche avec les droits humains, les possibilités essentielles ou capacités de chacun sont définies comme certaines libertés fondamentales qui sont nécessaires pour un minimum de dignité humaine.

132 ROMAN, 2012, p. 97.

133 TABIN, L'article 12 de la Constitution fédérale : une « dignité » à géométrie variable, in : *Vivre dignement ? : l'aide sociale suisse en question* : une publication pour le 100^e anniversaire de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS), (Schmid/ Caritas, édit.), Lucerne 2005, p. 151ss, p. 113.

134 HCDH, 2004b, p. 5ss.

135 HCDH, *Les droits de l'homme et la lutte contre la pauvreté : cadre conceptuel*, New York, Genève 2004a, p. 6.

136 ROMAN, 2012, p. 91.

137 Cité par *ibid.*, p. 100.

138 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 28.

139 ROMAN, 2012, p. 100.

La pauvreté est centrée alors sur les libertés fondamentales et leur non-réalisation¹⁴⁰. La pauvreté d'un point de vue juridique peut aussi constituer une violation de libertés fondamentales. On peut en citer quelques exemples. La capacité d'avoir une nourriture suffisante, d'être correctement vêtu, d'avoir un abri décent, de prendre part à la vie en communauté, de suivre une bonne formation ou de se soigner sont des exemples de telles capacités. Dès lors, la pauvreté acquiert de multiples dimensions et n'est plus vue uniquement selon un revenu économique insuffisant¹⁴¹. Cette définition répond ainsi aux critiques énoncées précédemment.

3. La définition retenue : la pauvreté selon une approche juridique

La pauvreté est ainsi vue comme une absence ou une insuffisance de capacité pour jouir de certaines libertés fondamentales garantissant un minimum de dignité humaine. Un cas de non-réalisation des droits humains est alors vu comme un cas de pauvreté à deux conditions : le droit humain en cause est considéré comme une capacité essentielle et une insuffisance de ressources économiques est la cause de sa réalisation insuffisante¹⁴². Dans un sens juridique, la pauvreté peut donc se comprendre comme la conséquence d'une série de précarités qui portent atteinte à divers droits humains¹⁴³, comme par exemple de mauvaises conditions de vie, un habitat insalubre, le chômage, la mauvaise santé, l'éducation insuffisante, etc. ... Ces précarités s'additionnent et elles influent sur les autres de sorte qu'elles créent selon DESPOUY un cercle vicieux horizontal de la misère¹⁴⁴. Ce cumul de précarités et de carences en matière de santé, d'éducation, d'habitat qui s'influencent les unes les autres correspond juridiquement à la négation des droits humains¹⁴⁵. La misère est vue par le Rapporteur spécial comme la négation de l'ensemble des droits humains selon le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits humains¹⁴⁶. Même si l'utilisation du terme négation peut sembler encore une fois simplificatrice puisqu'il conduirait à retenir des violations systématiques en présence de pauvreté¹⁴⁷, cette affirmation permet de souligner combien

140 HCDH, 2004b, p.9.

141 *ibid.*, p. 7.

142 *ibid.*, p. 9-10.

143 ROMAN, 2012, p. 10-15.

144 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 7-8.

145 *ibid.*, § 184.

146 *ibid.*, § 176.

147 Voir à ce sujet notre commentaire précédent sur l'analyse du Rapporteur spécial au Chapitre 1, I, B.

la pauvreté est liée au principe de l'indivisibilité des droits humains¹⁴⁸. Cette définition a plusieurs implications ou justifications.

4. Les conséquences d'appréhender la pauvreté en lien avec les droits humains pour rechercher une exigence d'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale

Nous avons choisi une définition de la pauvreté liée aux droits humains pour plusieurs raisons. Cette approche a plusieurs conséquences pour notre recherche. Ces conséquences justifient d'avoir retenu cette approche. Premièrement, une telle définition de la pauvreté permet une meilleure participation des personnes concernées dans la lutte contre ce phénomène. En effet, « *[u]ne approche fondée sur les droits de l'homme respecte la dignité et l'autonomie des personnes vivant dans la pauvreté et leur permet de participer effectivement et de façon constructive à la vie publique, y compris à la conception de la politique publique, et de tenir les débiteurs d'obligations responsables de leurs actes* »¹⁴⁹. Ainsi, cette définition de la pauvreté par les droits humains s'inscrit dans notre démarche qui se base sur la situation d'une famille concrète, ce qui permet d'inclure les préoccupations des personnes en situation de pauvreté.

Deuxièmement, cette définition de la pauvreté permet de reconnaître une utilité de notre recherche au débat concernant la lutte contre la pauvreté. Cette définition de la pauvreté implique que le droit constitue un outil des plus efficaces pour lutter contre ce problème¹⁵⁰. En effet, des stratégies de lutte contre la pauvreté intégrant les droits humains sont plus efficaces¹⁵¹, parce les droits humains des personnes en situation de pauvreté « *qui relèvent des préoccupations prioritaires et des « réalités des pauvres » sont maintenant suffisamment bien compris du point de vue normatif pour qu'ils puissent servir à éclairer, renforcer et améliorer les stratégies de lutte contre la pauvreté* »¹⁵². Comme la manière de penser la pauvreté influe grandement sur l'action politique qui y fait face¹⁵³, cette conception juridique de la pauvreté est importante en Suisse où le fait d'être à l'assistance publique est vu comme un échec voire un abus par la société et non comme un droit¹⁵⁴. L'harmonisation de

148 RAPPORTEURS SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 7-8.

149 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, § 7.

150 ROMAN, 2012, p. 93.

151 *ibid.*, p. 106.

152 HCDH, 2004b, p 22.

153 TABIN, Regards croisés sur la pauvreté, Lausanne 2012, p. 15.

154 SPINI, Vulnérabilités et trajectoire de vie : vers une alliance entre parcours de vie et politiques sociales, in : Regards croisés sur la pauvreté, (Tabin, édit.), Lausanne 2012, p. 67.

l'aide sociale, qui est la question principale de cette thèse, permet, nous le verrons, de contribuer à résoudre des enjeux qui sont liés à la lutte contre la pauvreté. Au vu de ces enjeux, notre recherche pourra apporter quelques modestes, mais pertinentes contributions au débat de cette lutte. Ainsi, aux côtés du but principal de l'étude de recherche de l'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale, elle permettra aussi de s'inscrire dans le cadre de la lutte contre la pauvreté en Suisse.

Finalement, cette définition de la pauvreté permet l'utilisation d'un cadre normatif contraignant pour appréhender la pauvreté et ses enjeux. En effet, pour analyser la pauvreté sous l'angle des droits humains, il faut reconnaître explicitement le cadre normatif national et international de ces droits. Les traités ratifiés par l'État sont d'une importance capitale, car ils engendrent des obligations juridiques pour l'État¹⁵⁵. Ainsi, la définition de la pauvreté retenue permet l'utilisation d'un cadre normatif contraignant pour appréhender notre question de recherche. De plus, cette participation directe des personnes concernées pour la défense de leurs droits liée au cadre normatif contraignant implique que les États ont une obligation de combattre la pauvreté. Celle-ci est comprise comme une injustice où le droit devrait être utilisé pour améliorer l'égalité, réduire les discriminations et garantir leurs droits¹⁵⁶. L'intégration des droits humains aux stratégies de lutte contre la pauvreté permet une action des pouvoirs publics sur un terrain juridique et non plus seulement économique et moral¹⁵⁷. Cette approche met donc l'accent sur les détenteurs d'obligations que sont les États, qui sont tenus de rendre des comptes en matière de droits humains internationaux¹⁵⁸. Dès lors, nous partageons l'avis de ROMAN, Professeure de droit public à l'École de droit de la Sorbonne, qui pense que retenir une définition juridique plus qu'économique de la pauvreté est souhaitable pour donner au droit un rôle central dans la lutte contre ce fléau¹⁵⁹.

L'utilisation de ce cadre normatif contraignant permet aussi de reconnaître la lutte contre la pauvreté comme une obligation de réalisation progressive des droits humains avec l'exigence d'actions immédiates¹⁶⁰. Les États ont par exemple des obligations immédiates à réaliser un minimum pour

155 HCDH, 2004b, p. 15.

156 SCHMID, A paraître 2020, p. 6.

157 ROMAN, 2012, p. 106.

158 HCDH, 2004b, p. 15.

159 L'obligation de rendre des comptes, élément central des conventions internationales des droits de l'homme, joue un rôle important dans les stratégies de lutte contre la pauvreté. : ROMAN, 2012, p. 104 et 106.

160 HCDH, 2004b, p. 23ss.

certains droits, comme les droits à l'alimentation ou au logement¹⁶¹. Les principes directeurs déjà cités érigent l'éradication de l'extrême pauvreté en véritable « *obligation juridique en vertu du droit international des droits de l'homme en vigueur* »¹⁶². Ils soulignent que « (...), *la pauvreté demeure une grave préoccupation au regard des droits de l'homme. Elle est à la fois une des causes et une des conséquences de violations des droits de l'homme et crée une situation favorable à d'autres violations* »¹⁶³. Il y a donc une obligation de la Confédération et des cantons d'agir face à la pauvreté. Mais en perspective avec notre constat de départ sur les différences cantonales, cette obligation d'agir implique-t-elle d'harmoniser les lois d'aides sociales cantonales ? C'est à cette question que tente de répondre cette thèse. Une certaine harmonisation des lois d'aides sociales cantonales permettrait d'avancer vers une réponse globale à un risque général qui touche la population suisse, quel que soit son domicile : le risque de pauvreté. En plus de répondre à l'enjeu principal d'une protection de droits humains suffisante sur tout le territoire face à la pauvreté, l'harmonisation peut répondre également à d'autres enjeux, que nous allons aborder dans la section suivante.

II. Les autres enjeux de la question de recherche

Il y a quatre autres enjeux qui démontrent l'intérêt de déterminer si l'harmonisation des prestations cantonales d'aide sociale est exigée en Suisse. Tout d'abord, nous l'avons vu en introduction, des différences en matière de lutte contre la pauvreté selon le lieu de domicile des individus sont présentes. Ces différences peuvent donner lieu à des sentiments d'inégalité de traitement (Section A). Deuxièmement, le risque de concurrence négative est très important en matière de prestations sociales. Les cantons édictent des normes les moins attractives possible et les plus restrictives pour décourager les éventuels nouveaux bénéficiaires¹⁶⁴. L'harmonisation des droits de l'aide sociale cantonaux pourrait empêcher une telle surenchère négative (Sous-section B) si elle est donnée par un cadre juridique contraignant empêchant les cantons de revoir à la baisse leur législation. Ensuite, elle permettrait de clarifier

161 *ibid.*, p. 27-28.

162 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, § 1.

163 *ibid.*, § 3.

164 EGBUNA-JOSS et BELSER, Une loi-cadre pour l'aide sociale ? Réflexions institutionnelles sur la nécessité d'harmoniser des aspects liés aux droits fondamentaux, in Newsletter CSDH 2015 26, p. 4.

la situation juridique des particuliers (Sous-section C). Finalement, la démonstration d'une harmonisation à l'aide des droits humains permet de mettre en avant l'importance de droits humains des personnes en situation de pauvreté qui sont majoritairement traditionnellement qualifiés de DESC (Sous-section D).

A. Un sentiment d'inégalité de traitement et d'inégalité des chances

Un système fédéral peut également avoir un impact négatif sur la situation des droits humains dans le pays. Par exemple, le niveau de prestation dans le domaine des droits sociaux peut diminuer à cause de cette décentralisation¹⁶⁵. Nous l'avons expliqué en introduction¹⁶⁶, la pauvreté ou sa prévention dépend donc du lieu de domicile¹⁶⁷. Certains individus aux besoins similaires ne sont donc pas traités de manière égale face à la pauvreté suivant leur lieu de domicile. Certains auteurs évoquent des inégalités de traitement entre ces individus comme GNAEGI¹⁶⁸ ou LEGRAND-GERMANIER¹⁶⁹. On arriverait dans ces situations aux limites du fédéralisme qui devient source d'inégalité de traitement¹⁷⁰. EGBUNA-JOSS et BELSER voient aussi une forme d'inégalité de traitement en cas de déménagement dans un autre canton, voire commune. Les prestations dont ces personnes bénéficient peuvent se voir réduites, voire supprimées sans aucun autre changement de leur situation personnelle¹⁷¹. Le Conseil fédéral estime aussi que les différences de prestations d'un canton à l'autre pour des personnes aux besoins similaires peuvent être perçues comme des inégalités de droit et de traitements¹⁷². Pour un dernier avis sur la question, la CDIP et le Conseil fédéral rappellent que ces différences cantonales

165 WYTENBACH, *Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten: gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus*, Zurich, Saint-Gall, Baden-Baden 2017, p. 98, voir à ce sujet : INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *Local Rule, Decentralisation and Human Rights*, Versoix 2002, p. 23ss et 26-27.

166 Cf. Introduction, III, C.

167 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 118.

168 GNAEGI, *Histoire et structure des assurances sociales en Suisse : avec une introduction à l'aide sociale*, 3^e éd., Genève 2012, p. 223.

169 LEGRAND-GERMANIER, *Les effets du fédéralisme sur la protection sociale en Suisse : étude de politique sociale*, in *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale* 2003 30, 103ss, p. 103-149.

170 *ibid.*, p. 107.

171 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 3-4.

172 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 10.

en la matière posent un problème d'un point de vue de l'égalité des chances et peuvent être ressenties comme telles¹⁷³.

Ces disparités quant à la protection par l'aide sociale des conséquences de la pauvreté impliquent un sentiment d'inégalité de traitement entre particuliers de cantons différents s'agissant de la jouissance des droits humains. Cette circonstance constitue un enjeu fondamental de l'harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale. Une telle harmonisation pourrait dans une certaine mesure réduire les inégalités cantonales en proposant par exemple des standards minimaux dans certains domaines de l'aide sociale. La protection des droits humains pourrait, comme nous le verrons, fournir ces standards minimaux propres à réduire les inégalités entre cantons. Il faudra, cependant, faire attention à cette notion d'inégalité de traitement qui ne s'applique pas entre entités fédérées ou que de manières très limitées comme nous le verrons en Section III, D, 3.

B. Un risque de concurrence négative

Deuxièmement, le risque de concurrence négative est très important en matière d'aide sociale. La concurrence négative apparaît lorsque les communes et les cantons édictent des normes les moins attractives possible et les plus restrictives pour décourager les éventuels nouveaux bénéficiaires de venir s'installer ou les actuels de déménager. Cette circonstance est due notamment à l'augmentation des coûts de l'aide sociale et à la forte volonté de mesures d'économies et de contrôles des bénéficiaires¹⁷⁴. Comme l'expliquent EGBUNA-JOSS et BELSER, de plus en plus d'interventions parlementaires dans les cantons proposent la réduction des prestations d'aide sociale¹⁷⁵. Ce problème est donc très actuel pour l'aide sociale. De plus, cette concurrence négative pose, comme nous le verrons, la question de la garantie de la liberté d'établissement (24 al. 1 Cst.) lorsque des pressions fortes sont effectuées pour décourager d'éventuelles personnes à s'installer sur un territoire donné¹⁷⁶. TABIN explique, quant à lui, que le canton de Berne a décidé de fournir l'aide d'urgence dans des conditions aussi peu agréables que possible afin d'éviter un effet d'incitation¹⁷⁷. Ainsi, même dans le domaine de l'aide d'urgence cette concurrence négative est visible.

173 *ibid.*, p. 25, CDIP, 2009, p. 4.

174 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 4.

175 *ibid.*, p. 4.

176 *ibid.*, p. 4.

177 TABIN, 2005, p. 138.

Le Conseil fédéral également dénonce le fait que le manque d'un cadre cohérent dans le domaine des prestations sociales implique un effet de concurrence négative entre cantons. Les cantons et les communes peuvent être incités à mettre en place des systèmes pour verser le moins possible de prestations. Ce manque inciterait les cantons et les communes « à rivaliser d'astuces pour verser les prestations les plus basses possible ». Ceci peut conduire les bénéficiaires à changer de domicile entraînant un transfert de charges entre les cantons¹⁷⁸. Cette problématique de concurrence négative constitue le deuxième enjeu de l'harmonisation des droits d'aide sociale cantonaux. L'harmonisation des droits de l'aide sociale cantonaux pourrait empêcher une telle surenchère négative si elle est donnée par un cadre juridique contraignant empêchant les cantons de revoir à la baisse leur législation. La protection des droits humains pourrait, comme nous le verrons, fournir ce cadre qui concerne notamment le principe de l'interdiction des mesures régressives.

C. Une clarification de la situation juridique des particuliers

Comme troisième enjeu d'importance, une définition uniforme ou harmonisée de l'aide sociale permettrait de clarifier ce qui relève de l'art.12 Cst. comme noyau dur et ce qui relève d'un minimum social plus étendu¹⁷⁹. S'agissant des sanctions (refus, réduction ou suppression du droit), un régime juridique harmonisé permettrait de clarifier la situation et notamment de souligner l'intangibilité de l'art.12 Cst¹⁸⁰. Ces questions renvoient à la définition des minimums servant de référence. Il est en effet difficilement compréhensible, selon le Conseil fédéral, que la garantie minimale ne soit pas la même pour toute la Suisse au vu des coûts d'entretien similaire entre les cantons¹⁸¹. Cependant, fixer un montant en francs par exemple serait problématique d'un point de vue politique et pourrait empêcher toute modification législative due aux pressions politiques existantes contre la fixation d'un montant uniforme¹⁸². L'harmonisation pourrait répondre à l'enjeu défini par le Conseil fédéral de la clarification et l'amélioration de la position juridique des administrés en matière de minimum vital¹⁸³.

178 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 59.

179 *ibid.*, p. 15.

180 *ibid.*, p. 27.

181 *ibid.*, p. 20ss.

182 *ibid.*, p. 23.

183 *ibid.*, p. 30.

Notre démarche basée sur la protection internationale des droits humains peut également parvenir à cet objectif. Une harmonisation des droits cantonaux sur ce noyau intangible permettrait de contribuer à clarifier la situation juridique des administrés. En outre, cette approche permettrait de sortir de l'impasse politique qui chercherait à définir des montants minimums en faisant référence aux garanties internationales des humains comme minimum et non pas à un montant fixe.

D. L'importance des droits humains des personnes en situation de pauvreté

Pour conclure ces considérations sur les enjeux de la question de recherche, il convient de souligner un dernier aspect. Notre question de recherche permet de reconnaître un rôle important aux droits humains des personnes en situation de pauvreté dans un débat d'importance sociétale qui est la lutte contre la pauvreté. Ces droits humains regroupent beaucoup de droits traditionnellement qualifiés de DESC. La reconnaissance de leur importance s'inscrit non seulement dans un but d'harmonisation des lois d'aides sociales pour une amélioration de la mise en œuvre des droits des plus démunis telle que ceux de notre famille Harmonie, mais également de manière bien plus large.

Nous pensons, premièrement, à la protection de l'environnement, défi primordial de notre génération. En effet, il est intéressant de citer une affaire de la Cour suprême colombienne. En se basant sur les droits à la vie, à la santé, à des conditions minimales d'existence et sur la dignité humaine des générations futures colombiennes, la Cour a estimé, en 2018, que le gouvernement colombien devait mettre en œuvre des actions pour combattre la déforestation, les émissions de gaz à effets de serre et les effets du changement climatique concernant l'Amazonie colombienne¹⁸⁴. Ce jugement montre premièrement que les droits humains traditionnellement considérés comme des DESC exigent des États des mesures pour combattre le changement climatique, affirmation confirmée par le CESCR dans une de ses déclarations¹⁸⁵, et même face à la Suisse en octobre 2019¹⁸⁶. Il montre deuxièmement que la

184 RÉSEAU-DESC, Base de données jurisprudentielles, STC 4360-2018, 11 janvier 2018, COUNIL et PERRUSO, Réflexions sur « l'humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l'Homme. Émergence et pertinence, in *La Revue des droits de l'homme* 2018 14, 1ss, p. 10, COUR SUPRÊME DE JUSTICE COLOMBIENNE, Affaire 25 jeunes c. Colombie, STC4360-2018, 5 avril 2018, p. 13 et 47ss.

185 CESCR, Déclaration, Les changements climatiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2018/1, 31 octobre 2018, § 4-10.

186 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, 18 octobre 2019, § 18-19.

reconnaissance de l'importance de ces droits peut également contribuer à combattre le changement climatique pour contribuer peut-être à un avenir plus favorable aux générations futures tel l'enfant de notre famille qui guide l'argumentation de cette thèse. Nous le rappelons, le changement climatique est non seulement un des objectifs de développement durable de l'Agenda 2030,¹⁸⁷ mais est également considéré par l'Accord de Paris comme « *un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière* »¹⁸⁸.

Deuxièmement, nous pensons à la crise sanitaire sans précédent lié à la COVID-19 de l'année 2020. Le 23 avril 2020, le Secrétaire général de l'ONU, GUTERRES, déclarait que « *[l]a pandémie de COVID-19 relève d'une situation d'urgence sanitaire publique – mais elle est bien plus que cela. C'est une crise économique. Une crise sociale. Et une crise humaine qui se transforme rapidement en crise des droits humains* »¹⁸⁹. Face à cette *crise des droits humains*, le HCDH a publié le 8 mai 2020, les principes directeurs concernant la COVID-19 qui précisent que « *[l]e respect des droits de l'homme dans tous les domaines, y compris les droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques, sera indispensable pour garantir le succès des mesures de santé publique et se rétablir de cette pandémie* »¹⁹⁰. La reconnaissance de l'importance des droits humains est d'autant plus importante pour les personnes en situation de pauvreté. On pense bien évidemment premièrement au droit à la santé qui exige notamment que « *[l]es traitements [soient] accessibles à tous sans discrimination, y compris aux personnes les plus vulnérables et marginalisées* »¹⁹¹. Mais d'autres aspects des garanties des droits humains sont extrêmement importants dans ce contexte, comme le droit au logement « *[p]uisque la population est appelée à rester à la maison* »¹⁹² ou encore la protection particulière des enfants qui « *sont exposés à la pauvreté lorsque des membres de leur famille tombent malades ou sont incapables de travailler* »¹⁹³. La reconnaissance de l'importance des droits humains des personnes en situation de pauvreté traditionnellement

187 ADMIN, Objectif 13: Prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions, 27 novembre 2017b, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

188 Accord de Paris sur le climat, RS n°O.814.012, 12 décembre 2015, préambule.

189 GUTERRES, Nous sommes tous dans le même bateau. Le virus nous menace tous. Les droits humains nous grandissent tous, 23 avril 2020, (site web, dernière consultation le 23 mai 2020).

190 HCDH, Principes directeurs concernant la COVID-19, 8 mai 2020, (site web, dernière consultation le 23 mai 2020), p. 1.

191 *ibid.*, p. 1.

192 *ibid.*, p. 2.

193 *ibid.*, p. 8.

considérés comme des DESC peut également contribuer à combattre efficacement cette terrible pandémie. Ayant rappelé les enjeux de notre question de recherche, il convient maintenant de la présenter en détail.

III. La question de recherche

Cette section va s'attarder premièrement sur la question de recherche et l'hypothèse en Sous-section A. En second lieu, nous présenterons la structure de la démonstration de l'hypothèse en Sous-section B. Ensuite, nous montrerons que ce souhait d'harmonisation de l'aide sociale est partagé par d'autres en Sous-section C. Enfin, nous présenterons les difficultés à prendre en compte pour une telle démonstration en Sous-section D.

A. La question de recherche et l'hypothèse

Si nous pouvons affirmer qu'une certaine harmonisation est exigée, nous pourrions apporter une certaine contribution à l'appréhension des enjeux précédemment évoqués. Il faut tenir compte des constats suivants. Premièrement, les différences cantonales en matière d'aide sociale impliquent un régime différencié en matière de lutte contre la pauvreté selon le domicile. Deuxièmement, la pauvreté a un impact manifeste sur la jouissance des droits humains. Troisièmement, ces droits humains sont garantis par des conventions internationales auxquelles la Suisse a accepté d'être liée sur l'ensemble de son territoire. Ainsi, le fédéralisme en matière de droits humains et d'aide sociale a pour conséquence que la réalisation des différents droits humains va dépendre des législations locales¹⁹⁴.

En conséquence, nous pouvons poser la question suivante : une exigence d'harmonisation des droits cantonaux d'aide sociale peut-elle être déduite des obligations des droits humains ? Ou en d'autres termes : « *les garanties internationales des droits humains exigent-elles une harmonisation des droits de l'aide sociale des entités fédérées en Suisse ?* ». Notre hypothèse est la suivante : au vu de l'importance de l'aide sociale en Suisse pour la lutte contre la pauvreté et la garantie des droits humains, il existe des garanties internationales en la matière qui exigent la prise de mesures par la Confédération, impliquant une harmonisation des lois cantonales d'aide sociale.

194 Cette affirmation est d'ailleurs particulièrement vraie dans le cadre de l'administration de prestations, comme dans le domaine de l'aide sociale : WYTTEBACH, 2017, p. 135.

B. La structure de la démonstration liée à la notion d'harmonisation

Pour démontrer notre hypothèse et donc cette exigence d'harmonisation, il faut tout d'abord en esquisser la définition ici. En effet, la structure de notre démonstration est intimement liée à cette notion. La définition que nous retiendrons de l'harmonisation est la suivante. Elle se définit comme un mode d'intégration normative tendant à orienter et à rapprocher les droits cantonaux vers et autour de principes communs¹⁹⁵ pour obtenir des normes équivalentes, mais pas forcément identiques, visant à assurer un minimum en termes de droits et obligations garantis¹⁹⁶. Nous approfondirons cette définition lors du Chapitre 2 qui, avec le Chapitre 3, définit les notions clefs de notre question de recherche.

Plusieurs critères seront analysés pour démontrer l'exigence d'harmonisation. Ils permettront de structurer notre démonstration¹⁹⁷. Celle-ci se déroulera en plusieurs étapes reproduites aux Chapitres 4, 5, 6 et 7. Premièrement, nous analyserons les standards minimaux des garanties internationales. Deuxièmement, nous procéderons à une analyse de l'interdiction de la discrimination et enfin nous analyserons un critère factuel qui concerne la situation de mise en œuvre des droits humains dans les cantons. Ces critères montreront que les obligations internationales de la Suisse exigent de la Confédération une prise de mesures pour s'assurer de la bonne mise en œuvre du droit international par les cantons. C'est cette obligation de contrôle et de prise de mesures qui impliquera une exigence d'harmonisation. Ensuite, au Chapitre 8, nous aborderons le caractère justiciable des obligations internationales retenues dans la démonstration. Cette exigence d'harmonisation pourra ensuite se concrétiser sous la forme de deux mécanismes de contrôle à disposition de la Confédération : la surveillance fédérale et le contrôle judiciaire qui seront présentés dans la première partie de notre conclusion au Chapitre 9, I. Le contrôle judiciaire sera le principal de ces modes et sera lié au caractère justiciable des obligations démontré au Chapitre 8. Au Chapitre 9, II, nous aborderons les contre-arguments qui peuvent faire face à notre thèse dans une deuxième partie du Chapitre de conclusion. Enfin, nous proposerons un mot de la fin au Chapitre 9, III qui mettra un point final à la présente thèse.

195 CORNU, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris 2016, harmonisation, CNRTL, Lexicographie, Harmonisation, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

196 TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Aix-en-Provence 2008, p. 244-245.

197 Cf. Chapitre 2, I, B.

C. Un souhait d'harmonisation ou d'uniformisation des régimes de l'aide sociale

Avant de commencer cette présentation, il convient de replacer l'idée d'harmonisation dans le cadre national et international. Ceci permettra de montrer que cet intérêt à une harmonisation n'est pas uniquement le nôtre, mais est également partagé par d'autres auteurs et acteurs nationaux (Sous-section 1) et internationaux (Sous-section 2). Les différences cantonales ont amené à des discussions quant à l'opportunité ou la possibilité d'une harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale. Cette sous-section s'attardera sur les discussions aux niveaux suisse et international quant à cette question de l'harmonisation.

1. Au niveau suisse

L'harmonisation des régimes juridiques des cantons est un sujet d'importance croissante en général dans un pays tel que la Suisse où les mouvements de la population sont importants¹⁹⁸. Par rapport à l'harmonisation dans notre domaine, une loi-cadre en matière d'aide sociale est une revendication de longue date¹⁹⁹ et beaucoup de représentants parlementaires s'y sont attachés. Dès les années 1990, plusieurs interventions ont évoqué la question d'un droit constitutionnel au minimum vital et d'une compétence fédérale législative par l'initiative parlementaire GOLL (92.426). Malgré un accueil plutôt favorable lors de la consultation, seule une minorité de cantons y adhère²⁰⁰. Ensuite, en 1995, la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national a mis en consultation un projet de révision de l'ancien article 48 Cst. dans le but entre autres choses de donner à la Confédération suisse une compétence législative matérielle en matière d'aide sociale limitée aux principes fondamentaux. La majorité des cantons a cependant refusé cette modification²⁰¹. Nous pouvons penser aussi à des interventions parlementaires relatives à une réglementation uniforme de l'aide sociale comme les motions HUMBEL (11.3638) ou WEIBEL (11.3714 et 12.3031) qui ont proposé l'adoption d'une loi similaire à la LPG. Cependant le Conseil fédéral s'y est opposé²⁰².

198 MARTENET, *HarmoS dans le paysage fédéraliste et démocratique suisse*, in : Herausforderung HarmoS, (Auer, édit.), Zurich 2010, p. 79ss, p. 81.

199 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 1.

200 *ibid.*, p. 1.

201 GNAEGI, 2012, p. 221.

202 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 6.

En 2013, un postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (13.4010) a été déposé²⁰³. Il a donné lieu à un rapport du Conseil fédéral intitulé «Loi-cadre relative à l'aide sociale» du 6 novembre 2013, du 25 février 2015, intitulée «Aménagement de l'aide sociale et des prestations cantonales sous condition de ressources, Besoins et possibilités d'intervention»²⁰⁴. Le Conseil fédéral estime qu'il est important de réduire les disparités cantonales tant en matière de prestations sous condition de ressources que d'aide sociale au sens strict. Selon le Conseil fédéral, par rapport aux prestations sous condition de ressources, il est important de : «réduire les disparités cantonales et assurer une égalité de traitement entre des ménages vivant des situations analogues, mais domiciliés dans des cantons différents»²⁰⁵. Quant à l'aide sociale au sens étroit, le Conseil fédéral estime notamment qu'il est nécessaire d'uniformiser certains points comme sa définition, sa fonction ou les conditions du droit aux prestations. Il souligne qu'il faut harmoniser ce qui «doit être analogue sans être nécessairement uniforme»²⁰⁶.

Tout en soulignant l'importance du fédéralisme et donc la marge de manœuvre cantonale, le Conseil fédéral affirme, au vu de l'importance de l'aide sociale pour la garantie du minimum vital, qu'il serait judicieux d'envisager une harmonisation de certaines règles à l'échelle du pays. Ceci pour permettre à tous les bénéficiaires de couvrir leurs besoins vitaux et de participer à la vie sociale sans que le lieu de leur domicile ne soit déterminant²⁰⁷. Le Conseil fédéral considère : «que la situation actuelle impliquant des normes non contraignantes n'est plus pertinente»²⁰⁸. Ce souci de prise en compte de l'autonomie cantonale fera l'objet de la sous-section suivante.

D'autres acteurs au niveau de la société civile et des cantons se sont penchés sur cette question. Par exemple, Caritas recommande l'adoption d'une loi-cadre sur le minimum vital pour éviter que la pauvreté ne dépende du lieu de domicile dû aux différences trop grandes entre les cantons²⁰⁹. La société

203 CSSS-CN, Postulat 13.4010, Loi-cadre relative à l'aide sociale, 6 novembre 2011, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

204 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b.

205 *ibid.*, p. 46.

206 TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme ? L'exemple de la Belgique, in : La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons, (Besson/Belser, édit.), Genève 2014, p. 275ss, p. 276.

207 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 52, le CF cite à cet égard l'art. 12 en lien avec l'art. 8 al. 2 Cst. Nous reviendrons sur le thème de la discrimination dans notre démonstration.

208 *ibid.*, p. 59.

209 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 61.

civile représentée par des ONG dans le cadre du 4^{ème} rapport de la Suisse au CESCR a également relevé l'importance d'une harmonisation dans le domaine des prestations sociales²¹⁰. Cette préoccupation a été soulignée à nouveau par WINTER, co-présidente de Fian Suisse, lors de la Conférence nationale sur les recommandations du Pacte I organisée par le Secrétariat d'État à l'économie le 3 décembre 2020²¹¹. Selon la CSIAS, une loi-cadre permettrait d'améliorer la coordination entre les différents systèmes de la sécurité sociale et une harmonisation avec d'autres prestations sous condition de ressources²¹². Pour un autre exemple, selon WAEBER-KALBERMATTEN, conseillère d'État du canton du Valais, « [l]'harmonisation des prestations sociales est dans l'intérêt des cantons, puisqu'elle empêche le transfert des problèmes sociaux d'un canton à l'autre »²¹³. Il est intéressant de mentionner le travail de la CDAS qui traite d'un projet de loi-cadre en matière d'aide sociale²¹⁴. Dans un rapport adopté à l'intention du DFJP et du DFI une question y est notamment traitée : la réglementation-cadre du droit matériel de l'aide sociale au niveau fédéral en dehors de la LAS. Le groupe de travail de la CDAS souligne que les instruments relatifs à la couverture du minimum vital sont insuffisamment coordonnés entre eux tant sur le niveau horizontal que vertical²¹⁵. Il souligne encore qu'il n'existe pas non plus de concept législatif uniforme du minimum vital en Suisse²¹⁶. Enfin, le groupe estime que dans le domaine de la couverture du minimum vital qui vise à subvenir aux besoins élémentaires de l'être humain, un minimum d'uniformité ou d'harmonisation des prestations de l'État social est absolument nécessaire²¹⁷. Le groupe de travail cite notamment des études de la CSIAS²¹⁸ qui vont dans le même sens que notre exemple d'introduction en mettant en évidence des différences flagrantes entre cantons quant au revenu disponible²¹⁹.

210 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, Rapport parallèle de la société civile (« Plateforme des ONG suisses pour les droits humains ») sur les obligations du gouvernement suisse en faveur du respect et de la protection des droits économiques, sociaux et culturels (DESC), Genève 2019b, § 127-128.

211 SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Conférence nationale sur les recommandations du Pacte I 3 décembre 2020, 11h45 à 12h05, (site web, dernière consultation le 3 décembre 2020).

212 CSIAS, Loi-cadre sur l'aide sociale, L'enjeu pour nous, Berne 2012, p. 2.

213 CSIAS, Communiqué de presse, Moins d'aide sociale n'est pas assez, Berne 2019a, p. 2.

214 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 1.

215 GNAEGI, 2012, p. 222, CDAS, août 2008, p. 7.

216 CDAS, août 2008, p. 8.

217 *ibid.*, p. 24.

218 KNUPFER et PFISTER, Aide sociale, impôts et revenus en Suisse, Berne 2007.

219 CDAS, août 2008, p. 23.

Des préoccupations en vue d'une certaine harmonisation entre cantons ont été soulevées tant par le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale, la CSIAS, la CDAS ou par la société civile. Cette harmonisation a été également évoquée au niveau international en relation avec la protection des droits humains. La sous-section suivante passera en revue différentes opinions et avis d'acteurs internationaux face à la diversité au sein des États fédéraux en matière de mise en œuvre des Conventions des droits humains.

2. Au niveau international

Avant d'aborder les avis des acteurs internationaux, il est important d'avoir à l'esprit que le droit international des droits humains est neutre par rapport au système fédéral²²⁰. Nous le verrons, les États peuvent s'organiser à l'interne comme bon leur semble. Les législations et la nature des prestations étatiques peuvent être différentes selon les entités fédérales, cet aspect entre dans la marge d'appréciation des dispositions conventionnelles²²¹. Toutefois, il n'en demeure pas moins que certains organes juridictionnels ou quasi juridictionnels évoquent un certain souhait pour une harmonisation au sein de tels systèmes.

Au niveau du Conseil de l'Europe, la CourEDH a également traité de la question. Dans le domaine de la santé, elle a analysé des questions connexes à notre thèse, comme par exemple celle de l'uniformité dans la mise en œuvre de la Convention entre les États parties. La Cour a développé une pratique prenant en compte la diversité des États par la doctrine de la marge d'appréciation. La Cour reconnaît d'une certaine manière la tension entre uniformité de standards minimaux et contextes et réalités diverses dans les États parties²²². Par conséquent pour autant que les standards minimaux soient respectés, des individus ne pourraient pas faire valoir une pratique plus généreuse dans un autre État partie²²³. La question de savoir si la diversité locale peut être prise en compte, dans le cadre de l'intérêt public propre à limiter un droit, n'est pas définitivement clarifiée²²⁴. Dans le cadre d'États décentralisés au niveau national la CourEDH procède d'une manière analogue aux considérations précitées et a analysé le respect des standards minimaux²²⁵.

220 TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, 2014, p. 276, WYTTENBACH, *Systemic and Structural Factors Relating to Quality and Equality of Human Rights Implementation in Federal States, A Critical Assessment of the Practice of Human Rights Treaty Bodies*, in *International Human Rights Law Review* 2018 7, 43ss, p. 51.

221 WYTTENBACH, 2017, p. 134.

222 *ibid.*, p. 141.

223 *ibid.*, p. 142.

224 *ibid.*, p. 144.

225 *ibid.*, p. 142.

Mais contrairement aux autres organes des traités, elle n'a soulevé la question des États fédéraux qu'indirectement. Elle estime qu'il découle des obligations positives que toutes les personnes exerçant des fonctions étatiques respectent la CEDH²²⁶. Dans l'arrêt Assanidzé c. Géorgie, la Cour EDH a considéré que les États ne pouvaient pas invoquer leur organisation interne pour limiter leur responsabilité. Elle estime qu'« *au regard de la Convention seule se trouve en cause la responsabilité internationale de l'État, quelle que soit l'autorité nationale à qui est imputable le manquement à la Convention dans le système interne* »²²⁷.

Au niveau des organes des traités des Nations Unies, le CESCR²²⁸, le CEDEF²²⁹, le CDE²³⁰ et le CERD²³¹ se sont attardés sur des questions relatives à la problématique d'uniformisation ou d'harmonisation dans l'application des droits humains au sein d'États décentralisés ou fédéraux. Nous y reviendrons en détail au Chapitre 4. Ici, nous pouvons nous contenter de souligner que le 18 octobre 2019, le CESCR a rappelé l'importance d'un contrôle des droits cantonaux, mais également un souhait d'harmonisation dans le cadre des observations finales rendues à l'occasion du 4^{ème} rapport périodique de la Suisse. Même si des différences entre entités sont possibles selon le Comité, il est important de prévoir des mécanismes de contrôle de la mise en œuvre des obligations internationales par les cantons, s'agissant de critères minimaux et communs dans toute la Suisse. Le CESCR a rappelé à ce sujet à la Suisse que « *la Confédération est responsable en dernier ressort d'assurer la mise en œuvre du Pacte relevant de sa juridiction* ». Ensuite, il l'a encouragée « *à renforcer les mécanismes de coordination entre la Confédération, les cantons et les communes afin d'assurer la pleine mise en œuvre des droits reconnus dans le Pacte* »²³² et, au sujet des disparités cantonales, « *de prendre les mesures nécessaires pour harmoniser les systèmes [cantonaux] pour fixer des critères minimaux et communs*

226 *ibid.*, p. 61.

227 COUREDH (GC), Affaire Assanidzé c. Géorgie, n°71503/01, 8 avril 2004, § 146, WYTENBACH, 2017, p. 25. Nous le verrons au Chapitre 3, I, B, 3., cette affirmation découle de l'art. 27 CVT notamment.

228 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 39.

229 D'après la formulation du Comité une implémentation cohérente et harmonisée est importante : WYTENBACH, 2017, p. 135, CEDEF, Observations finales, Australie, CEDAW/C/AUL/CO/7, 30 juillet 2010, § 16, CEDEF, Observations finales, Belgique, A/57/38(SUPP), 1^{er} janvier 2002, § 144bis, CEDEF, Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, 16 décembre 2010, § 8.

230 Pour le CDE, une mise en œuvre cohérente et harmonisée, voire uniforme est aussi préférable : CDE, Observations finales, Inde, CRC/C/IND/CO/3-4, 6 juillet 2014, § 11ss, CDE, Observations finales, Belgique, CRC/C/15/Add.178, 13 juin 2002a, § 10.

231 Observations finales, Suisse, CERD/C/CHE/CO/6, 23 septembre 2008, § 8.

232 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 7.

concernant les niveaux de prestations sociales (...)»²³³. Cette affirmation est centrale pour notre démonstration et sera abordée au Chapitre 4. En somme, les garanties des droits humains peuvent avoir un effet centralisateur des compétences et uniformisateur du droit dans le fédéralisme²³⁴. Cette considération sur l'effet des droits humains sur le fédéralisme permet de faire le lien avec la section suivante : le respect de l'autonomie cantonale.

D. Les difficultés à prendre en compte

Quelques précisions sont nécessaires quant aux difficultés et contraintes de l'admission d'une harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale dans le système fédéral suisse. Même si une harmonisation pourrait apporter une réponse aux enjeux présentés ci-dessus, elle fait face à un obstacle de taille : le respect l'autonomie cantonale (sous-section 1). De plus, une action législative au niveau fédéral n'est pas des plus aisée (Sous-section 2). Enfin, le principe d'égalité et de non-discrimination ne s'applique en général pas entre entités fédérées (Sous-section 3).

1. L'autonomie cantonale et les droits humains

Les droits humains ont un impact sur le fédéralisme et inversement, le fédéralisme a un impact sur les droits humains. Il y a pour les deux relations des effets positifs et négatifs²³⁵. On a vu les principaux effets négatifs du fédéralisme sur les droits humains en matière d'aide sociale que nous avons appelé les enjeux d'une harmonisation. Il s'agissait des différences de mise en œuvre des droits humains, d'un sentiment d'inégalité qui en découle, de la concurrence négative et enfin d'une situation juridique peu claire s'agissant du minimum vital en Suisse. Inversement, il est important de souligner qu'il existe des effets positifs du fédéralisme sur les droits humains. Ces effets peuvent être invoqués pour défendre l'autonomie cantonale. Ces effets sont liés. Il s'agit, notamment, des possibilités d'innovation et de la concurrence positive entre entités fédérées. Enfin, il existe un effet des droits humains sur le fédéralisme qui peut être perçu comme négatif et amener certains à défendre l'autonomie cantonale. Il s'agit de l'effet centralisateur et uniformisateur. Ces considérations vont nous accompagner dans toute notre démonstration qui

233 *ibid.*, § 39.

234 BESSON, *Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique*, in : *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons*, (Besson/Belser, édit.), Genève 2014a, p. 7ss, p. 11-12.

235 *ibid.*, p. 9-10, TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, 2014, p. 278.

définira l'harmonisation en prenant en compte ces effets positifs du fédéralisme et négatifs des droits humains. Nous allons commencer par discuter l'effet centralisateur et uniformisateur.

a. L'effet centralisateur et uniformisateur des droits humains

Un effet vu comme négatif des droits humains sur le fédéralisme est un potentiel effet centralisateur et uniformisateur du droit dans les États fédéraux, et ce même en l'absence de compétence fédérale en la matière²³⁶. Comme l'autonomie des entités fédérées caractérise le fédéralisme²³⁷, un tel élargissement de compétence est indésirable s'il est conséquent. Cet élargissement de compétence du niveau supérieur peut induire cet effet centralisateur²³⁸. Cette crainte d'une création non légitime de compétence dans des domaines liés aux droits humains est présente notamment dans le contexte l'Union européenne face aux États membres. Elle l'est également dans le contexte des États fédéraux. Ceci est dû à l'existence de plusieurs niveaux de compétence en charge pour la réalisation des droits humains²³⁹.

Ces effets centralisateurs sont en partie renforcés par la fiction d'unité que crée le droit international en ce sens que seul l'État fédéral est responsable et débiteur s'agissant des obligations des droits humains²⁴⁰. Selon BESSON, Professeure à l'Université de Fribourg et à l'Université de Paris, plus l'effet centralisateur est présent au niveau fédéral, plus les divergences en la matière peuvent être vues comme une réaction de résistance de la part des cantons²⁴¹. Cette résistance est présente en Suisse. Le fédéralisme est un facteur parmi d'autres ayant freiné la mise en œuvre des droits humains internationaux²⁴². Selon HOTTELLIER, Professeur à l'Université de Genève « *la perception suisse du fédéralisme a conduit à un réflexe conservateur plutôt qu'à une ouverture favorable au droit conventionnel* »²⁴³.

Face à cet effet, on trouve certains mécanismes de défense du fédéralisme comme les clauses fédérales de droit international ou les réserves fédérales²⁴⁴.

236 BESSON, 2014a, p. 11-12.

237 HOTTELLIER, 2014, p. 43-44.

238 BESSON, 2014a, p. 11-12.

239 BESSON, The Human Rights Competence in the EU, the State of the Question After Lisbon, in Human Rights and Taxation in Europe and the World 2011 37, p. 39, FABBRINI, 2010, p. 33ss.

240 BESSON, 2014a, p. 12 et 18.

241 *ibid.*, p. 30.

242 HOTTELLIER, 2014, p. 61-62, l'auteur évoque ici la CEDH en particulier.

243 *ibid.*, p. 62, l'auteur évoque ici la CEDH en particulier.

244 BESSON, 2014a, p. 25-26, WYTENBACH, 2018, p. 46ss.

Pour les premières, on peut penser par exemple à l'art. 41 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés²⁴⁵. S'agissant des deuxièmes, la Suisse a déjà formulé des réserves motivées par la protection de son système fédéraliste à la CEDH et à d'autres conventions des droits humains²⁴⁶. On pense par exemple à l'affaire devenue célèbre en Suisse, *Belilos c. Suisse*, où la CourEDH a appliqué l'art. 6 CEDH sans tenir compte d'une réserve en faveur de lois cantonales en matière de procédures pénale et civile²⁴⁷. En effet des raisons principales de ces réserves peuvent être vues dans la volonté de préservation de l'autonomie cantonale²⁴⁸. Ces réserves peuvent aussi avoir pour but de protéger la répartition de compétences interne et de réduire la responsabilité de l'État fédéral. Les cantons auraient du temps pour adapter leur législation²⁴⁹. Ainsi, on arrive à une tension entre uniformité et diversité qui est présente dans un système de mise en œuvre partagée des droits humains tel que celui qui a cours en Suisse²⁵⁰. Cette tension provient de l'effet centralisateur ou uniformisateur des droits humains sur l'objectif du fédéralisme de garantir une diversité juridique au sein des entités fédérées²⁵¹. Dès lors, cette tension est un facteur fondamental à prendre en compte pour notre thèse.

b. Les effets positifs du fédéralisme sur les droits humains

De plus, le fédéralisme peut avoir des avantages que d'aucuns seraient en droit de vouloir défendre. Il nous faut exposer les principaux. Par exemple, certains auteurs considèrent que le fédéralisme permet de créer des institutions étatiques intermédiaires capables de s'interposer entre l'individu et le gouvernement central²⁵². On peut y voir une forme de séparation des pouvoirs

245 Pour une discussion en la matière, voir notamment : WYTTEBACH, 2017, p. 19ss.

246 *ibid.*, p. 50, WYTTEBACH, 2018, p. 47ss.

247 COURED, Affaire *Belilos c. Suisse*, n°10328/83, 29 avril 1988, § 56-59.

248 WYTTEBACH, 2017, p. 51.

249 *ibid.*, p. 51, au sujet des réserves de la Suisse faite pour la protection de l'autonomie cantonale, voir MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle, Genève, Munich 1999, p. 512ss.

250 FABBRINI, 2010, p. 38, TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: a Theory of Supranational Adjudication*, Oxford 2009, p. 70, pour des exemples de cette tension aux États-Unis : YOUNG, *Welcome to the Dark Side, Liberals Rediscover Federalism in the Wake of the War on Terror*, in *Brooklyn Law Review* 2004 69(4), 1277ss, p. 1277-1278.

251 TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, 2014, p. 277-278, WOEHRLING, *Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada*, in *McGill Law Journal* 2000 46(1), 21ss, p. 48ss.

252 YOUNG, *The Conservative Case for Federalism*, in *George Washington Law Review* 2006 74(5), 874ss, p. 884-885.

supplémentaire qui permet d'éviter des abus²⁵³. Ces entités politiques permettent également de protéger indirectement des intérêts collectifs comme le droit des minorités politiques que les droits humains individuels ne protègent pas forcément²⁵⁴. Cette division du pouvoir permet aussi une meilleure participation des citoyens au niveau politique²⁵⁵. Les États fédéraux sont en outre familiers avec différents niveaux de normes, ce qui peut faciliter la réception du droit international qui suit également ces notions²⁵⁶.

Ensuite, la diversité, rendue possible dans le fédéralisme et par l'aspect indéterminé des normes des droits humains peut ouvrir la voie à des solutions créatives, plus flexibles et plus proches de la pratique et donc mieux adaptées aux besoins locaux. Les autres entités fédérées peuvent apprendre de nouvelles expériences de leurs voisins. Cet effet de la décentralisation est jugé en général de manière positive²⁵⁷. Ainsi, une autonomie cantonale peut être souhaitable pour permettre aux cantons d'imaginer de nouvelles formes de soutien social²⁵⁸. Cette adaptation aux besoins locaux peut conduire à une meilleure acceptation²⁵⁹. Par une contextualisation accrue des droits humains, étant appliqués dans un contexte politique plus étroit, ces droits se rapprochent des considérations morales et politiques de la collectivité en question²⁶⁰. Ces solutions adoptées au plan local peuvent être élargies à l'échelle nationale après avoir fait leurs preuves²⁶¹. Ainsi, l'autonomie des cantons apporte un fort potentiel de développement notamment pour les aspects programmatiques d'obligations des conventions des droits humains qui permet d'essayer de nouvelles solutions économiques ou sociales sans que cela concerne l'entier de l'État²⁶². Le Conseil fédéral le rappelle également, l'autonomie dont les cantons disposent permet une plus grande marge de manœuvre dans l'adoption de la politique sociale. Ils peuvent ainsi tenir compte de leurs

253 WOEHLING, 2000, p. 28, KÄLIN, *Decentralized Governance in Fragmented Societies: Solution or Cause of New Evils?*, in : *Facing Ethnic Conflicts: Toward a New Realism*, (Wimmer, édit.), Lanham 2004, p. 301ss, p. 304.

254 BESSON, 2014a, p. 10, WOEHLING, 2000, p. 29ss, KÄLIN, 2004, p. 304, ATKINSON, *Federalism in a Post-Modern World*, in *Bond Law Review* 2004 16(1), 5ss, p. 12-13.

255 WOEHLING, 2000, p. 28.

256 WYTTEBACH, 2018, p. 59.

257 FABBRINI, 2010, p. 38, WYTTEBACH, 2017, p. 98, TORRES PÉREZ, 2009, p. 83, WOEHLING, 2000, p. 40-41, WYTTEBACH, 2018, p. 59.

258 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 5-6.

259 WYTTEBACH, 2017, p. 145.

260 BESSON, 2014a, p. 10.

261 WYTTEBACH, 2017, p. 147.

262 *ibid.*, p. 146.

spécificités locales, ce qui peut favoriser le développement de mesures novatrices²⁶³. Ce principe est prévu à l'art. 46 al. 3 Cst. qui veut que la Confédération doive « *laisser aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités* »²⁶⁴ et à l'art. 47 qui prévoit une autonomie des cantons dans trois domaines principaux indispensables au fédéralisme suisse : l'autonomie organisationnelle, fonctionnelle et financière²⁶⁵.

Quoi qu'il en soit, le fédéralisme a donc des effets favorables sur le développement des droits humains²⁶⁶. En matière d'aide sociale, le système fédéraliste suisse permet de prendre en considération les particularités locales. Ce qui est conforme au principe d'individualisation de l'aide sociale qui veut que l'aide soit adaptée au cas par cas. Comme les différentes personnes vulnérables ont des besoins variés, cette diversité fédérale peut être un avantage pour les bénéficiaires²⁶⁷. On peut citer un exemple récent de la ville de Lausanne. L'Initiative des villes a souligné qu'elle disposait de bons systèmes sociaux qui ont permis de réduire considérablement le nombre de personnes dépendant de l'aide sociale depuis 2012, contrairement à la tendance générale d'augmentation en Suisse. Cette bonne situation est due à l'introduction par le canton de Vaud des prestations complémentaires pour familles ou des programmes ciblés pour jeunes adultes (FORJAD)²⁶⁸. Ce programme pour jeunes adultes est un exemple d'innovation cantonale en matière d'aide sociale au sens large. Ce programme vaudois, introduit en 2006, permet aux jeunes adultes tributaires de l'aide sociale d'accéder à une formation²⁶⁹. Ces prestations, faisant partie de l'aide sociale au sens large, n'auraient sans doute pas été mises en place si vite au niveau fédéral en cas de compétence exclusive de la Confédération en la matière. En lien avec cette innovation des entités fédérées, il est intéressant aussi de mentionner le phénomène de concurrence positive. Selon certains auteurs, la liberté d'établissement et le libre choix de la résidence peuvent induire une certaine concurrence entre les entités fédérées

263 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 17.

264 *ibid.*, p. 52.

265 BELSER et MASSÜGER, Art. 47 BV, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 8.

266 BESSON, Le droit international et européen de l'homme et la forme politique fédérale – Je t'aime, moi non plus, in : La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons : Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, (Besson/Belser, édit.), Genève 2014b, p. 215ss, p. 234.

267 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 3.

268 LE MATIN, Le taux de l'aide sociale continue d'augmenter, 7 novembre 2017, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

269 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 172.

d'un même État fédéral. Les particuliers compareraient leur situation avec celle de ressortissants d'autres États fédérés et choisiraient en fonction les conditions optimales s'agissant des impôts ou des prestations sociales²⁷⁰.

La constatation des enjeux de cette harmonisation tout en prenant en compte l'autonomie cantonale et ses effets positifs, nous amène à la conclusion suivante : des différences cantonales et communales peuvent être souhaitables, pour permettre par exemple aux cantons d'imaginer, créer et mettre en place de nouvelles manières de soutenir les personnes précarisées²⁷¹. Toutefois, l'insuffisance de la mise en œuvre peut se trouver non seulement au niveau de l'État fédéral, mais également et c'est souvent le cas au niveau des cantons²⁷². Ainsi, ces différences ne sont pas désirables lorsqu'elles entraînent des limitations non justifiées aux droits humains, voire même, une concurrence négative telle que nous l'avons présentée plus haut ²⁷³. Lorsque le fédéralisme est invoqué pour justifier une limitation ou une diminution de protection d'un droit, il entre en conflit avec la protection des droits humains²⁷⁴. Dans ce cas, nous le verrons, l'État fédéral a une responsabilité pour s'assurer que les cantons se conforment à leurs obligations internationales. Ce point est au centre de notre étude, car il constitue un inconvénient du fédéralisme en rapport avec la protection des droits humains si l'État fédéral ne prend pas ses responsabilités²⁷⁵. S'agissant de la Suisse, une action au niveau fédéral est-elle possible pour empêcher ou atténuer ce conflit et respecter les responsabilités de la Confédération dans la mise en œuvre des droits ? Nous allons nous y attarder à la section suivante.

2. Les possibilités limitées d'une action au niveau fédéral en vue d'une harmonisation des lois cantonales

Même si une harmonisation des droits cantonaux peut être à certains égards souhaitable, une action fédérale n'est pas des plus aisées dans ce domaine. Nous l'avons vu, tant en matière d'aide sociale au sens strict qu'en matière de

270 WYTTEBACH, 2017, p. 146, TORRES PÉREZ, 2009, p. 91, MCCONNELL, *Federalism: Evaluating the Founders' Design* (Reviewing *Federalism: The Founders' Design* by Raul Berger), in *University of Chicago Law Review* 1987 54, 1484ss, p. 1498-1499, voir aussi WOEHLING, 2000, p. 29, TRIBE, *Unraveling « National League of Cities »: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services*, in *Harvard Law Review* 1977 60(6), 1065ssp. 1069, qui explique de façon claire l'influence négative que peut avoir l'argument fédéraliste sur la protection des droits des individus.

271 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 5-6.

272 WYTTEBACH, 2018, p. 60.

273 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 5-6.

274 WOEHLING, 2000, p. 47-48.

275 WYTTEBACH, 2018, p. 60.

autres prestations sous condition de ressources que nous étudierons, la compétence législative est majoritairement cantonale. Or, selon les art. 3 et 42 al. 1 Cst., la Confédération ne peut intervenir que si la Constitution le lui permet²⁷⁶. Au sujet de la possibilité d'une action législative fédérale, le rapport du groupe de travail de la CDAS précité est intéressant²⁷⁷. Il manque à la Confédération la compétence pour harmoniser matériellement l'aide sociale ou fixer certaines procédures ou certains standards minimaux²⁷⁸. En effet, nous l'avons déjà dit, en matière d'assistance des personnes, la compétence est exclusivement cantonale²⁷⁹. Le groupe de travail de la CDAS estime qu'une révision de la Constitution est nécessaire pour que des solutions soient prévues sur le plan fédéral²⁸⁰. Dans le cadre d'un rapport sur une éventuelle loi-cadre dans le domaine de l'aide sociale, le Conseil fédéral a également estimé que le droit en vigueur ne permettait pas l'harmonisation des normes minimales d'aide sociale. Une nouvelle base constitutionnelle est requise tant pour une compétence élargie que pour l'adoption d'une loi-cadre limitée aux principes²⁸¹. Le Conseil fédéral a d'ailleurs précisé lors de sa réponse à un postulat déposé par FERI au Conseil national, le 8 mars 2018, en matière d'égalité entre hommes et femmes garantie notamment par la CEDEF, que la Confédération n'interviendrait pas dans le domaine de compétences des cantons²⁸².

Par rapport aux autres prestations sous condition de ressources que nous analyserons²⁸³, la Confédération ne dispose pas non plus de compétence législative suffisante en tout cas pour les harmoniser en prenant en compte une coordination avec l'aide sociale²⁸⁴. Les compétences fédérales en la matière ne sont que limitées²⁸⁵. Une compétence fédérale pourrait se fonder sur l'art. 116 al. 1 et 2 Cst. s'agissant de prestations complémentaires pour famille,

276 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 52.

277 GNAEGI, 2012, p. 222, CDAS, août 2008, p. 8.

278 CDAS, août 2008, p. 24.

279 DUPONT, *La constitution sociale*, in : *Droit constitutionnel suisse*, (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 2091ss, p. 2096.

280 CDAS, août 2008, p. 8.

281 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 51ss.

282 CONSEIL FÉDÉRAL, *Avis concernant le postulat n°18.3120 déposé par Feri, Y., Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité entre femmes et hommes*, 23 mai 2018, (site web, dernière consultation le 19 avril 2020). Le Conseil fédéral réserve la possibilité d'envoyer des lettres aux cantons pour attirer leurs attentions sur une problématique. Cette affirmation est intéressante d'un point de vue de la surveillance fédérale, nous y reviendrons au Chapitre 9, I.

283 Cf. Chapitre 2, II, C, il s'agit des PCFam, des ACE et aides à la formation et à l'éducation.

284 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 55.

285 DUPONT, 2020, p. 2098.

mais aucune loi n'existe²⁸⁶. Nous le verrons, les initiatives politiques en ce sens n'ont pas abouties. Toutefois, l'art.116 Cst. ne permettrait pas, selon le Conseil fédéral, d'harmoniser les lois cantonales en matière d'ACE²⁸⁷. S'agissant des bourses d'études, une initiative a été déposée, par l'UNES en 2012, pour une compétence d'harmonisation à la Confédération²⁸⁸. Elle a toutefois été rejetée le 26 juin 2013 en votation populaire²⁸⁹. En effet, en matière de formation, la seule compétence de la Confédération est relative aux deux hautes écoles polytechniques fédérales et à une école du sport²⁹⁰.

En outre, comme le rappelle HOTTELIER, en l'absence de dispositions constitutionnelles donnant la compétence à la Confédération suisse, elle ne peut pas légiférer en se basant sur l'art.41 Cst., ni sur des dispositions internationales telles que les art.9, 11 et 13 du Pacte ONU I. Ces articles ne fondent aucune compétence législative nouvelle pour la Confédération²⁹¹. Même si les droits fondamentaux s'appliquent dans l'ensemble du système juridique suisse (art.35 al.1 Cst.), la Confédération ne peut pas mettre en œuvre les mandats législatifs demandés par les droits humains dans le domaine de compétence des cantons. Si elle le faisait, la répartition des compétences serait vidée de sa portée²⁹². HANGARTNER utilise le terme de neutralité des droits fondamentaux par rapport au système de compétences de l'État fédéral²⁹³. Ainsi, pour une harmonisation par une loi fédérale, une nouvelle base constitutionnelle est requise dans le domaine de l'aide sociale au sens strict²⁹⁴. Le droit suisse actuel ne permet pas à la Confédération ni d'harmoniser les réglementations cantonales au sens que nous donnons à l'harmonisation ni de définir des normes minimales d'aide sociale. La voie du concordat intercantonal

286 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 43-44.

287 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport en réponse au postulat (06.3003) de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) du 13 janvier 2006, Harmonisation de l'avance sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement 2011, p. 12-13.

288 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 41.

289 UNES, Objet du Conseil Fédéral, n°13.058, Initiative populaire sur les bourses d'études et révision totale de la loi sur les contributions à la formation, 26 juin 2013, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

290 DUPONT, 2020, p. 2097.

291 HOTTELIER, 2002, p. 47, voir aussi : CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'initiative populaire fédérale « Droits égaux pour les personnes handicapées » et au projet de loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, FF 2001 1605, 2000, p. 1708.

292 HANGARTNER, Grundrechtliche Gesetzgebungsaufträge und bundesstaatliche Kompetenzordnung Bemerkungen aus Anlass des Entwurfs eines Behindertengleichstellungsgesetzes, in PJA 2001, 476ss, p. 476.

293 *ibid.*, p. 476.

294 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 51.

pourrait être une alternative à une modification de la Constitution, mais cette solution n'est guère étudiée tant les obstacles seraient importants et le processus long²⁹⁵.

Il faut donc soit imaginer une autre voie, soit réformer la Constitution. Les acteurs principaux du domaine ont donné leur avis sur cette question d'une harmonisation de l'aide sociale. L'ASC estime qu'il n'est pas nécessaire d'adopter une nouvelle loi fédérale et que des solutions peuvent être prises au niveau des législations cantonales. La CDAS s'oppose à l'instauration d'une loi-cadre et à l'inscription dans la Constitution d'une compétence fédérale dans le domaine de l'aide sociale. L'initiative des villes pour la politique sociale et la CSIAS sont favorables à l'adoption d'une loi-cadre fondée sur une nouvelle base constitutionnelle. Tous les acteurs précités accepteraient l'idée d'un concordat, même si cette solution ne leur apparaît guère convaincante²⁹⁶. Le Conseil fédéral, quant à lui, conclut qu'un cadre non contraignant n'est plus envisageable, mais respecte la volonté des cantons exprimée par la CDAS de ne pas intervenir au niveau constitutionnel et laisse ce soin aux cantons²⁹⁷. Cependant, pour le moment, rien n'a été entrepris dans le sens d'une modification de la Constitution, de l'adoption d'une législation ou de concordats intercantonaux, sauf pour les aides à la formation comme nous le verrons par la suite. Il s'agit du souci fédéraliste de protection de l'autonomie des entités fédérées. Le Conseil fédéral estime au sujet de la garantie du minimum vital qu'«une harmonisation matérielle n'est guère envisageable, compte tenu de la diversité des systèmes de soutien cantonaux et communaux, qui s'explique par des facteurs historiques, et vu les différences d'ordre politique qui les séparent»²⁹⁸. On remarque donc par cette difficulté d'harmonisation ou de coordination sur le plan fédéral, la pertinence de développer une autre approche. L'approche que nous proposons ne poserait pas ces problèmes puisque les conventions internationales que nous étudierons sont déjà en vigueur en droit suisse. Ensuite, particulièrement pour des domaines de l'administration des prestations tels que l'aide sociale, un phénomène problématique est présent. Ce phénomène est qualifié par WYTTENBACH de «*conflit de compétence implicite*». Le niveau fédéral pourrait se considérer comme non responsable, comme c'est un domaine de compétence des entités fédérées et ces dernières non plus, car les obligations internationales ont été contractées au niveau fédéral²⁹⁹.

295 *ibid.*, p. 54.

296 *ibid.*, p. 57-60.

297 *ibid.*, p. 57-60.

298 *ibid.*, p. 59-60.

299 WYTTENBACH, 2018, p. 60-61.

Une approche par les garanties internationales des droits humains est prometteuse. Comme nous l'avons mentionné, ces conventions internationales sont déjà en vigueur et ont déjà été ratifiées. Elles exigent de cette manière le respect de garanties en droit interne sans modification constitutionnelle des compétences ou d'adoption de loi controversée. Il est donc particulièrement prometteur de tenter de démontrer l'exigence d'une harmonisation par le biais de la protection internationale des droits humains au vu de l'absence de bases constitutionnelles qui permettraient l'adoption d'une législation fédérale en la matière.

3. Le principe de l'égalité et de l'interdiction de la discrimination au sein d'un système fédéral

Enfin, il convient de tenir compte d'un dernier élément en plus de l'autonomie cantonale et de la difficulté de l'action fédérale pour démontrer l'exigence d'une harmonisation. Il s'agit de la problématique de l'égalité de traitement entre cantons. En effet, une approche qui semble évidente à première vue serait d'étudier le contenu normatif des différentes garanties, d'analyser leur mise en œuvre dans les cantons et d'analyser ces différences de traitement à l'aune des principes d'égalité et de non-discrimination. Cette approche pourrait permettre de démontrer une exigence évidente d'harmonisation des droits cantonaux d'aide sociale. Cependant, la doctrine presque unanime³⁰⁰ estime que la structure de la Confédération s'oppose à toute comparaison entre les régimes juridiques des cantons. Le droit à l'égalité ou à la non-discrimination ne peut pas fonder une critique d'une loi cantonale en raison de ses différences avec d'autres lois des autres cantons. Les actes servant de comparaison doivent émaner de la même collectivité³⁰¹.

300 Nous verrons des exceptions au Chapitre 2, I, B, 2.

301 MARTI, Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit, in : Droit constitutionnel suisse, (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 595ss, p. 612, MARTENET, Géométrie de l'égalité, Bruxelles, Paris, Zurich etc. 2003, p. 128ss, IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung: die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Bâle, Stuttgart 1968, p. 432, HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich: zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Berne 1985, p. 72, GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 361, WEBER-DÜRLER, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, in ZBl 2004, 1ss p. 13, RHINOW et KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bâle 1990, p. 217, YERSIN, L'égalité de traitement en droit fiscal, Bâle 1992, p. 161, MOOR, FLÜCKIGER et MARTENET, Droit administratif. Vol. I, Les fondements, 3^e éd., Berne 2012, p. 847, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 495, GRISEL, Egalité : les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, 2^e éd., Berne 2009, p. 57, WYSS, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?: das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Berne 2001, p. 188, SCHWEIZER, Art. 8 BV, Rz. 1-87, in : Bundesverfassung St. Galler

L'idée que le principe de non-discrimination ne s'applique pas entre collectivités fédérées est partagée par la jurisprudence tant nationale qu'internationale. Le TF a confirmé cette conception dans une jurisprudence constante et estime que c'est une conséquence de la sphère d'autonomie des cantons et du fédéralisme³⁰². D'un point de vue de droit comparé, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande va dans le même sens³⁰³. Elle estime que le législateur d'un Land ne doit respecter le principe d'égalité que sur son territoire³⁰⁴ et que ce principe ne concerne que les actions du même organe étatique³⁰⁵. Au niveau de la jurisprudence de la CourEDH, des différences régionales au niveau d'États fédéraux sont souvent considérées comme circonstances objectives et raisonnables³⁰⁶. Dans le cadre d'États décentralisés au niveau national, la CourEDH analyse uniquement si les standards minimaux sont respectés³⁰⁷, mais n'analyse pas les questions relatives à l'art.14 CEDH³⁰⁸. À ce sujet, deux affaires sont particulièrement exemplatives. Il s'agit d'*Handyside c. Royaume-Uni* et de *Magee c. Royaume-Uni*³⁰⁹. Lors de la première affaire, la CourEDH a considéré que des différences entre l'Écosse et l'Irlande du Nord en matière d'interdiction de diffusion d'un livre sur l'éducation sexuelle ne posaient pas de problème³¹⁰. Dans l'affaire de *Magee c. Royaume-Uni*, la CEDH a considéré qu'il n'était pas question de caractéristiques personnelles telles que l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité nationale, mais de la situation géographique du lieu où l'intéressé est arrêté et détenu. Ces différences ont été reconnues de nature objective et

Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich 2014b, § 23, WALDMANN, Art.8 BV, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, éd.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a, § 25, WALDBURGER, Bundesrahmengesetz für die Sozialhilfe, Zurich 2017, p. 28, BIAGGINI, Art.8 Rechtsgleichheit, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, (Füssli, éd.), Zurich 2017a, p. 145ss, p. 147, voir également au sujet du système fédéral belge: TULKENS et VANDROOGHENBROECK, 2014, p. 282, ou canadien: WOEHRLING, 2000, p. 61.

302 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 138 I 321, 30 août 2012, consid. 5.3.6, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 133 I 249, 27 avril 2007, consid. 3.4, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 125 I 173, 3 mars 1999, consid. 6d, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 I 49, 19 janvier 1995, consid. 3c, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 99 Ia 370, 23 mai 1973, consid. 6b, pour une jurisprudence récente voir: TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 2C_402/2017, 19 septembre 2017, consid. 3.2.

303 MARTENET, 2003, p. 128-129, WYTTENBACH, 2017, p. 171.

304 CCA, BVerfGE 33, 224, 30 mai 1972, § 233(a).

305 CCA, BVerfGE 79, 127, 23 novembre 1988, § 152 (b).

306 WYTTENBACH, 2017, p. 155, MARTENET, 2003, p. 19.

307 WYTTENBACH, 2017, p. 142.

308 *ibid.*, p. 148.

309 WYTTENBACH, 2018, p. 76.

310 COUREDH, Affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, n°5493/72, 7 décembre 1976, § 54.

raisonnable³¹¹. Ainsi, l'organisation politique, en l'occurrence fédérale, est une circonstance que l'État peut mettre en avant dans le cadre de sa marge d'appréciation lors de la mise en œuvre des droits humains³¹². *A priori*, les différences cantonales issues du fédéralisme semblent entrer dans la marge d'appréciation de l'État en matière de garantie des droits humains. La Cour-EDH l'a d'ailleurs confirmé face à la Suisse dans l'affaire Mouvement raëlien suisse c. Suisse. Elle a précisé que des différences étaient possibles entre régions d'un même État *« surtout s'agissant d'un État ayant choisi une organisation politique de type fédéral »*³¹³. Elle l'a également admis dans une affaire face à l'Allemagne où elle a estimé que la pratique de la chasse ne devait *« pas nécessairement être réglée de manière uniforme sur tout le territoire fédéral »*³¹⁴. Le CDH partage également cette vision. Il l'a rappelé dans l'affaire Cheban et al. c. Russie et a souligné que : *« [l]e fait qu'un État partie ayant une structure fédérale autorise des différences entre les divers éléments de la fédération en matière de procès avec jury ne constitue pas en soi une violation de l'article 26 »*³¹⁵.

Cette absence de comparaison entre entités fédérées au titre de l'égalité de traitement permet d'atténuer les effets uniformisateurs des droits humains³¹⁶. Comme c'est un des aspects des droits humains qui entre en tension avec l'autonomie cantonale que nous devons reprendre en compte, il est important d'avoir cette contrainte à l'esprit pour notre thèse.

311 COURED, Affaire Magee c. Royaume-Uni, n°28135/95, 6 juin 2000, § 50.

312 BESSON, 2014b, p. 219, WYTTENBACH, 2018, p. 77.

313 COURED (GC), Affaire Mouvement raëlien suisse c. Suisse, n°16354/06, 13 juillet 2012, § 64.

314 COURED (GC), Affaire Herrmann c. Allemagne, n°9300/07, 26 juin 2012, § 89.

315 CDH, Constatations, Communication n°790/1997, Affaire Cheban et al. c. Fédération de Russie, CCPR/C/72/D/790/1997, 31 juillet 2001, § 7.4.

316 WOEHLING, 2000, p. 61

Chapitre 2 : L'aide sociale et son harmonisation

I. La définition de l'harmonisation, les critères pour démontrer son exigence et sa mise en œuvre

Dans cette section, nous allons approfondir la définition de la notion d'harmonisation³¹⁷. Cette notion est au cœur de notre recherche qui vise à en démontrer l'exigence. Nous devons donc la définir avant toute chose. Nous nous inspirerons de la dénomination de CORNU, qui estime que c'est un mode d'intégration juridique. Il la comprend comme un transfert de compétences étatiques à une organisation internationale³¹⁸. Cette conception du mode d'intégration est surtout étudiée dans le cadre européen. Nous allons la comprendre par analogie dans le contexte du système fédéral suisse dans le sens où le droit fédéral (ou dans notre cas international) exercerait une action d'intégration sur les droits cantonaux à l'image du droit européen sur les droits étatiques.

Nous prendrons ensuite en compte les difficultés énoncées au chapitre précédent pour définir l'harmonisation. Tout d'abord, la prise en compte de l'autonomie cantonale permettra dans un premier temps de distinguer l'harmonisation d'autres termes ayant un sens proche en précisant le but de cette notion (Sous-section A). L'harmonisation tendra à orienter et rapprocher les droits cantonaux vers et autour de principes communs issus des droits humains (selon certains critères identifiés par notre démonstration), tout en respectant la marge d'appréciation des cantons découlant de la Constitution et du droit international dans la mise en œuvre des droits humains internationaux.

317 Nous l'avons brièvement évoquée précédemment, cf. Chapitre 1, III, B.

318 CORNU, 2016, intégration, d'autres auteurs pensent également que l'harmonisation est un processus d'intégration normative : MIALOT et DIMA EHONGO, De l'intégration normative à géométrie et géographie variables in : Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits, (Delmas-Marty, édit.), Paris 2004, p. 25ss, p. 25ss.

Après avoir arrêté cette définition, nous préciserons les critères sur lesquels se base l'exigence d'harmonisation (Sous-section B). Ils seront identifiés en prenant en compte, notamment, le troisième écueil, de la difficulté d'application du principe de l'interdiction de la discrimination et d'égalité dans un système fédéral. La prise en compte des possibilités d'action de la Confédération nous permettra de préciser comment mettre en œuvre cette exigence. Elle pourra être mise en œuvre par des modes d'intégration normative : la surveillance fédérale et le contrôle judiciaire (Sous-section C).

A. La définition de l'harmonisation et ses différences avec l'unification et l'uniformisation

Conformément à d'autres auteurs, nous définissons l'harmonisation comme un mode d'intégration. Ces auteurs estiment que l'intégration normative comprend l'ensemble des processus d'harmonisation, mais aussi d'uniformisation et d'unification et l'ensemble des résultats de ces processus³¹⁹. En somme, la notion d'harmonisation est similaire à des notions telles que celles d'unification, uniformisation, coordination ou intégration³²⁰. Des imprécisions entourent ces termes³²¹. Ces mots sont employés tantôt comme des synonymes, tantôt comme ayant un sens différent³²². Nous sommes d'accord avec MIALOT et DIMA EHONGO lorsqu'ils estiment qu'il est important de fixer clairement leur signification³²³. Ces formes d'intégration normative consistent à la fois en un but et des moyens pour y arriver, et en une action et son résultat³²⁴. Cette optique a l'avantage de clairement délimiter l'unification ou l'uniformisation de l'harmonisation qui sont comprises comme degrés différents d'intégration de régimes juridiques. Le but de l'uniformisation est plus poussé que d'autres modes d'intégration comme l'harmonisation, le rapprochement des législations ou la coordination. Ces trois dernières notions sont d'ailleurs souvent comprises comme des synonymes³²⁵. Nous n'utiliserons plus que le terme harmonisation par la suite.

Nous allons définir brièvement l'uniformisation, l'unification et l'harmonisation. L'unification peut être comprise comme le remplacement d'une

319 MIALOT et DIMA EHONGO, 2004, p. 26.

320 TOBICH, 2008, p. 243.

321 *ibid.*, p. 243.

322 MIALOT et DIMA EHONGO, 2004, p. 26

323 *ibid.*, p. 26.

324 *ibid.*, p. 26.

325 Par exemple : CORNU, 2016, rapprochement des législations.

pluralité d'ordres juridiques par un ordre unique ou remplacer des droits distincts par un droit unique³²⁶. L'uniformisation quant à elle ne viserait qu'à insérer dans ces ordres des règles identiques sans substituer un ordre à un autre. Une réglementation identique n'est voulue que dans un domaine spécifique. On peut y voir un stade intermédiaire entre unification et harmonisation³²⁷. L'uniformisation et l'unification seront toutes deux comprises comme des mécanismes très poussés visant à transférer des compétences cantonales à l'État fédéral, alors que l'harmonisation sera considérée comme un degré inférieur ou une étape moins poussée d'intégration normative³²⁸. Ces développements expliquent la raison du choix entre ces notions. Nous choisirons de rechercher dans notre thèse une harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale au lieu d'une uniformisation ou d'une unification. Comme nous l'avons vu, ces deux notions renvoient à la notion d'identité ou d'unicité. Cette notion est trop invasive au vu des principes du fédéralisme en Suisse laissant une grande autonomie aux cantons au sens des art. 3, 47, 51 à 53 de la Constitution³²⁹. Il est toutefois important de souligner qu'une uniformisation ou une unification pourrait être considérée comme une meilleure piste pour une mise en œuvre suffisante des droits humains. En effet, il faut tout de même être conscient que « *le principal défaut du processus d'harmonisation est de donner beaucoup de pouvoirs au récepteur de la norme (...)* »³³⁰. Ce qui selon DELMAS-MARTY peut engendrer des résultats arbitraires si le pouvoir d'appréciation des destinataires de la norme n'est pas un minimum contrôlé par un organe compétent³³¹. Cette préférence pour une unification ou uniformisation dans la mise en œuvre des droits humains est présente notamment dans certains écrits des organes des traités. Nous y reviendrons en détail au Chapitre 4, I, B. L'importance d'un contrôle du pouvoir d'appréciation des cantons y sera également abordée.

Nous nous concentrerons donc sur l'harmonisation. Selon DELMAS-MARTY, elle ne vise qu'un rapprochement des régimes juridiques autour de principes communs contrairement à l'unification qui a lieu lorsque les règles deviennent identiques. L'harmonisation permet donc aux règles de rester

326 MIALOT et DIMA EHONGO, 2004, p. 27, TOBICH, 2008, p. 243.

327 MIALOT et DIMA EHONGO, 2004, p. 27, CORNU, 2016, uniformisation.

328 Voir dans le même sens : TOBICH, 2008, p. 245.

329 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 328.

330 DELMAS-MARTY, L'émergence d'un ordre juridique mondial : pathologie ou métamorphose ?, in : Chaïm Perelman : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique, (Frydman/Meyer, édit.), Paris 2012, p. 203ss, p. 209.

331 *ibid.*, p. 209.

différentes³³². Selon CORNU, l'harmonisation peut même désigner un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques³³³. Selon le Centre national de ressources textuelles et lexicales, l'harmonisation peut être définie comme l'action d'orienter les lois, les règlements et les normes vers un objectif commun³³⁴. Selon TOBICH, l'harmonisation viserait la réalisation d'une équivalence des droits dans le respect de la pluralité de ces droits, dont la finalité serait de proposer des règles équivalentes et non pas identiques visant à assurer un minimum en termes de droits et obligations garantis³³⁵. Comme l'autonomie implique par définition l'existence de différences entre cantons³³⁶, l'objectif de l'harmonisation qui est de rapprocher les régimes juridiques, qui peuvent néanmoins rester différents³³⁷, semble bien plus adéquat.

Cet objectif de l'harmonisation est donc bien plus modeste que celui de l'unification ou l'uniformisation ce qui lui permettrait d'être plus acceptable politiquement³³⁸. Ainsi, retenir l'harmonisation plutôt qu'une unification ou uniformisation permet de répondre en partie à la préoccupation de la défense de l'autonomie cantonale très présente en Suisse. Nous l'avons brièvement évoquée précédemment³³⁹, l'harmonisation se définit dans notre thèse comme un mode d'intégration normative tendant à orienter et à rapprocher les droits cantonaux vers et autour de principes communs³⁴⁰ pour obtenir des normes équivalentes, mais pas forcément identiques, visant à assurer un minimum en termes de droits et obligations garantis³⁴¹.

Une autre circonstance plaide en faveur de l'harmonisation plutôt qu'une unification ou uniformisation. Le droit international des droits humains ne semble pas non plus exiger, en général, que tous les législateurs cantonaux adoptent des règles identiques pour mettre en œuvre une obligation internationale. Les solutions cantonales correspondent aux réalités concrètes des cantons qui servent la légitimité, l'efficacité et la confiance dans

332 DELMAS-MARTY, Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine, in : L'harmonisation du droit des contrats en Europe, (Jamin/Mazeaud édit.), Paris 2001, p. 23ss, p. 28-29.

333 CORNU, 2016, harmonisation.

334 CNRTL, *Lexicographie, Harmonisation*.

335 TOBICH, 2008, p. 244-245.

336 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 321.

337 DELMAS-MARTY, 2001, p. 31.

338 MIALOT et DIMA EHONGO, 2004, p. 28, DELMAS-MARTY, 2001, p. 31.

339 Cf. Chapitre 1, III, B.

340 CORNU, 2016, harmonisation, CNRTL, *Lexicographie, Harmonisation*.

341 TOBICH, 2008, p. 244-245.

l'exécution³⁴². Cette définition de l'harmonisation qui préserve l'autonomie cantonale, préserve également un des avantages majeurs d'un système fédéral que nous avons vu au chapitre précédent : la possibilité d'innovation de la part des entités fédérées en évitant un effet centralisateur ou uniformisateur trop poussé de la part des droits humains. Ainsi, la notion d'harmonisation permet de respecter mieux l'autonomie cantonale et ne cherche pas à imposer une solution identique ou à substituer un ordre juridique à un autre.

Il convient de compléter ces développements par l'inclusion dans nos explications de la notion de la marge d'appréciation. Cette notion est au cœur de la conception de l'harmonisation, mais aussi de la mise en œuvre des droits humains. Selon TOBICH, une harmonisation efficace est soumise au respect et à la garantie d'une marge d'appréciation de ses destinataires³⁴³. Selon MIALOT et DIMA EHONGO, déjà cités, l'harmonisation est une des modalités de l'intégration qui laisse une marge d'appréciation aux destinataires de la norme harmonisatrice³⁴⁴. Cette marge d'appréciation permet de préserver leurs compétences tout en les incitant à se rapprocher de principes communs auxquels ils ne doivent pas déroger³⁴⁵. Ainsi, les destinataires de l'harmonisation peuvent avoir des réglementations différentes, mais également proches et basées sur les mêmes principes directeurs³⁴⁶. Selon cette optique, ils peuvent garder des particularités dans leurs régimes juridiques locaux³⁴⁷. En définitive, nous pouvons reprendre DELMAS-MARTY, au sujet de l'importance de la marge d'appréciation dans un processus d'harmonisation : « [b]ien comprise, la notion de marge (...) est sans doute le meilleur moyen d'éviter la simple juxtaposition des différences et de permettre, par ajustements et réajustements un rapprochement des pratiques, leur mise en « comptabilité progressive »³⁴⁸. Cette prise en compte de la marge d'appréciation permet d'atténuer l'effet uniformisateur des droits humains³⁴⁹, qui nous l'avons dit, est perçu comme négatif pour le fédéralisme. Nous le verrons dans la section suivante, nous étudierons des obligations où cette marge de manœuvre est limitée, dans le cadre des obligations minimales de mise en œuvre.

342 SCHMID, *Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen*, in RDS 2016 1, 3ss, p. 23.

343 TOBICH, 2008, p. 246.

344 MIALOT et DIMA EHONGO, 2004, p. 27.

345 TOBICH, 2008, p. 246.

346 *ibid.*, p. 247, à propos d'États souverains et de leur souveraineté.

347 *ibid.*, p. 249.

348 DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris 2006, p. 88.

349 WOEHLING, 2000, p. 63.

Une autre raison plaide en faveur de notre choix. La définition de DELMAS-MARTY a été reprise par des auteurs de doctrine de Suisse. Se fondant sur les travaux de cette auteure, HOTTELIER et THÜRER parlent au sein du système suisse d'une recherche d'un pluralisme ordonné en matière de réception des droits humains³⁵⁰. C'est-à-dire : « *une conception des droits fondamentaux qui tente d'allier la diversité des garanties à la recherche d'une unité logique, systématique* ». Et ce pluralisme doit avoir comme élément central « *l'équivalence des sources, et non (...) l'existence d'une hiérarchie systématique (...) la recherche constante d'une certaine forme de concordance au service des individus et de l'accomplissement de l'État de droit. L'harmonie des sources s'inscrit elle-même dans un contexte plus large, qui est celui d'un système constitutionnel qui assure, sans exclusive, sans mépris ni priorité, la convergence et non l'opposition, la complémentarité et non la subordination entre respect des droits fondamentaux et des droits de l'homme, structure fédérale, exercice des droits démocratiques et justice constitutionnelle* »³⁵¹. Ainsi, il serait possible par ce pluralisme ordonné d'avoir une complémentarité entre autonomie cantonale et respect des droits humains tout en obtenant une certaine concordance au service des individus et de l'État de droit répondant aux enjeux évoqués de l'harmonisation³⁵².

En guise de conclusion de cette sous-section, il faut souligner un point important. Tout en laissant une marge d'appréciation aux cantons, l'harmonisation telle que nous l'avons définie permet d'identifier un certain minimum en termes de droits et obligations sous la forme de normes équivalentes. La reconnaissance d'une marge d'appréciation n'exclut pas tout contrôle, notamment lorsque le régime juridique en question s'écarte trop du principe considéré. En définitive, l'harmonisation permet, comme le dit DELMAS-MARTY, « *d'accepter des différences, mais pas au-delà d'un certain seuil* »³⁵³. Ce contrôle est au cœur du choix de nos modes d'intégration normative qui seront présentés brièvement en fin de cette section et présentés en détail lors de notre conclusion (Chapitre 9, I). Il convient maintenant de s'attarder sur la preuve de l'exigence de prise de mesure de contrôle par la Confédération et donc d'harmonisation. Elle va faire l'objet de la sous-section suivante qui traitera des critères de l'harmonisation. Ces critères structureront notre démonstration présente aux Chapitres 4 à 8.

350 HOTTELIER, 2014, p. 64-65, THÜRER, *Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte*, in : *Handbuch der Grundrechte, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, (Merten/Papier, édit.), Zurich, Saint-Gall 2007, p. 31ss, p. 57.

351 HOTTELIER, 2014, p. 64-65.

352 Cf. Chapitre 1, I et II.

353 DELMAS-MARTY, 2001, p. 32.

B. La preuve de l'exigence d'harmonisation par trois ensembles de critères

La preuve de l'exigence de la prise de mesure de la Confédération sera apportée par l'analyse de trois groupes de critères tirés de la protection internationale des droits humains. En effet, les moyens pour parvenir à l'objectif de l'harmonisation peuvent être : « *les principes directeurs qui constituent la référence commune et guident le rapprochement, en laissant les modalités d'application à la réglementation nationale* »³⁵⁴. Ainsi, des principes peuvent guider un processus d'harmonisation. Ces principes guidant l'harmonisation étant peu précis, il faudra rechercher leurs critères d'application pour les préciser³⁵⁵. Comme le choix des critères et le choix du seuil de compatibilité est laissé à l'interprète, ils peuvent aisément varier en fonction des résultats recherchés et donc peuvent induire un risque d'arbitraire³⁵⁶. Nous y reviendrons dans notre conclusion, où une section sera dédiée à la liberté de l'interprétation dans laquelle nous montrerons que ce risque est toutefois limité. La démonstration de ces critères constituera le but de nos chapitres d'analyse (Chapitres 4 à 8).

Notre recherche de l'exigence de l'harmonisation ne va pas prendre une direction fondée sur l'égalité entre cantons comme nous l'avons mentionné plus haut. Nous allons démontrer la nécessité de la prise de mesure par la Confédération à l'égard des cantons d'abord sur un autre fondement que l'égalité. Le premier ensemble de critères sera défini par la recherche des standards minimaux (Sous-section 1). Cette démarche respecte notre définition de l'harmonisation permettant « *d'accepter des différences, mais pas au-delà d'un certain seuil* »³⁵⁷, ce seuil étant défini principalement par les standards minimaux des droits. Ensuite seulement, nous procéderons à une analyse de l'interdiction de la discrimination (Sous-section 2). L'interdiction de la discrimination sera analysée d'une part au sein d'un même canton, mais également entre cantons différents. Nous exposerons deux groupes d'arguments juridiques démontrant une exigence d'harmonisation. Les premiers sont fondés sur les standards minimaux. Ensuite, nous analyserons l'interdiction de la discrimination au sein d'un même canton et entre différents cantons.

354 *ibid.*, p. 31.

355 D'ailleurs, MIREILLE DELMAS-MARTY admet que de tels principes peuvent résulter indirectement de l'utilisation par la jurisprudence de principes généraux inscrits par exemple dans la CEDH. Des principes issus de garanties internationales des droits humains sont reconnus avoir un effet harmonisateur : *ibid.*, p. 31ss.

356 *ibid.*, p. 32.

357 *ibid.*, p. 32.

Cette démarche en deux temps, à l'image de celle de WYTTEBACH,³⁵⁸ est d'abord centrée sur les standards minimaux et sur l'interdiction de la discrimination au sein d'un même canton, puis sur une analyse de la discrimination sur le domicile au niveau fédéral. Ce dernier argument sera pris uniquement en tant qu'argument complémentaire pour tenir compte de la doctrine presque unanime³⁵⁹ et, à notre avis, convaincante sur la comparaison des régimes cantonaux. Un critère factuel s'ajoutera à nos critères juridiques : la situation de mise en œuvre dans les cantons (Sous-section 3). Cela constituera un indice supplémentaire pour appuyer nos conclusions sur une exigence d'harmonisation.

1. Les standards minimaux

Pour admettre la nécessité d'un contrôle de la Confédération, nous pensons ici raisonner comme WYTTEBACH qui se fonde principalement sur le respect de l'obligation de mise en œuvre de la part des cantons eux-mêmes³⁶⁰. Cette obligation de mise en œuvre est liée au fait que le gouvernement fédéral ne peut pas invoquer la répartition des tâches à l'interne pour justifier un manquement à ses obligations internationales³⁶¹. Nous le verrons dans le chapitre suivant, l'art.27 CVT prévoit le principe de l'impossibilité d'invoquer le droit national pour justifier un manquement à une obligation internationale³⁶². Cette affirmation a pour corollaire que toutes les autorités étatiques de n'importe quel niveau, communal, cantonal ou fédéral peuvent engager la responsabilité de l'État partie³⁶³. Les droits humains prévus par les Conventions internationales s'appliquent à tout le territoire suisse selon l'art.29 CVT³⁶⁴, comme nous le verrons au Chapitre 3, I, B, 3. Les dispositions s'appliquant dans le domaine de l'aide sociale ont donc un effet dans tous les cantons.

Nous l'avons vu aux chapitres précédents, des différences sont présentes en termes de mise en œuvre des droits humains. Au vu de la pratique de la

358 WYTTEBACH, 2017, p. 148ss.

359 Nous verrons des exceptions au Chapitre 2, I, B, 2, qui nous semble également convaincantes dans certaines circonstances.

360 WYTTEBACH, 2017, p. 148ss.

361 *ibid.*, p. 64.

362 CESCR, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, 1998, § 3, WYTTEBACH, 2017, p. 71, CDH, Observation générale n°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, § 4.

363 CDH, Observation générale n°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 4.

364 ZIEGLER, Introduction au droit international public, Berne 2015, p. 98, DUPUY, Droit international public, 12^e éd., Paris 2014, p. 330, PERRIN, Droit international public : sources, sujets, caractéristiques, Zurich 1999, p. 820.

CourEDH et des communications devant les comités, un régime hétérogène de mise en œuvre par les collectivités fédérées semble admissible pour autant que le standard minimal de chaque droit soit respecté selon des critères objectifs et raisonnables³⁶⁵. Certes, les États parties, même dans le cadre des standards minimaux, peuvent choisir des mesures différentes à l'interne³⁶⁶. Mais l'État doit s'assurer que les standards minimaux sont atteints dans toutes les régions. Puis s'il établit une insuffisance dans une mise en œuvre, l'État a l'obligation prendre les mesures appropriées³⁶⁷. C'est cette obligation fondée sur le constat d'une mise en œuvre insuffisante du standard minimal des droits humains qui va nous permettre de conclure à l'exigence d'une prise de mesure pouvant conduire à une harmonisation. Cette démarche d'une harmonisation fondée sur la prise de mesure de la part de l'État fédéral dans le cadre de critères minimaux et communs est d'ailleurs demandée par les organes des traités à l'égard de la Suisse. Nous y reviendrons dans notre démonstration au Chapitre 4.

Ainsi, nous allons déterminer principalement la portée des obligations minimales à charge des cantons. Il n'est même plus nécessaire d'analyser l'égalité et l'interdiction de la discrimination en relation avec les différences de traitement cantonal. Si les cantons ne respectent pas ces standards minimaux, les cantons et la Confédération violent avant tout leurs obligations d'une mise en œuvre efficace et effective³⁶⁸. C'est d'ailleurs le même principe lors de l'application du droit fédéral par les cantons. Lorsqu'ils ne disposent que d'une marge de manœuvre limitée pour l'application du droit fédéral, la norme fédérale est censée recevoir une interprétation uniforme, mais par application du principe de la légalité qui impose une mise en œuvre correcte du droit supérieur, et non de l'égalité³⁶⁹. Pour admettre ce contrôle, la marge de manœuvre des cantons dans l'application des obligations internationales doit être limitée. Il sera ainsi question d'analyser uniquement les obligations minimales de mise en œuvre.

L'étude des standards minimaux consistera dans notre étape principale de recherche des critères juridiques conduisant à une harmonisation. Dans un deuxième temps, nous étudierons l'interdiction de la discrimination. Cette interdiction sera étudiée tant au sein d'un même canton qu'entre différents cantons lorsqu'elle sera basée sur le domicile. Ce critère fera l'objet d'explication à la section suivante.

365 WYTENBACH, 2017, p. 148, WYTENBACH, 2018, p. 74ss.

366 WYTENBACH, 2017, p. 152.

367 *ibid.*, p. 155.

368 *ibid.*, p. 153.

369 MARTENET, 2003, p. 130.

2. L'interdiction de la discrimination

Tout d'abord l'interdiction de la discrimination permettra d'apporter un argument supplémentaire en comparant différents groupes de la population au sein d'un même canton. Cette analyse consistera après les standards minimaux le deuxième critère de l'exigence d'harmonisation. Ensuite, elle permettra d'ajouter un troisième argument juridique en comparant les situations de même groupes de la population, mais issus de cantons différents. Cet argument basé sur la comparaison des régimes cantonaux semble aller à l'encontre de la doctrine presque unanime explicitée précédemment. Ainsi, nous ne l'utiliserons que pour appuyer nos conclusions fondées sur les standards minimaux. Cependant, l'affirmation d'une absence totale de comparaison entre régimes cantonaux au titre du principe d'égalité et de l'application de ce principe uniquement devant la même autorité, n'est pas sans reproche. En effet, certains auteurs de doctrine considèrent que l'approche du TF peut soulever des difficultés. HANGARTNER considère que cette pratique n'est pas satisfaisante dans certaines circonstances, notamment en ce qui concerne l'administration de l'État³⁷⁰. BIAGGINI considère que l'approche du TF est trop absolue et qu'elle n'est pas satisfaisante si l'application du droit fédéral est très différente³⁷¹. WEBER-DÜRLER considère que lorsque la Confédération laisse l'application du droit fédéral aux cantons, il existe un risque de pratiques différentes sans justification dans les faits³⁷². Elle estime que cette pratique soulève des problèmes d'inégalité³⁷³. Selon WYTENBACH, la Confédération, elle-même, pourrait être également destinataire d'une obligation d'harmonisation des droits cantonaux en application de l'interdiction de la discrimination dans certains cas particuliers³⁷⁴. Dans ces cas-là, ce n'est pas le niveau cantonal qui est visé, mais le niveau fédéral qui a omis de prévenir une telle discrimination, malgré le fait que nous sommes en présence de domaines de compétences cantonales³⁷⁵.

La constatation d'une discrimination permettra d'ajouter deux arguments à la nécessité d'un contrôle fédéral. Ainsi, notre approche d'analyse de

370 HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts Band II, Grundrechte*, Zurich 1982, p. 186.

371 BIAGGINI, 2017a, p. 150.

372 WEBER-DÜRLER, *Gleichheit*, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, VII/2, Grundrechte in Österreich, der Schweiz und in Liechtenstein*, (Müller/Schäffer, édit.), Heidelberg 2007, p. 229ss, p. 243.

373 WEBER-DÜRLER, 2004, p. 13.

374 WYTENBACH, 2017, p. 154.

375 *ibid.*, p. 155ss.

la discrimination permet à l'image de l'approche de la Professeure WYTTEBACH d'apporter, au débat constitutionnel de l'interdiction de la discrimination entre cantons, un angle de droit international. En effet, comme nous le verrons au Chapitre 4, II, C, les comités expriment parfois des craintes liées aux différences de traitement entre entités fédérales. Cette analyse du principe de l'interdiction de discrimination dans certaines situations complétera l'analyse des standards minimaux pour donner nos critères juridiques à l'harmonisation. Un critère factuel s'ajoutera à ces deux critères juridiques. Nous le présenterons dans la sous-section suivante.

3. Analyse empirique des droits cantonaux

Finalement, pour appuyer cette affirmation quant à la nécessité de prise de mesures de la Confédération, nous analyserons les différentes pratiques législatives cantonales en tant que critère factuel de l'harmonisation. Nous l'appelons ainsi, car ce critère analyse les situations concrètes de mise en œuvre des droits humains par les régimes juridiques cantonaux. Tout d'abord, cela nous permettra de déterminer s'il existe des lacunes de mise en œuvre par les cantons. Il s'agira ainsi d'analyser les lois cantonales en rapport à la réalisation des obligations précédemment définies. S'il existe des lacunes, la nécessité de prise de mesures de la Confédération en sera renforcée. Ensuite, ce critère permettra d'ajouter un deuxième argument appuyant l'exigence d'harmonisation. Si plusieurs cantons ont déjà adopté une forme d'harmonisation, cela pourra constituer un indice supplémentaire pour appuyer nos conclusions. Le fait de légiférer de façon harmonisée ne prouve pas l'exigence de l'harmonisation en tant que telle, mais permet d'étoffer l'affirmation de son existence.

Ce critère permettra de mettre en évidence un processus d'harmonisation selon différents degrés. Selon DELMAS-MARTY, l'on peut être en présence d'une harmonisation faible, lorsque la comparaison des régimes juridiques montre des différences importantes et aller progressivement vers une harmonisation plus poussée quand les différences perdent de l'importance³⁷⁶. En nous inspirant de cette conception, nous mettrons en évidence plusieurs degrés d'harmonisation allant d'une harmonisation déjà très présente et très poussée dans les cantons à une harmonisation faible, voire inexistante.

Pour tirer un argument juridique de l'analyse des pratiques cantonales, nous nous inspirerons des travaux de MARTENET, Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Lausanne. Il a théorisé l'influence sur le sens de droits humains des lois et pratiques des entités fédérées. Nous pouvons

376 DELMAS-MARTY, 2001, p. 33.

rapprocher sa démarche de ce que nous venons d'exposer sur les différents degrés de l'harmonisation. Il estime qu'une influence *bottom-up* peut se manifester dans plusieurs situations. Premièrement, une influence est particulièrement possible lorsque la quasi-totalité ou la majorité des entités fédérées ont opté pour une solution commune dans leurs lois ou pratiques. Mais elle peut être également présente lorsqu'une minorité significative a opté pour une solution commune et même lorsque très peu d'entités fédérées l'ont tout en étant avant-gardistes d'une évolution³⁷⁷. Nous rechercherons ces trois degrés d'harmonisation dans les régimes juridiques cantonaux, car cette analyse comparative, selon cet auteur, peut avoir un impact sur la définition de la portée d'un droit en indiquant une solution à suivre quand certaines conditions sont remplies³⁷⁸.

Ces conditions sont au nombre de quatre³⁷⁹. Trois conditions ne posent pas de difficultés d'application et sont remplies dans notre domaine. Nous allons les passer en revue. La première demande que le domaine du droit soit de la compétence des entités fédérées pour lequel elles jouissent d'une grande autonomie³⁸⁰. C'est bien évidemment le cas en matière d'aide sociale³⁸¹. La deuxième suppose que la question soulevée soit controversée et soit liée à la diversité protégée par la Constitution³⁸². Dans notre domaine la question d'une harmonisation des lois cantonales d'aide sociale et celle de la fixation d'un standard minimum de vie pour l'ensemble du pays sont controversées³⁸³. Cette question est, ensuite, liée à la diversité des pratiques cantonales protégée par la Constitution qui réserve ce domaine à la compétence des cantons selon l'art. 115 Cst. notamment³⁸⁴. Troisièmement, la portée du droit en cause doit être vague³⁸⁵. Dans notre domaine, la portée des droits humains est vague, que ce soit en matière de garantie du minimum de vie proprement dit ou pour les autres droits humains intéressants l'aide sociale comme la protection spécifique des femmes et enfants ou le droit à l'éducation³⁸⁶.

377 MARTENET, *Federalism in Rights Cases*, in *American Journal of Comparative Law* 2019b 67(3), 551ss, p. 573ss.

378 *ibid.*, p. 584.

379 *ibid.*, p. 563ss et 584.

380 *ibid.*, p. 568 et 584.

381 Cf. Introduction, II et III.

382 MARTENET, 2019b, p. 568-569 et 584.

383 Cf. Chapitre 1, III, C et D.

384 Cf. Introduction, II.

385 MARTENET, 2019b, p. 564 et 584.

386 Cf. Chapitres 4 et 5. À tout le moins, d'un degré d'imprécision similaire à l'exemple cité par l'auteur. Il cite l'exemple du 8^{ème} amendement de la Constitution des États-Unis qui interdit les : « *cruel and unusual punishment* » : *ibid.*, p. 564.

Ces trois conditions énoncées par l'auteur semblent ainsi remplies pour notre recherche.

Toutefois, la quatrième condition peut sembler problématique. Selon MARTENET, le droit fondamental fédéral applicable ne doit pas être clairement énuméré ou ancré dans la Constitution³⁸⁷. Or, nous l'avons mentionné, l'art.12 Cst. garantissant une aide d'urgence est expressément prévu. Toutefois, nous le verrons, nous sommes d'avis que la portée de l'art.12 Cst. est manifestement inférieure à celle des droits internationaux que nous analyserons³⁸⁸. Nous pouvons donc conclure que la portée allant au-delà de ce que prévoit l'art.12 Cst. remplit la dernière condition et ne fait pas l'objet de droits clairement ancrés dans la Constitution. Il en va de même des autres droits fondamentaux comme le droit à l'éducation ou la protection des femmes et des enfants, pour lesquels la protection internationale semble aller plus loin³⁸⁹. Ainsi, même si des mandats législatifs sont clairement ancrés dans la Constitution en matière de soutien aux personnes dans le besoin, d'éducation et de protection des femmes et des enfants, les droits sociaux dans la Constitution fédérale ne sont que peu présents,³⁹⁰ et ce notamment sur des aspects garantis par la protection internationale des droits humains. Pour les droits humains appelés sociaux tels qu'ils sont prévus par le droit international, la dernière condition doit être considérée comme remplie. Nous pouvons conclure que si ces critères sont, pour reprendre les mots de MARTENET, « *mostly (...) all met, then the analysis of the situation prevailing in the federated entities may present a certain interest in federal right cases* »³⁹¹. L'analyse de la situation qui prévaut dans les cantons présente donc un intérêt. Cette analyse comparative semble ainsi possible pour notre démarche et pourrait influencer la portée des droits humains en Suisse. Elle sera particulièrement importante pour définir la portée des obligations positives en matière de mandats législatifs (cf. Chapitres 6 et 7).

Pour comprendre l'intérêt concret d'une telle démarche de comparaison pour la démonstration de l'exigence d'harmonisation, nous devons la mettre en parallèle avec la notion de marge d'appréciation. En effet, l'analyse comparative peut servir d'argument pour réduire la marge d'appréciation des cantons pour la mise en œuvre d'un droit humain. À cet égard, il convient de mentionner le lien entre cette démarche avec une pratique interprétative

387 *ibid.*, p. 563-564 et 584.

388 Cf. Chapitre 6, III, F, 2 et Chapitre 8, IV, B, 3, a.

389 Cf. Chapitre 8, IV, B, 3, b à d.

390 Cf. Chapitre 8, II, A.

391 MARTENET, 2019b, p. 569.

connue dans le domaine des droits humains. Il s'agit la recherche du consensus de la Cour européenne des droits de l'homme³⁹², qui permet de déterminer, mais aussi de réduire la marge d'appréciation des États³⁹³. À l'instar de notre critère factuel, cette recherche se fait parfois par des analyses comparatives des lois des États membres³⁹⁴. Selon MARTENET, ces analyses comparatives visent le même résultat : utiliser l'éventuel consensus dans la manière de mettre en œuvre un droit humain pour appuyer ou non une interprétation³⁹⁵. Selon DZEHTSIAROU, la recherche d'un consensus par la CourEDH est identifiée par une analyse comparative des lois et pratiques des États parties. C'est un moyen d'interprétation qui soutient la solution adoptée par la majorité³⁹⁶. La CourEDH analyse les pratiques des États en invoquant même parfois des pratiques différentes au sein des États parties lorsqu'elle évalue l'intérêt public³⁹⁷. Par exemple, la Cour s'est référée aux différences de pratiques des Länder allemands au sujet d'une loi sur le service de pompier de milice³⁹⁸ ou à la situation de l'Écosse, de l'Angleterre, du pays de Galles et de l'Irlande du Nord au sujet de la conservation de l'ADN de personnes non condamnées au Royaume-Uni³⁹⁹. Le fait de se référer aux pratiques des États n'est pas non plus étranger au CDH. Il a déjà souligné des pratiques des États, par exemple face à l'Australie au sujet de la criminalisation de l'homosexualité⁴⁰⁰.

392 Pour des explications sur cette notion : DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge 2015, p. 61, MCGOLDRICK, *A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016 65, 21ss, p. 28ss, WILDHABER, HJARTARSON et DONNELLY, *No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal* 2013 33, 248ss, p. 256.

393 COUREDH (GC), *Affaire Lee c. Royaume-Uni*, n°25289/94, 18 janvier 2001, § 95, COUREDH (GC), *Affaire Evans c. Royaume-Uni*, n°6339/05, 10 avril 2007, § 77, COUREDH (GC), *Affaire T. c. Royaume-Uni*, n°24724/94, 16 décembre 1999, § 72, COUREDH (GC), *Affaire X, Y et Z c. Royaume-Uni*, n°21830/93, 22 avril 1997, § 44, COUREDH (GC), *Affaire Bayatyan c. Arménie*, n°23459/03, 7 juillet 2011, § 122.

394 MCGOLDRICK, 2016, p. 28, pour un exemple clair voir : COUREDH, *Affaire Stübing c. Allemagne*, n°43547/08, 12 April 2012, § 28ss.

395 MARTENET, 2019b, p. 555-558, voir également : COUREDH, *Dialogue Between Judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg 2008, p. 12. À noter que selon MARTENET, cette doctrine de la marge d'appréciation n'a pas été ouvertement développée par une État fédéral pour le moment : MARTENET, 2019b, p. 562.

396 DZEHTSIAROU, 2015, p. 2, 9 et 55.

397 WYTENBACH, 2018, p. 77.

398 COUREDH, *Affaire Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, n°13580/88, 18 juillet 1994, § 28.

399 COUREDH (GC), *Affaire S. et Marper c. Royaume-Uni*, n°30562/04 et n°30566/04, 4 décembre 2008, § 109-110.

400 CDH, *Constatations*, Communication n°488/1992, *Affaire Nicoals Toonen c. Australie*, 25 décembre 1991, § 8.6.

En conjuguant les critères juridiques et factuels, nous mettrons en évidence différents degrés de liberté d'appréciation dans la mise en œuvre des droits humains, allant d'une liberté restreinte quand la moitié des cantons respecte les critères retenus à une liberté plus importante lorsque peu de cantons les suivent. Cependant, même dans ces cas, certaines solutions au vu des critères normatifs des droits humains seront considérées comme des solutions avant-gardistes. Pour compléter ces deux extrêmes, un troisième degré de liberté d'appréciation sera mis en évidence quand une minorité de pratiques cantonales révèle une certaine harmonisation. Pour reprendre l'expression de MARTENET, lorsque plusieurs cantons ont pris les mêmes décisions, ils peuvent être considérés comme des « *trailblazers* » qui « *may indicate a future federal path* »⁴⁰¹. Ces trois degrés d'harmonisation permettront d'ajouter des arguments et de guider notre démonstration dans l'analyse de la teneur normative des droits humains.

Le fait d'inclure une démarche comparative à l'analyse juridique est conforme avec la pratique du Tribunal fédéral⁴⁰². Selon MARTENET, tout en n'étant pas décisive, cette démarche ajoute un élément au raisonnement du TF⁴⁰³. Elle est surtout utilisée afin de déterminer si une solution est justifiée, c'est-à-dire compatible avec le droit fédéral⁴⁰⁴. Selon cet auteur, une analyse comparative des droits cantonaux permettant de déceler un consensus cantonal pourrait à l'image de la pratique consensuelle de la CourEDH, appuyer une interprétation des droits humains dans ce sens⁴⁰⁵. Cet argument peut donc nous aider à répondre à notre question de recherche et démontrer une exigence d'harmonisation. Toutefois, il convient de souligner que cette analyse comparative ne doit pas être comprise comme le seul critère d'interprétation. DZEHTSIAROU parle de présomption réfragable qui nécessite des justifications circonstanciées⁴⁰⁶. Ceci permet d'éviter une tyrannie de la majorité⁴⁰⁷. MARTENET souligne également que lors d'une analyse comparative au sein d'un État fédéral, l'autonomie de l'interprétation d'un droit fondamental reste intacte et l'interprète n'est pas obligé de suivre celles des entités fédérées⁴⁰⁸. Nous reviendrons sur ce critère factuel en tant que méthode

401 MARTENET, 2019b, p. 585.

402 Voir notamment : TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 2A.253/2001, 8 octobre 2002, consid. 4.6.

403 MARTENET, 2003, p. 129.

404 *ibid.*, p. 129, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 123 I 241, 2 septembre 1997, consid. 5d, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 128 I 254, 14 août 2002, consid. 3.6.

405 MARTENET, 2019b, p. 562-563.

406 DZEHTSIAROU, 2015, p. 2 et 9.

407 *ibid.*, p. 55.

408 MARTENET, 2019b, p. 556 et 573.

d'interprétation au Chapitre 3, II, lorsque nous traiterons de l'interprétation des obligations internationales.

C. La mise en œuvre de l'exigence d'harmonisation : les modes d'intégration normative

L'harmonisation telle que nous la comprenons est donc un mode d'intégration normative tendant à orienter et à rapprocher les droits cantonaux vers et autour de principes communs pour obtenir des normes équivalentes, mais pas forcément identiques visant à assurer les standards minimaux des droits humains tout en garantissant une certaine marge d'appréciation. Nous allons prouver l'exigence d'une telle harmonisation par la démonstration de l'obligation juridique de prise de mesures de contrôle de la Confédération par rapport aux droits cantonaux selon les trois groupes de critères expliqués ci-dessus⁴⁰⁹. Toutefois, après la démonstration de l'existence de cette obligation de contrôle, il y a lieu de se poser la question suivante : est-ce que l'harmonisation peut avoir lieu dans les faits ?

Il est nécessaire pour s'assurer d'une mise en œuvre concrète dans les cantons d'avoir des mécanismes concrets⁴¹⁰. Cette affirmation nous renvoie à la question des outils et mécanismes de mise en œuvre de l'harmonisation. Quels sont ces modes d'intégration normative ? Ceux-ci sont intimement liés à la notion de marge d'appréciation. En droit communautaire, ces outils sont par exemple la Directive ou le Règlement⁴¹¹. Pour notre thèse, nous en avons identifié deux qui découlent de l'impact des obligations internationales en Suisse et qui sont prévus par la Constitution. Il s'agit des mesures de surveillance fédérale et du pouvoir de contrôle du TF en matière de droits humains. Ils sont basés sur la prise de mesures de contrôle de la Confédération envers les cantons s'agissant de la mise en œuvre efficace des droits humains.

Il convient de noter que nous devons écarter la solution d'une loi fédérale pour manque de compétence législative de la Confédération comme nous l'avons expliqué au chapitre précédent. Les deux types de contrôle retenus nous semblent pertinents puisqu'ils peuvent avoir potentiellement un impact direct sur les lois cantonales. Le mode principal sera pour nous le contrôle judiciaire du TF en cas de caractère justiciable des normes de droits

409 Les Chapitres 4 à 7 tenteront de démontrer cette exigence.

410 Sur cette idée : SCHMID, *How Upper Levels Strive to Influence Law-Making at the Lower Levels and Why Lower Levels Can't Have Cake and Eat It*, in : *Lawmaking in Multi-level Settings Legislative Challenges in Federal Systems and the European Union*, (Popelier/Xanthaki/Uhlmann/João/Robinson, édit.), Baden-Baden 2019, p. 43ss, p. 50.

411 MIALOT et DIMA EHONGO, 2004, p. 27.

humains⁴¹². Ces modes sont en fin de compte les conséquences de notre démonstration de l'existence de l'obligation de prise de mesures de la Confédération sur les droits cantonaux. Ils seront ainsi discutés dans notre Chapitre 9 de conclusion sur nos résultats. Cette obligation et ces modes d'intégration seront étudiés dans le domaine de l'aide sociale au sens large. Nous allons présenter notre domaine de recherche à la section suivante.

II. Le domaine étudié de l'aide sociale

Dans ce chapitre, nous décrirons notre domaine de recherche. Nous l'avons déjà évoqué en introduction. Toutefois, il est nécessaire d'apporter des précisions ici quant à la différence entre aide sociale au sens strict et au sens large d'une part. Nous allons commencer par définir la notion d'aide sociale au sens large (Sous-section A). Ensuite, nous nous arrêterons sur la notion d'aide sociale au sens strict (Sous-section B). D'autre part, il est nécessaire d'apporter des précisions sur les autres prestations sous condition de ressources qui seront retenues (Sous-section C). Enfin, nous proposerons un survol du rôle des communes (Sous-section D) et des régimes applicables aux étrangers (Sous-section E).

A. L'aide sociale au sens large

Nous présenterons ici les principales caractéristiques de l'aide sociale au sens large qui comprend l'aide sociale au sens strict et également les autres prestations sous condition de ressources. Cela nous permettra de circonscrire notre domaine de recherche dans les droits cantonaux. Tous les cantons accordent des prestations dans le cadre de l'aide sociale publique aux personnes en situation de précarité. Comme nous l'avons vu au chapitre introductif, l'aide sociale est de compétence cantonale. Les articles 12 et 115 Cst. sont les bases constitutionnelles principales des législations cantonales d'aide sociale. Les cantons sont tenus en vertu de ces dispositions de prévoir de telles aides⁴¹³.

Nous l'avons déjà brièvement mentionné : une distinction doit être faite entre aide sociale au sens large ou étendue et aide sociale au sens étroit ou strict, ou aussi aide sociale économique. En Suisse, on compte bon nombre de prestations sous condition de ressources qui interviennent en amont de l'aide sociale et permettent de réduire ses charges au vu du principe de subsidiarité

412 Le Chapitre 8 traitera de cette notion.

413 HOFER et OFS, 2006, p. 33, SCHLANSER et OFS, 2017, p. 5.

de cette institution⁴¹⁴. La notion étendue d'aide sociale comprend l'ensemble de ces prestations sous condition de ressources agissant en amont ainsi que l'aide sociale au sens strict. C'est-à-dire toutes les prestations versées par les cantons pour lutter contre la pauvreté. L'aide sociale économique est l'élément central de l'aide sociale au sens large auquel viennent s'ajouter d'autres prestations sous condition de ressources. En prenant en compte l'aide sociale étendue, on parvient à avoir une vue d'ensemble plus précise du système d'aide sociale en Suisse. Cette aide sociale au sens large sert de base à la statistique de l'aide sociale. Elle est également utilisée au niveau législatif, par exemple à l'art. 34 al.2 de l'Ordonnance sur la péréquation financière et la compensation des charges⁴¹⁵.

Nous reprendrons la définition utilisée par DUBACH, PESCH et PFISTER dans le cadre d'une publication de l'OFS pour délimiter les prestations sous conditions de ressource dans le cadre de cette étude. Nous allons nous concentrer uniquement sur les prestations sociales définies par la législation cantonale (1^{ère} condition), octroyées sous condition de ressources (lorsque des individus en situation économique difficile ne sont pas capables de subvenir eux-mêmes à leurs besoins, 2^{ème} condition) qui se rapportent aux personnes (aide directe, 3^{ème} condition) et versées en espèces (4^{ème} condition)⁴¹⁶. Cette délimitation nous permet de laisser de côté les prestations fédérales, communales ou privées et les aides orientées objet, telles que les subventions à des infrastructures sociales. Elle permet ainsi de délimiter clairement notre domaine de recherche tout en analysant des prestations cantonales versées en espèce à des particuliers qui sont plus pertinentes pour notre famille Harmonie. Les aides en nature et les aides non matérielles (comme le conseil ou le soutien) sont mises de côté également par cette délimitation, ce qui simplifie notre recherche. En outre, cette ancienne délimitation de l'OFS a l'avantage d'inclure notamment les prestations sous condition de ressources poursuivant comme but la prévention de la pauvreté. On pense par exemple aux prestations financières permettant l'accès aux prestations publiques de base⁴¹⁷. Or, parmi ces dernières, on trouve les aides à la formation et à l'éducation qui ont, nous le verrons, une grande importance en matière de lutte et de prévention de la pauvreté et qui feront l'objet de notre thèse. L'aide sociale au sens

414 SCHLANSE et OFS, 2017, p. 5.

415 *ibid.*, p. 5 et Ordonnance sur la péréquation financière et la compensation des charges (OPFCC), RS n°613.21, 7 novembre 2007a.

416 DUBACH, PESCH, PFISTER et OFS, Les prestations sociales sous condition de ressources allouées dans les cantons suisses en 2007, Inventaire au 01.01.2007, Neuchâtel 2007, p. 9, voir également HOFER et OFS, 2006, p. 9.

417 La nouvelle délimitation exclut ces prestations : SCHLANSE et OFS, 2017, p. 6.

large comprend donc l'aide sociale au sens étroit et les autres prestations sous condition de ressources. Nous approfondirons l'aide sociale au sens étroit lors de la section suivante.

B. L'aide sociale au sens strict

Nous allons présenter les caractéristiques principales de l'aide sociale au sens strict. Tout d'abord, l'aide sociale vise plusieurs buts : garantir le minimum vital, promouvoir la responsabilité individuelle, l'intégration sociale et l'insertion professionnelle⁴¹⁸. Nous l'avons vu, elle suit le principe de subsidiarité par rapport à toutes les autres prestations sociales, mais aussi par rapport à l'initiative personnelle et à l'assistance de tiers⁴¹⁹.

Ce renvoi à l'initiative personnelle est également inscrit dans la Constitution à son art. 6 qui prévoit que « *[t]oute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'État et de la société* ». Cet article est dû à la volonté du Parlement de souligner l'importance de la responsabilité individuelle face à l'expansion de l'État providence et à l'augmentation des charges dues aux prestations sociales⁴²⁰. Il doit être compris comme une disposition pouvant servir à l'interprétation d'autres dispositions, mais n'a pas d'effet contraignant⁴²¹. Il fait référence à la subsidiarité des prestations étatiques⁴²². Nous devons donc garder le principe de subsidiarité à l'esprit lors de l'analyse de droit aux prestations. Le principe de subsidiarité des aides aura notamment une grande importance en matière de sanctions⁴²³. Toutefois, la deuxième phrase de l'article 6 vient contrebalancer cette affirmation libérale de la Constitution en faisant appel à la solidarité non seulement des individus, mais également des autorités législatives ou judiciaires⁴²⁴. Solidarité et subsidiarité sont donc des notions importantes à prendre en compte lors de l'analyse de l'institution de l'aide sociale au sens strict.

Ensuite, l'aide sociale suit le principe de finalité qui veut que l'origine du besoin ne joue pas de rôle pour le droit à la prestation. De plus, seule la situation de besoin concrète et individuelle est déterminante selon le principe de l'individualisation de l'aide sociale. Ce principe prend également en compte

418 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 5ss.

419 HOFER et OFS, 2006, p. 33.

420 GÄCHTER et RENOLD-BUCH, Art. 6 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 3.

421 *ibid.*, § 7.

422 *ibid.*, § 10.

423 Cf. Ch. 6, III, F, 3.

424 GÄCHTER et RENOLD-BUCH, 2015, § 11 et 12.

les conditions locales⁴²⁵. Pour déterminer le droit à l'aide sociale, sont généralement pris en compte tous les revenus et une partie de la fortune. Certains cantons sont précis sur les catégories de revenus à prendre en compte alors que d'autres non⁴²⁶. Dans tous les cantons, l'aide sociale financière est déterminée dans son montant par la différence entre la somme des revenus et le montant considéré comme minimum vital nécessaire aux frais d'entretien. De plus, l'aide sociale est en général remboursable⁴²⁷.

Pour présenter les différents postes du budget de l'aide sociale, nous pouvons nous référer aux recommandations, servant de référence au calcul des prestations de l'aide sociale, publiées par la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS)⁴²⁸. Selon le TF, « [l]es NCSIAS tendent à assurer aux bénéficiaires non seulement le minimum vital, soit la couverture des besoins fondamentaux englobant toutes les dépenses courantes nécessaires à l'entretien du ménage, mais aussi le minimum social visant à leur donner la possibilité de participer à la vie active sociale, en favorisant la responsabilité de soi et l'effort personnel »⁴²⁹. Ainsi, le budget de l'aide sociale comprend le minimum social et des prestations de type incitatif. Le minimum social comprend premièrement la couverture des besoins matériels de base. Ils sont composés des frais de logement, des frais médicaux de base et d'un forfait pour l'entretien. Il comprend de plus des prestations circonstanciées déterminées selon la situation individuelle, par exemple des frais de garde des enfants ou des frais spéciaux liés à une maladie. Les prestations à caractère incitatif sont composées de suppléments d'intégration et de franchises sur le revenu⁴³⁰.

Nous l'avons mentionné, les systèmes cantonaux d'aide sociale au sens strict sont très différents⁴³¹. Comme les NCSIAS ont pour but d'harmoniser les droits cantonaux, elles peuvent servir de base à une analyse empirique de ces droits et de leurs différences. Nous verrons dans quelle mesure les cantons suivent réellement ces principes. Notre critère factuel de l'harmonisation sera analysé à l'aide des instruments harmonisateurs existants dans le système suisse tel que les NCSIAS pour l'aide sociale au sens strict. Chaque autre prestation choisie sera également analysée en détail à l'aide de tels instruments. Nous pouvons maintenant présenter ces autres prestations sous conditions de ressources choisies que nous étudierons et expliquer la raison de ce choix.

425 HOFER et OFS, 2006, p. 33.

426 *ibid.*, p. 34.

427 *ibid.*, p. 35.

428 *ibid.*, p. 33.

429 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 I 129, 12 février 2010, consid. 6.4.

430 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 182.

431 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 13.

C. Les autres prestations sous condition de ressources

Nous l'avons déjà évoqué, des différences importantes entre cantons sont présentes s'agissant du nombre et du type de prestations sous condition de ressources prévues. Les habitants de Suisse n'ont pas tous accès aux mêmes prestations⁴³². Or ces prestations jouent un grand rôle dans la couverture du minimum vital et sur le revenu disponible, comme nous l'avons expliqué dans notre introduction à l'aide de l'exemple de Madame Harmonie. Si ces prestations ne sont pas prévues par la législation cantonale, notre famille devra s'adresser à l'aide sociale qui présente également beaucoup de différences intercantionales.

Deux autres circonstances plaident en faveur d'une couverture par des prestations en amont de l'aide sociale. Lorsque l'aide sociale doit prendre en charge ces montants, ils sont généralement inférieurs et doivent être remboursés⁴³³. De plus, les bénéficiaires de l'aide sociale sont plus stigmatisés que ceux qui touchent des prestations sous condition de ressources et certains potentiels bénéficiaires ont honte de la demander⁴³⁴. Ces circonstances peuvent avoir une influence sur le taux de non-perception de l'aide sociale et donc sur l'accès à ces prestations. Nous y reviendrons au Chapitre 6, III. Ces circonstances plaident pour une inclusion dans notre thèse des prestations sous condition de ressources en amont de l'aide sociale. Il existe plusieurs catégories de prestations sous condition de ressources. Nous reprendrons pour cette étude les catégories élaborées par WYSS⁴³⁵. Nous pensons aux prestations sociales garantissant l'accès aux prestations publiques de base, aux prestations accordées lorsque les prestations d'assurances sociales s'avèrent insuffisantes ou ont été épuisées, et aux prestations allouées en complément à une protection privée insuffisante. Cette distinction est aussi reprise par le Conseil fédéral⁴³⁶ et par les cantons comme par exemple le canton de Vaud⁴³⁷.

Parmi ces différentes prestations, lesquelles retenir dans cette thèse ? Il nous faut en effet cibler notre étude en raison du nombre de prestations sous condition de ressources existant dans les cantons. Nous l'avons expliqué précédemment, nous nous basons sur l'ancienne délimitation de l'OFS pour

432 *ibid.*, p. 5.

433 HOFER et OFS, 2006, p. 37.

434 LUCAS, LUDWIG, CHAPUIS, MAGGI et CRETTEZ, *Le non-recours aux prestations sociales à Genève, Quelles adaptations de la protection sociale aux attentes des familles en situation de précarité?*, Genève 2019, p. 182ss.

435 Cité par HOFER et OFS, 2006, p. 11.

436 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 33-34.

437 CANTON DE VAUD, *Rapport social vaudois 2017*, Lausanne 2017, p. 66.

justement inclure les prestations destinées à garantir un accès à des prestations publiques de base au vu de leur impact sur la pauvreté. Selon le Conseil fédéral, ces prestations font partie des prestations sous conditions de ressources qui ont une importance particulière pour prévenir efficacement le recours à l'aide sociale⁴³⁸. Comme le niveau de formation est un des facteurs déterminants par rapport au risque de dépendre de l'aide sociale⁴³⁹, il est pertinent d'étudier ces prestations dans le cadre de notre thèse qui part du constat de l'incidence de la pauvreté sur les droits humains. En plus des prestations destinées à garantir un accès à des prestations publiques de base, comme les aides à la formation, nous allons nous concentrer sur deux autres types de prestations sous condition de ressources. Il s'agit des avances sur contribution d'entretien et des prestations complémentaires familles. Elles ont aussi un grand impact pour lutter contre la pauvreté⁴⁴⁰. Premièrement, les avances sur pensions d'entretien ont un impact fort pour les ménages monoparentaux qui sont surreprésentés parmi les ménages pauvres. Deuxièmement, les aides à la formation sont primordiales pour encourager une meilleure formation chez les jeunes et ainsi leur éviter de recourir à l'aide sociale. Troisièmement, les prestations complémentaires pour famille jouent aussi un grand rôle pour lutter contre la pauvreté des familles⁴⁴¹. Elles permettent ainsi d'éviter d'une part aux familles monoparentales de s'adresser à l'aide sociale dans certains cas, d'autre part encore de soutenir les familles en général, et finalement d'éviter que l'aide sociale ne finance des formations pour placer les jeunes dans une situation de formation et non d'assistance⁴⁴². Nous allons donc nous concentrer sur ces trois types de prestations à l'image du Conseil fédéral dans son rapport relatif à l'adoption d'une loi-cadre pour l'aide sociale que nous avons cité. Les enjeux de leur harmonisation sont les plus importants en pratique au vu de leur influence sur la réduction de la pauvreté et de leur importance pour prévenir efficacement le recours à l'aide sociale.

D'autres raisons plaident en faveur de l'étude de ces trois prestations en particulier. Chacune de ces prestations correspond à une des trois catégories de prestations sous condition de ressources, ce qui permet ainsi une analyse étendue et diversifiée des systèmes cantonaux. De plus, l'étude de ces prestations permet une analyse étendue des obligations internationales de la Suisse

438 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 33-46.

439 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 79.

440 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 37.

441 *ibid.*, p. 37.

442 *ibid.*, p. 37-44. Le Conseil fédéral cite un bon exemple d'harmonisation entre aide sociale et aides à la formation : FORJAD dans le canton de Vaud.

en matière de droits humains⁴⁴³. Une dernière raison tient dans le fait qu'elles prennent en compte la situation de notre famille Harmonie de manière particulièrement complète. En effet, les prestations complémentaires familles, nous le verrons, sont établies dans le but de soulager les familles de *working poor*. Ensuite, Madame Harmonie est divorcée et ne touche pas de pensions de son ex-mari. Enfin, son enfant pourra avoir besoin de bourse d'études, en grandissant.

Nous reviendrons en détail sur ce que prévoient les droits cantonaux en la matière dans notre démonstration en les analysant également à l'aide des instruments harmonisateurs existants. Les avances sur contributions d'entretien et les bourses d'études sont versées dans tous les cantons, alors que les prestations complémentaires pour famille ne sont versées qu'au Tessin, à Soleure, dans le canton de Vaud et à Genève⁴⁴⁴. Nous pouvons, dans les sous-sections suivantes, présenter brièvement leurs caractéristiques.

1. Les prestations sociales garantissant l'accès aux prestations publiques de base : en particulier les bourses d'études ou subsides de formation

Les aides à la formation s'inscrivent dans la catégorie des prestations pour un accès aux prestations publiques de base⁴⁴⁵. Ce type de prestations est très important pour la lutte contre la pauvreté. Un accès effectif à l'éducation est une condition fondamentale pour lutter contre la pauvreté de manière efficace⁴⁴⁶. L'éducation est un des moyens les plus capables d'enrayer le « *cercle vicieux de la misère* »⁴⁴⁷. Le Comité des droits sociaux, économiques et culturels a souligné que « *l'éducation est le principal outil qui permette à des adultes et à des enfants économiquement et socialement marginalisés de sortir de la pauvreté* »⁴⁴⁸.

443 Par exemple, pour ne parler que du PIDESC : les articles 9 et 11 PIDESC pour l'aide sociale au sens strict, l'art. 10 PIDESC pour les prestations complémentaires pour famille et l'art. 13 PIDESC pour les aides à la formation et à l'éducation. D'un point de vue des prestations financières pour l'accessibilité économique des droits humains, il manque principalement l'art. 12 PIDESC sur le droit à la santé. Cependant, en Suisse, la LAMal joue le rôle principal en la matière. Comme il s'agit d'une loi fédérale, elle n'entre pas dans la définition retenue de la prestation sous condition de ressources de notre thèse.

444 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 37.

445 *ibid.*, p. 33. L'OFS en présente trois autres : les subsides pour l'assurance maladie, l'aide aux victimes d'infraction, l'assistance judiciaire.

446 GERDS, 2012a, p. 125.

447 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 133-136. Voir aussi Chapitre 1, I, B, 3 où cette notion a déjà été mentionnée.

448 CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, 8 décembre 1999, § 1.

En Suisse, un des facteurs déterminants par rapport au risque de dépendre de l'aide sociale est le niveau de formation⁴⁴⁹. De même, la qualification professionnelle constitue une donnée importante dans la lutte contre la pauvreté⁴⁵⁰. Ainsi, la pauvreté est intrinsèquement liée au niveau de formation en Suisse⁴⁵¹. Selon la Conférence suisse des institutions d'action sociale, l'accès à la formation et à l'éducation est une priorité pour la prévention de la pauvreté⁴⁵². Selon le Conseil fédéral, la formation des jeunes est très importante pour éviter un recours à l'aide sociale⁴⁵³.

En règle générale, la formation des enfants est à la charge des parents. Cependant, quand ceux-ci ne disposent pas des moyens suffisants, des prestations publiques subsidiaires entrent en compte⁴⁵⁴. Ainsi ces aides jouent un rôle majeur dans la prévention de la pauvreté⁴⁵⁵ et visent à réduire les inégalités sociales dans le domaine de la formation⁴⁵⁶. Ces aides peuvent avoir une grande incidence sur le respect de certains droits humains, comme le droit à l'éducation et à la formation, mais également sur la mise en œuvre de tous les droits humains⁴⁵⁷. Des subsides de formation sont octroyés dans l'ensemble des 26 cantons pour financer une formation ou les frais de subsistance des étudiants. Ils prennent la forme de bourses d'études sans obligation de remboursement ou de prêts remboursables soumis ou non à des intérêts⁴⁵⁸. Il y a beaucoup de différences entre les cantons, notamment en ce qui concerne les bourses ou prêts d'études, la prise en compte de l'efficacité économique, la limite d'âge, le type de formation donnant droit à une aide ou encore la prise en considération de la situation économique des parents⁴⁵⁹. De plus, les montants ne permettent que dans peu de cas d'assurer un niveau de vie suffisant et doivent donc être complétés par l'aide sociale (or, celle-ci n'a pas le rôle de

449 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 79, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 41.

450 CSIAS, Document de base de la CSIAS, Bourses d'études plutôt qu'aide sociale, Pour un soutien efficace des adolescents et des jeunes adultes, Berne 2011a, p. 5.

451 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 8.

452 CSIAS, 2011a, p. 1.

453 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 41.

454 *ibid.*, p. 41, ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 5, CDIP, 2009, p. 1.

455 CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 1, cf. également KÁLIN et KÜNZLI, The law of international human rights protection, 2^e éd., Oxford 2019, p. 409, la CSIAS considère que « *la formation des jeunes a une priorité absolue dans la prévention de la pauvreté* » : CSIAS, 2011a, p. 2.

456 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 5.

457 CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 1.

458 HOFER et OFS, 2006, p. 15.

459 *ibid.*, p. 15.

financer des formations)⁴⁶⁰. Les lois cantonales seront analysées en lien avec l'instrument harmonisateur existant en la matière : l'Accord intercantonal sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études (concordat sur les bourses d'études) qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2013.

2. Les prestations en complément d'assurances sociales : en particulier les PCFam

Les aides aux familles s'inscrivent dans une autre catégorie de prestations sous condition de ressources qui a pour but de compléter les prestations allouées par les assurances sociales⁴⁶¹. Elles sont prévues dans plusieurs cantons pour des familles dont les ressources sont faibles⁴⁶². Il existe plusieurs formes d'aides ayant en commun d'être octroyées aux familles avec enfant à charge dont le revenu est inférieur à une limite déterminée⁴⁶³. Il y a trois sous-catégories d'aides pour familles. Ce sont les allocations maternité, les prestations complémentaires et les fonds pour familles⁴⁶⁴.

Les allocations de maternité consistent en des contributions s'adressant aux parents d'enfants en bas âge. Ces prestations sont limitées dans le temps. En 2014, seuls douze cantons versent de telles prestations⁴⁶⁵. Par exemple, des prestations destinées à la garde des enfants. Elles sont prévues pour les parents voulant assumer la garde de leurs enfants, mais qui ne le peuvent pas pour des raisons économiques⁴⁶⁶. Les fonds pour familles n'existent quant à eux que dans deux cantons, Vaud et le Valais⁴⁶⁷. Nous ne traiterons pas de ces prestations. Nous nous concentrerons sur les prestations complémentaires pour familles. Les prestations complémentaires familles s'étalent sur plusieurs années et soutiennent les familles à un niveau supérieur au minimum vital⁴⁶⁸. Elles ont pour but non pas de compenser une perte de gain, mais de maintenir une activité lucrative. Elles ne remplacent donc pas le revenu, mais le complètent tout en incitant à continuer une activité lucrative⁴⁶⁹. Les PCFam correspondent à la différence entre les dépenses reconnues et les revenus déterminants. Ce sont des prestations spéciales en espèce à caractère non

460 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 41.

461 *ibid.*, p. 33.

462 *ibid.*, p. 42-43.

463 HOFER et OFS, 2006, p. 26-27.

464 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 20.

465 *ibid.*, p. 20.

466 HOFER et OFS, 2006, p. 25.

467 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 20.

468 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 42-43.

469 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 20, FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 6.

contributif⁴⁷⁰. En l'absence de régime fédéral en la matière, plusieurs cantons ont adopté des prestations complémentaires pour famille en dehors de l'aide sociale pour compléter leur stratégie de lutte contre la pauvreté. Ce manque a été identifié par quatre cantons : le Tessin, Soleure, Vaud⁴⁷¹ et Genève⁴⁷².

Au vu de ces situations cantonales très différentes et des enjeux que ces aides représentent pour notre thèse, elles constitueront un terrain privilégié des pratiques cantonales dans les chapitres suivants. De plus, les prestations complémentaires pour famille suscitent un vif intérêt dans de nombreux cantons suisses. Comme le montre une étude de la CSIAS, dix-sept interventions politiques de 2006 à 2014 ont eu lieu. C'est-à-dire que, mis à part les quatre cantons les prévoyant déjà, seuls cinq n'ont pas abordé le sujet⁴⁷³. Ce domaine présente un fort potentiel d'harmonisation. Pour analyser les lois cantonales, nous nous baserons également sur des instruments établis pour inciter les cantons à une harmonisation. Il s'agit des recommandations de la CDAS en la matière et d'un modèle de la CSIAS.

3. Les prestations allouées en complément à une protection privée insuffisante : en particulier les ACE

Les avances sur pensions d'entretien font partie de la dernière catégorie de prestations sous condition de ressources des cantons, celles qui visent à compléter une protection privée insuffisante comme par exemple dans les cas d'obligations de droit civil. Il s'agit notamment des avances sur contributions d'entretien, mais aussi des aides aux mineurs et des aides au logement (même si elles facilitent l'accès à un bien, ce régime est régi par le droit privé)⁴⁷⁴. Nous allons nous concentrer sur les avances sur pensions alimentaires pour les raisons déjà exposées précédemment. L'art. 293 CC oblige les cantons à mettre en place des avances sur pensions alimentaires pour l'entretien des enfants lorsque les parents ne remplissent pas leurs devoirs d'entretien. Ces prestations publiques visent à garantir les droits de l'enfant et des conjoints quand le débiteur ou la débitrice ne respecte pas ses obligations de droit privé. Cette aide est composée de deux éléments qui sont liés : une aide au recouvrement et des avances sur les contributions. Pour la première institution, la réglementation est de la compétence de la Confédération. Nous nous concentrerons donc sur la deuxième institution, soit la réglementation du versement des

470 CDAS, 25 juin 2010, p. 11-12. CSIAS, 2011b, p. 5.

471 GNAEGI, 2012, p. 223.

472 SCHLANSE et OFS, 2017, p. 20.

473 *ibid.*, p. 21.

474 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 33.

avances pour l'entretien qui est du ressort des cantons au sens de l'art.293 al.2 CC pour l'entretien de l'enfant, et des art.131 al.2 CC et 34 al.4 LPart pour les conjoints⁴⁷⁵. Nous le verrons au Chapitre 7, de grandes différences entre cantons sont présentes, même si tous les cantons les prévoient⁴⁷⁶.

Comme nous l'avons mentionné, ces avances peuvent avoir un grand impact sur la capacité économique d'une famille et de son niveau de vie. De plus, cette prestation joue un rôle très important pour la sauvegarde des conditions d'existence des familles monoparentales qui sont nettement plus touchées par la pauvreté que le reste de la population⁴⁷⁷. Ces foyers monoparentaux touchés par la pauvreté sont plus souvent des femmes élevant seules leurs enfants⁴⁷⁸. Ces aides ont un grand intérêt en matière de protection des droits humains, notamment pour ceux des enfants. Nous en traiterons aussi dans notre démonstration et nous nous baserons également sur un instrument harmonisateur pour notre critère factuel. Il s'agit de recommandations de la CDAS en la matière.

D. Le rôle des communes

Notre définition de l'aide sociale au sens large se concentre sur les prestations cantonales. Nous n'allons pas dans cet ouvrage nous concentrer sur le rôle des communes. Toutefois, il faut avoir à l'esprit que dans certains cantons elles jouent un rôle important dans le financement de l'aide sociale⁴⁷⁹. Ces charges financières peuvent être importantes pour certaines communes ce qui peut les inciter à revoir leurs prestations à la baisse⁴⁸⁰. De plus, il peut exister aussi des différences entre des régimes communaux au sein d'un même canton, surtout lorsque certaines communes ont quitté la CSIAS⁴⁸¹. Ces deux problématiques ont d'ailleurs été soulignées récemment par le secrétaire général de la CSIAS lors de la Conférence nationale sur les recommandations du Pacte

475 *ibid.*, p. 37, CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, 28 juin 2013, p. 6-7. CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 3.

476 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 7, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 37.

477 En 2012 : 26% des foyers monoparentaux étaient touchés par ce phénomène, contre 7,8% pour la population ordinaire : CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 3.

478 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 6.

479 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 180.

480 WOLFFERS, Réformes et nouveaux défis pour l'aide sociale, in Revue de l'Office fédéral des assurances sociale, sécurité sociale, CHSS 6/2015 2015, 316ss, p. 317.

481 GULDIMANN, Aide sociale: mesures jugées nécessaires par la Confédération, in *ibid.*, 313ss, p. 313.

I organisée par le Secrétariat d'État à l'économie le 3 décembre 2020⁴⁸². Toutefois, comme nous venons de le dire, le rôle des communes dépasse le domaine de recherches de cette thèse. Nous n'en parlerons donc pas davantage.

E. Le régime applicable en matière de droit des étrangers

Nous n'allons pas traiter en détail la situation des personnes relevant du droit des étrangers pour plusieurs raisons (Sous-section 1). Nous allons, toutefois, présenter brièvement les principaux enjeux qui peuvent se poser en matière d'aide sociale et d'aide d'urgence pour les personnes concernées par le droit des étrangers⁴⁸³ (Sous-section 2).

1. Les raisons d'une exclusion de ce domaine pour notre recherche

Trois raisons nous ont poussés à exclure l'analyse des régimes applicables aux étrangers dans cette thèse. Premièrement, la compétence en matière des étrangers est fédérale s'agissant de l'entrée, mais aussi du séjour et de l'établissement. La Confédération a donc une compétence législative exhaustive pour ce domaine du droit et les cantons n'ont plus que des compétences d'exécution⁴⁸⁴. Toutefois, la question de savoir si la Confédération dispose d'une compétence globale s'agissant de toutes les questions en rapport avec le statut des étrangers même en présence de compétences cantonales comme en matière d'aide sociale aux étrangers est plus compliquée⁴⁸⁵. Certains auteurs comme BIAGGINI sont d'avis que cette compétence est globale⁴⁸⁶. ACHERMANN est plus nuancé. Il estime que la Confédération ne dispose pas de compétence pour des domaines de compétences cantonales comme la scolarité primaire ou la protection sociale des étrangers⁴⁸⁷. Il est d'avis que les interventions du législateur fédéral en matière de conditionnement de l'aide sociale et de l'aide d'urgence pour les étrangers uniquement présents en Suisse pour chercher

482 SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Conférence nationale sur les recommandations du Pacte I, 10h40 à 11h45.

483 Pour une analyse détaillée de ces questions pour les réfugiés, les demandeurs d'asile, les personnes admises temporairement et les demandeurs d'asile déboutés en Suisse : cf. GORDZIELIK, *Sozialhilfe im Asylbereich : zwischen Migrationskontrolle und menschenwürdiger Existenzsicherung*, Zurich, Bâle, Genève 2020.

484 ACHERMANN, Art. 121 BV, in : *Basler Kommentar Bundesverfassung*, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 7 et § 14-15, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 I 392, 21 novembre 2003, consid. 3.3.

485 ACHERMANN, 2015, § 18.

486 BIAGGINI, 2017g, § 9.

487 ACHERMANN, 2015, § 18-21.

en emploi⁴⁸⁸ et pour ceux soumis au régime de la Loi sur l'asile⁴⁸⁹ sont particulièrement problématiques d'un point de vue de la répartition des compétences⁴⁹⁰. Même si la compétence est en partie cantonale, il n'en demeure pas moins qu'une grande partie du droit en matière d'aide sociale pour les étrangers est fédéral. Ainsi, ce domaine s'éloigne de notre volonté d'analyser des régimes de droits cantonaux.

Deuxièmement, les NCSIAS ne concernent pas les requérants d'asile, les personnes admises provisoirement et les Suisses de l'étranger⁴⁹¹. Comme nous l'avons mentionné, ces normes vont nous servir de base à une analyse empirique de ces droits cantonaux. Ainsi, pour cette raison également il se justifie de ne pas traiter des régimes applicables aux étrangers. Enfin, il existe aussi des raisons purement simplificatrices pour permettent de restreindre notre domaine de recherche. En effet, les statuts du droit des étrangers sont complexes et leur analyse multiplierait à l'excès les démarches de recherches. Ce choix est certes une limite à notre thèse que l'on pourrait regretter, mais nous sommes d'avis qu'il est nécessaire de restreindre notre analyse pour obtenir une analyse plus ciblée des droits cantonaux.

2. Les enjeux de l'aide sociale et l'aide d'urgence pour les étrangers (survol)

Même si nous n'allons pas inclure l'étude du régime du droit des étrangers dans cette thèse, nous allons survoler les enjeux principaux auxquels font face les étrangers en matière de garanties des conditions de vie minimales en Suisse au vu de la très grande importance du lien entre la pauvreté, la migration et le respect des droits humains de ces personnes. En effet, ces régimes affectent profondément les droits humains des personnes étrangères⁴⁹².

Parmi les conséquences sur les droits humains, deux sont à mentionner. Premièrement, les personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire auxquelles un délai de départ est notifié sont exclues du régime de l'aide sociale et ne peuvent toucher que l'aide d'urgence⁴⁹³. Or, son montant est très

488 Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI), RS n°142.20, 16 décembre 2005, art.29a.

489 Loi fédérale sur l'asile (LAsi), RS n°142.31, 28 juin 1998, art.81ss.

490 ACHERMANN, 2015, § 21.

491 CSIAS, Recommandations à l'intention des autorités d'aide sociale des cantons, des communes, de la Confédération et des institutions sociales privées, NCSIAS, 4^e éd., Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, p. 3.

492 NGUYEN, Chapitre 5 Aide sociale et aide d'urgence, in : Code annoté de droit des migrations, Volume IV, (Amarelle/Nguyen, édit.), Berne 2015, p. 516ss, p. 517.

493 Loi fédérale sur l'asile (LAsi), RS n°142.31, art.82 al.1.

faible et est critiqué par le CESCR⁴⁹⁴ et par les ONG en Suisse⁴⁹⁵. Ensuite, une autre problématique que nous pouvons relever par rapport aux droits humains des personnes étrangères et l'aide sociale tient au fait qu'ils sont fortement dissuadés de la demander. En effet, comme le rappelle la Plateforme des ONG suisses pour les droits humains, « *selon les critères d'intégration de la LEI*⁴⁹⁶, un recours à l'aide sociale peut entraîner une révocation de l'autorisation d'établissement ou le retrait du permis de séjour. Ne pas bénéficier de l'aide sociale est aussi une de conditions qui autorise le regroupement familial. Il est donc à craindre que de nombreuses personnes étrangères en détresse, notamment des victimes de violences domestiques, ne recourent pas au soutien des institutions spécialisées (ex. refuges) par crainte de dépendre de l'aide sociale »⁴⁹⁷. Cette situation affecte l'accès de ces personnes à l'aide sociale et a été également critiquée par le CESCR⁴⁹⁸.

Nous avons brièvement survolé les enjeux principaux auxquels font face les personnes de nationalité étrangère en rapport avec l'aide sociale. Une harmonisation des pratiques cantonales pourrait ici aussi avoir une importance au vu du fait que le fédéralisme rende cette matière très complexe⁴⁹⁹. Nous n'allons pas, comme nous l'avons dit, traiter plus en avant le régime du droit des étrangers avec l'exception notable des questions relatives au montant de l'aide d'urgence⁵⁰⁰. Ces considérations peuvent ainsi intéresser par analogie les personnes sensibles à la situation des étrangers.

Après avoir expliqué la notion d'harmonisation et celle d'aide sociale, nous devons maintenant passer à la définition de l'obligation internationale et de son interprétation. Nous avons en effet besoin de clarifier ces concepts pour pouvoir répondre à la question de recherche qui se concentre sur une exigence découlant d'une obligation internationale. Après avoir présenté cette notion, tous les éléments nécessaires à la compréhension de notre question seront définis : harmonisation, aide sociale et exigence d'une obligation internationale.

494 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 38 et 39.

495 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, 2019b, § 58 et § 175.

496 Cf. par exemple pour le regroupement familial Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI), RS n°142.20, art. 43, 44, 45, 85 al. 7, pour la révocation des autorisations : *ibid.*, art. 62, 63 et pour l'interdiction d'entrée : *ibid.*, art. 67 al. 2.

497 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, 2019b, § 125ss.

498 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 42 et 43.

499 NGUYEN, 2015, p. 517.

500 Cf. Chapitre 6, III, F, 2.

Chapitre 3 :

L'obligation internationale et son interprétation

Comme l'exigence d'harmonisation découle d'une obligation internationale, nous avons besoin de connaître cette notion (section I) et comment interpréter une telle obligation (section II) pour pouvoir répondre à notre question. Ces développements permettront d'identifier les critères juridiques (Chapitres 4 et 5) et les critères factuels (Chapitres 6 et 7) d'une obligation pour la Confédération de prendre des mesures de contrôle face aux droits cantonaux de l'aide sociale au sens large en vue d'une harmonisation.

I. L'obligation internationale

Afin d'avoir une incidence juridique sur les droits cantonaux, l'exigence d'une harmonisation doit découler d'une obligation internationale. Dans cette section, nous allons commencer par définir la notion d'obligation internationale (Sous-section A). Ensuite, nous discuterons des effets d'un traité international, notamment de la relation de ces obligations avec le droit interne suisse et nous évoquerons les particularités du respect des obligations internationales dans un système fédéral en rapport avec le respect de l'autonomie des cantons (Sous-section B).

A. La notion

Pour appréhender la notion d'obligation internationale, il nous faut tout d'abord revenir à ses fondements et à la théorie des sources (Sous-section 1). Ensuite, nous présenterons en particulier, parmi ces sources, le traité international. Nous évoquerons sa définition et le régime de la CVT à son égard (Sous-section 2). Finalement, nous présenterons les traités sur lesquels notre démonstration se basera et les raisons de ce choix (Sous-section 3).

1. Le fondement et la théorie des sources

Le droit international fait naître des obligations juridiques à l'égard des États. D'où viennent ces obligations ? Nous pouvons simplement retenir que, quel que soit son fondement, le droit international est un droit positif existant

« parce qu'il est reconnu comme tel par les États (...) et par les juges, nationaux et internationaux »⁵⁰¹. Pour pouvoir considérer qu'une règle entre dans cette notion de droit positif, il convient de se pencher sur la notion de source du droit international. Les sources formelles sont des « *procédés d'élaboration du droit* » qui permettent de considérer que telle ou telle règle fait partie du droit positif⁵⁰². Les différentes sources du droit international sont traditionnellement définies à l'aide de l'art. 38 du statut de la CIJ⁵⁰³. Les traités occupent une place prépondérante dans la protection internationale des droits humains⁵⁰⁴. Parmi les sources formelles, ils sont : « *l'instrument le plus formalisé et l'expression la plus tangible de l'assentiment des parties au caractère obligatoire des dispositions qu'il contient* »⁵⁰⁵. Nous allons nous concentrer sur cette source formelle du droit.

D'autres documents seront utiles à notre démarche et qui permettent d'interpréter les traités. Nous procéderons à une discussion plus détaillée des outils d'interprétation dans la Section II. Il s'agit de *soft law* sous la forme par exemple de déclarations et recommandations des organisations internationales. Ces documents sont souvent importants pour l'interprétation du droit écrit⁵⁰⁶. Ces recommandations expriment la conviction juridique commune des États de l'organisation en question et doivent donc être prises en compte lors de l'interprétation de droits humains⁵⁰⁷. Dans le domaine du *soft law*, une attention particulière sera portée aux documents des organes des traités. Ces documents et notamment les observations générales sont centrales pour comprendre les obligations internationales des traités et sont un moyen auxiliaire indispensable pour l'interprétation⁵⁰⁸. Ces textes non contraignants

501 DAILLIER, PELLET et FORTEAU, *Droit international public : formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires, responsabilité, règlement des différends, maintien de la paix, espaces internationaux, relations économiques, environnement*, 8^e éd., Paris 2009, p. 100.

502 On les oppose aux sources matérielles qui renvoient aux fondements sociologiques des normes internationales. Elles ne sont pas du droit positif, mais elles participent à son émergence : *ibid.*, p. 124-125.

503 DUPUY, 2014, p. 293. Même si cet article présente une grande importance au vu des très nombreux États parties au Statut, il a ses limites. Il ne fournit notamment pas une liste exhaustive des sources formelles (les actes unilatéraux des États et les décisions des organisations internationales n'y sont pas mentionnés). Voir à ce sujet : DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 126.

504 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 33.

505 DUPUY, 2014, p. 294.

506 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34.

507 *ibid.*, p. 65, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 118 Ia 64, 12 février 1992, consid. 2a.

508 KELLER, *General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy*, in : *UN Human Rights Treaty Bodies*, (Keller, édit.), Cambridge 2012a, p. 116ss, p. 117-118.

auront une grande importance pour l'interprétation des traités, mais avant de les examiner il convient de présenter cette source formelle.

2. Le traité international : définition et application du régime de la CVT

Avant toute chose, il convient de rappeler la définition d'un traité. C'est « *un accord de volontés qui crée, modifie ou abroge des règles régies par l'ordre juridique international et qui est conclu par des entités ayant la capacité de s'engager sur le plan de cet ordre* »⁵⁰⁹. Les traités font naître des obligations juridiques pour les parties⁵¹⁰. Cette définition est de nature coutumière et contient quatre conditions : la conclusion d'un accord, la qualité de sujet de droit international des parties et la création d'effets de droit, ces effets devant être soumis au droit international⁵¹¹.

Les règles générales du droit des traités ont été codifiées par la CVT⁵¹². Elle reprend des règles coutumières préexistantes. La CVT ajoute à son art.2 des aspects formels à la définition des traités. La CVT s'applique uniquement aux conventions en la forme écrite entre États⁵¹³. La CVT est, *a priori*, applicable aux traités des droits humains⁵¹⁴, même si, nous le verrons, des méthodes d'interprétation spécifiques sont à prendre en compte pour ce type de traité⁵¹⁵. L'étude de la notion d'obligation internationale se fera à l'aide des dispositions de cette convention. Mais avant d'y arriver nous devons présenter lesquels de ces traités feront l'objet de notre analyse.

3. Les traités pertinents pour notre démonstration

Nous l'avons expliqué à la Section I, A du Chapitre 1, de nombreux traités ou textes internationaux dans le domaine des droits humains ont un impact considérable sur la pauvreté, sans forcément mentionner expressément ce

509 PERRIN, 1999, p. 90.

510 *ibid.*, p. 112.

511 DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 132, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), 10 octobre 2002, § 263.

512 Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT), RS n°0.111, 23 mai 1969.

513 GAUTIER, 1969 *Vienna Convention, Article 1, Scope of the Present Convention in : The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a Commentary*, (Corten/Klein, édit.), 1^{ère} éd., Oxford 2011, p. 21ss, p. 22, DUPUY, 2014, p. 296, DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 134-135.

514 BÄCHLER, A paraître, p. 10, WYTENBACH, 2017, p. 12.

515 FITZMAURICE, Chapter 31, *Interpretation of Human Rights Treaties*, in : *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, (Shelton, édit.), 1^{ère} éd., Oxford, New York 2013, p. 739ss, p. 739.

phénomène⁵¹⁶. Certains textes prévoient des concepts clefs dans la lutte contre la pauvreté comme le droit à la nourriture, le droit à la santé, le droit à l'éducation ou encore le droit à la sécurité sociale⁵¹⁷. Ces droits sont traditionnellement considérés comme des DESC. La pauvreté a un impact évident sur leur jouissance⁵¹⁸. Toutefois, certains droits humains issus traditionnellement des droits civils et politiques sont également touchés et concernés par les situations de pauvreté⁵¹⁹. Les traités protégeant les droits humains considérés comme des droits civils et politiques conservent donc un rôle pour notre thèse par rapport à différentes garanties qu'ils prévoient. Nous pensons par exemple à l'interdiction de la discrimination, la notion de domicile, de vie privée ou de traitements dégradants ; notions qui peuvent avoir une influence sur la pauvreté⁵²⁰. Comme la pauvreté a un lien direct et évident avec les droits humains traditionnellement considérés comme des DESC, nous donnons la priorité aux traités internationaux les prévoyant. Toutefois, au vu du rôle de l'ensemble des droits humains dans la lutte contre la pauvreté, nous étudierons également certains textes et garanties traditionnellement rattachés aux droits civils et politiques. Ces liens entre le phénomène de la pauvreté et l'ensemble des droits humains, quelle que soit leur catégorie traditionnelle mettent en évidence le principe d'interdépendance et d'indivisibilité de ces droits⁵²¹. La pauvreté est un exemple de situation qui illustre clairement le principe d'interdépendance des droits humains⁵²². Nous étudierons donc une large palette de traités internationaux dont les champs d'application se chevauchent. Comme le dit KÄLIN, même si une situation peut sembler claire suivant quel traité s'applique, la réalité est souvent plus complexe⁵²³.

Par rapport à ces sources internationales applicables en Suisse en matière de droits humains, il existe des traités au niveau universel et des traités régionaux. Parmi les traités universels, deux sont généraux : le PIDESC et le PIDCP. À côté de ces deux traités généraux, il existe des traités spéciaux qui protègent soit des droits humains spécifiques soit des groupes de personnes

516 SCHMID, A paraître 2020, p. 17.

517 NADAKAVUKAREN SCHEFER, 2013, p. 9, SCHMID, A paraître 2020, p. 17, CESCR, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, § 1.

518 Voir ROMAN, 2012, p. 104, qui parle même d'une atteinte évidente.

519 GERDS, 2012a, p. 134.

520 SCHMID, A paraître 2020, p. 17.

521 Nous le verrons en détail au Chapitre 8, II, B, 1.

522 GERDS, 2012b, p. 181, voir aussi : RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 176.

523 KÄLIN, Examination of State Reports, in : UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, (Keller, édit.), Cambridge 2012, p. 16ss, p. 50.

spécifiques⁵²⁴. La Suisse a ratifié plusieurs de ces conventions⁵²⁵. Elle a ratifié les deux Pactes de l'ONU⁵²⁶ et notamment la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁵²⁷, la Convention relative aux droits de l'enfant⁵²⁸ et la Convention relative aux droits des personnes handicapées⁵²⁹. Au niveau du Conseil de l'Europe, la Suisse est partie à la CEDH⁵³⁰.

Parmi les traités ratifiés par la Suisse, nous avons choisi de nous concentrer sur quatre d'entre eux. Le PIDESC sera une source privilégiée d'analyse au vu de la pertinence et de la proximité des droits qui y sont garantis pour le domaine de l'aide sociale. De plus, deux conventions protégeant des groupes spécifiques de la population (enfants et femmes) seront également évoquées de manière prépondérante de par leur pertinence pour notre exemple de la famille Harmonie et pour nos prestations sous conditions de ressources choisies. La Convention protégeant les personnes en situation de handicap sera évoquée quand son analyse pourra apporter des arguments à notre démonstration. Le PIDCP et la CEDH seront également analysés notamment au Chapitre 8 qui traite de la justiciabilité des obligations internationales. Ces deux derniers traités permettront d'illustrer clairement le rôle pour notre thèse que peuvent jouer les droits humains appelés de manière traditionnelle : civils et politiques.

S'agissant de la Constitution suisse, bien qu'il soit évident qu'elle occupe une place très importante en matière de garanties fondamentales, voire aussi importante que les garanties internationales⁵³¹, nous n'allons pas la traiter directement dans le cadre de cette étude qui a pour question de recherche de savoir si une exigence d'harmonisation découle de la protection internationale des droits humains. Cette approche ne pose pas de problème puisqu'il

524 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 36ss

525 WILSON, L'applicabilité des droits économiques, sociaux et culturels garantis par le Pacte ONU I in PJA 2010, 1503ss, p. 1503-1504, pour un aperçu des traités de droit international en la matière : DUBEY, Droits fondamentaux, Vol. 1, Bâle 2018, p. 58ss.

526 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), RS n°0103.1, 16 décembre 1966b et Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), RS n°0.103.2, 16 décembre 1966a.

527 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), RS n°0.108, 18 décembre 1979.

528 Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), RS n°0.107, 20 novembre 1989.

529 Convention relative aux droits des personnes handicapées, RS n°0.109, 13 décembre 2006.

530 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS n°0.101, 4 novembre 1950.

531 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 3.

est admis généralement que les garanties constitutionnelles découlent également du droit international⁵³². Ces garanties internes tendent même à être complétées, voire supplantées par les garanties internationales⁵³³, de telle sorte que nous ne les aborderons qu'indirectement en tant qu'elles mettent en œuvre les garanties internationales. Dans la jurisprudence du TF en effet, nous le verrons, il est parfois difficile de distinguer sur quelle base il se fonde pour admettre une protection découlant des droits humains tant ces deux types de sources peuvent parfois être proches. C'est dans ce sens que la jurisprudence du TF en matière de droits fondamentaux sera intégrée à notre analyse : en tant qu'elle concrétise un aspect d'un droit constitutionnel qui se recoupe avec un droit international. Ces références à la jurisprudence de notre Haute Cour seront particulièrement utiles au Chapitre 8 se concentrant sur la justiciabilité.

Nous avons défini le caractère obligatoire des traités et indiqué lesquels nous permettrons de démontrer des obligations à la charge de la Confédération. Il convient désormais de présenter les effets de ces traités pour le système juridique suisse.

B. Les effets des traités en droit suisse

Cette section comporte quatre sous-sections. La première sous-section présentera le principe de l'effet obligatoire des traités et la responsabilité internationale. Ensuite, nous présenterons les liens entre ces obligations et le droit interne. Il conviendra de s'arrêter à cet égard sur les particularités du système fédéral suisse dans une autre sous-section pour pouvoir proposer une synthèse en dernière sous-section.

1. « Pacta sunt servanda » et la responsabilité internationale

L'art. 26 CVT prévoit que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi⁵³⁴. On peut désigner cette exigence par la locution latine *pacta sunt servanda*⁵³⁵. Elle est concrétisée dans les articles introductifs

532 MOLINARI, Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung. Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion, in Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg 2018 384, 330ss, p. 331, BIAGGINI, Art. 116 BGG, in : Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, (Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler, édit.), 3^e éd., Bâle 2018, § 17.

533 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 3.

534 CIJ, Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), 25 septembre 1997, § 142, RAMCHARAN, The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law, Leiden 2011, p. 17ss, WYTTEBACH, 2017, p. 12.

535 ZIEGLER, 2015, p. 98, DUPUY, 2014, p. 326ss, DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 238.

des conventions des droits humains⁵³⁶, comme l'art.2 § 1 PIDESC⁵³⁷, l'art.3 §2 et 4 CRC⁵³⁸ ou l'art.2 CEDEF⁵³⁹. Elle l'est également dans la jurisprudence. La CIJ l'a notamment définie de manière claire : « *le principe de bonne foi oblige les Parties à appliquer [le traité] de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint* »⁵⁴⁰. Pour exécuter des obligations internationales, l'État prend dans son droit interne des mesures nécessaires, comme l'adoption de règles ayant un contenu conforme, ou la modification ou l'abrogation de lois contraires⁵⁴¹. Une mise en œuvre insuffisante est donc définie par l'absence de mesures étatiques exigées par le principe de la bonne foi⁵⁴². En relation avec notre thèse, nous démontrerons que la Confédération doit prendre des mesures étatiques pour exécuter de bonne foi ses obligations. Si la Suisse ne respecte pas ses obligations découlant de traités qu'elle a conclus et ne prend pas des mesures exigées par le principe de l'exécution de bonne foi, elle engagera sa responsabilité internationale qui peut entraîner des conséquences juridiques⁵⁴³. Un État peut être responsable d'une action ou d'une omission⁵⁴⁴ et cela concerne également le législateur⁵⁴⁵. La responsabilité internationale est d'ailleurs la concrétisation principale de la manière qu'a le droit international d'interagir avec le droit national des États⁵⁴⁶.

Nous avons expliqué l'effet contraignant des traités. Nous pouvons maintenant expliquer les rapports entre ces obligations et le droit interne.

536 Ces articles n'ont pas d'importance indépendante et doivent être considérés comme accessoires et lus à la lumière des garanties substantielles des traités respectifs, voir WYTTENBACH, 2017, p. 104.

537 Au sujet de la nature des obligations de l'art.2 PIDESC voir : CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, 1990, § 1ss.

538 Pour des développements relatifs aux mesures d'application générales de la CDE et notamment de l'art.4 voir : CDE, Observation générale n°5, Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art.4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003, § 1ss.

539 Au sujet de l'art.2 de la CEDEF voir : CEDEF, Recommandation générale n°28, CE-DAW/C/GC/28, § 1ss.

540 CIJ, Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), § 142, la CIJ a également confirmé le lien entre le respect de la règle *pacta sunt servanda* et la bonne foi, par exemple : CIJ, Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique), 27 août 1952, p. 212.

541 PERRIN, 1999, p. 823.

542 WYTTENBACH, 2017, p. 84.

543 AGNU, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe à la Résolution n°56/83, 2001, art.1ss, DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 848ss.

544 AGNU, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe à la Résolution n°56/83, art.2.

545 PERRIN, 1999, p. 812-813, SCHMID, 2016, p. 7, SCHMID, 2019, p. 49.

546 SCHMID, 2019, p. 49.

2. Les rapports entre obligations internationales et droit interne

Cette question a fait l'objet d'un rapport du Conseil fédéral en 2010 qui explique la problématique⁵⁴⁷. Le Conseil fédéral précise que la relation entre le droit international et le droit national dépend de trois éléments : la validité, l'applicabilité et le rang⁵⁴⁸. Le premier élément, celui de la validité pose la question de savoir si le droit international acquiert force de loi immédiate à l'intérieur de l'État ou bien s'il doit être repris par un acte de droit national. Le deuxième détermine si la norme en question peut être directement appliquée par les autorités et les tribunaux. Enfin, le dernier élément explique ce qu'il se passe lors d'un conflit de normes : le droit international prime-t-il le droit national ou est-ce l'inverse⁵⁴⁹?

Premièrement, s'agissant de la validité, la Suisse met en œuvre le droit international selon une conception moniste⁵⁵⁰. L'art. 5 al. 4 Cst. prévoit que la Confédération et les cantons respectent le droit international. Ce n'est pas nécessairement cet article qui indique l'orientation moniste de la Suisse. C'est bien plus les articles 190 Cst. et 189 al. 1 let. b Cst. qui traduisent une expression claire de cette orientation⁵⁵¹ que le TF a confirmée⁵⁵². Le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale va également dans ce sens, tout comme la doctrine⁵⁵³. Les règles de droit international font donc automatiquement partie intégrante du droit national. Aucune procédure spéciale n'est requise pour que le droit international entre en force sur le plan interne. Les traités doivent être valablement conclus et approuvés par l'Assemblée fédérale (art. 166 Cst.)⁵⁵⁴. Des droits découlant des dispositions internationales

547 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États et du postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2018, La relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2010.

548 *ibid.*, p. 2087, CAFLISCH, DFAE et DDIP, La pratique suisse en matière de droit international public 2011, Berne 2013, p. 5.

549 CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2087, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 5.

550 PÉTERMANN, Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Berne 2014, p. 14, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2103.

551 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 8.

552 Par exemple : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 140 I 305, 15 septembre 2014, consid. 11, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 127 II 177, 1^{er} mai 2001, consid. 2c), TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 94 I 669, 22 novembre 1968, consid. 2.

553 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 1996, p. 136, WYTENBACH, 2017, p. 283, TSCHUMI et SCHINDLER, Art. 5 BV, Rz. 57-100, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich, § 66.

554 CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2103, PÉTERMANN, 2014, p. 14.

peuvent être invoqués par les particuliers, si elle sont directement applicables, dès leur entrée en vigueur⁵⁵⁵. Le droit international est donc immédiatement valable.

Ensuite, il faut examiner le troisième aspect de la relation entre droit interne et international : le rang. Cette question est complexe et certains aspects sont controversés, notamment les règles de conflits. Il nous faut apporter tout d'abord le principe de la primauté du droit international. Au niveau de la Constitution, il n'y a pas de règle expresse sur la question⁵⁵⁶. L'art. 5 al. 4 Cst. retient simplement que la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international et l'art. 190 Cst. n'est pas une règle de hiérarchie des normes⁵⁵⁷. La primauté du droit international découle plutôt du droit international lui-même et du principe présent à l'art. 26 CVT de *pacta sunt servanda*⁵⁵⁸ que nous avons exposé en début de section. Le TF estime que : « [s]elon la jurisprudence et la doctrine dominante, le droit international conventionnel prime le droit interne. Un État qui s'engage par traité doit en respecter les clauses sans considération de la teneur de son droit interne »⁵⁵⁹ et que « [c]e principe découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne »⁵⁶⁰. Ainsi, le principe de primauté du droit international est généralement accepté en Suisse⁵⁶¹.

Toutefois, le système suisse admet la possibilité de conflits entre les deux types de règles. Cela signifie que les règles de droit interne ne sont pas automatiquement nulles lorsqu'elles sont contraires au droit international. Il s'agit ainsi d'un monisme modéré et non radical dans lequel les normes du droit interne contraires seraient nulles⁵⁶². Or, aucune règle de conflit n'est prévue par la Constitution. Il convient d'appliquer les règles reconnues par la doctrine et par la pratique⁵⁶³. Ces règles font l'objet de discussions. Il n'y a

555 PERRIN, 1999, p. 827. CONSEIL FÉDÉRAL, Troisième rapport sur la Suisse et les Conventions du Conseil de l'Europe, FF 1984 I 792, 1984, p. 799.

556 PÉTERMANN, 2014, p. 17.

557 CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2106-2107.

558 PÉTERMANN, 2014, p. 18, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 117 Ib 367 ; JdT 1993 I p. 273, 15 novembre 1991, consid. 2e), TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 138 II 524, 19 septembre 2012, consid. 5.1.

559 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 111 V 201, 23 octobre 1985, consid. 10.2.

560 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 131 V 66 1^{er} février 2005, consid. 3.2.

561 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 457, CONSEIL FÉDÉRAL, 1996, p. 137, TSCHUMI et SCHINDLER, 2014, § 74, AUBERT et MAHON, 2003, p. 50, pour une jurisprudence récente : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 144 II 293, 3 août 2018, consid. 6.3.

562 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 5 et 8 et les références citées. Pour la différence entre le monisme modéré et radical voir : WYTTENBACH, 2017, p. 232.

563 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 138 II 524, p. consid. 5.1, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 457, CONSEIL FÉDÉRAL, 1996, p. 136.

pas de controverse sur un éventuel conflit entre le droit cantonal ou intercantonal et le droit international. Le droit cantonal est subordonné à tout le droit fédéral⁵⁶⁴. Comme le droit international fait partie du droit fédéral mentionné à l'art. 49 Cst., il l'emporte sur le droit cantonal⁵⁶⁵. Cette affirmation est le point central de la discussion pour notre thèse qui traite des droits cantonaux. Il reste à mentionner les règles de conflits en relation avec les lois fédérales et la Constitution. Elles suscitent plus de discussions⁵⁶⁶. Par rapport au niveau constitutionnel, une révision de la Constitution n'est pas possible si elle entre en conflit avec du droit international impératif (art. 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst.). La question de savoir quelle norme appliquer si un conflit apparaît entre une disposition d'un traité qui ne fait pas partie de ce droit impératif et la Constitution peut rester ouverte dans le cadre de cette thèse qui se concentre sur les droits cantonaux. Nous pouvons retenir qu'une révision constitutionnelle qui n'est pas conforme à un traité engage la responsabilité de la Suisse, sauf si elle le dénonce ; ce qui n'est possible que pour certains traités⁵⁶⁷. Au niveau des lois fédérales, la jurisprudence du TF postule en règle générale la primauté du droit international, assortie d'exceptions, notamment quand le législateur fédéral a, en connaissance de cause, adopté une norme contraire à un traité⁵⁶⁸.

564 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9-10, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2016, par exemple au sujet de normes constitutionnelles cantonales : MALINVERNI, *Démocratie directe et droits de l'homme*, in : *Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht: Festschrift für Andreas Auer zum 65. (Stämpfli, édit.)*, Berne 2013, p. 453ss, p. 457.

565 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 457, SCHEIDEGGER, *Les cantons et l'exécution des jugements de la Cour EDH : le point de vue cantonal*, in : *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons: Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone*, (Besson/Belser, édit.), Genève 2014, p. 185ss, p. 186, BIAGGINI, *BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2017h, p. 538, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 II 243, 2 février 2009, consid. 3.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 109 V 224, 18 octobre 1983, consid. 5, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 96 II 4, 12 mars 1970, consid. 3b.

566 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 458-461.

567 *ibid.*, p. 458-459, le TF précise que dans le domaine des droits humains cette situation est particulièrement problématique, voire même difficile à assumer et que la manière de procéder est peu claire : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 16, 12 octobre 2012, consid. 4.2.2 et 5.2.1. La doctrine est d'ailleurs partagée sur quelle norme doit prévaloir. Certains auteurs sont pour une primauté du droit constitutionnel, directement applicable, postérieur à un traité : BAUMANN, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung: am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz*, Zurich 2002, § 362. D'autres rejettent cette hypothèse : KÜNZLI, *Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen*, in *RDS 2009 128(1)*, 47ss, p. 71ss.

568 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 10, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2107, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 460-461.

Il s'agit de la jurisprudence *Schubert*⁵⁶⁹, qui a été répétée plusieurs fois⁵⁷⁰. Cette jurisprudence est très critiquée en doctrine et contraire au principe de l'effet contraignant des traités précités⁵⁷¹. Elle a été relativisée, voire même contredite par le Tribunal fédéral en particulier en matière de droits humains⁵⁷². HOTTELIER estime même qu'elle est désormais sans aucune pertinence suite au rejet net du peuple et des cantons de l'initiative populaire «*Pour l'autodétermination*» le 25 novembre 2018⁵⁷³. Ces règles de conflits et leurs conséquences feront l'objet d'une analyse détaillée dans notre Chapitre 9 en tant que leurs applications engendrent une harmonisation des droits cantonaux lorsqu'elles le sont à l'aide de modes d'intégration normative.

Nous pouvons retenir, en accord avec la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral, qu'en règle générale, lorsque le droit interne n'est pas conforme au droit international les règles du droit international priment les normes internes⁵⁷⁴. Cette affirmation est *a fortiori* applicable dans le cas d'un conflit entre le droit cantonal et le droit international. Lorsqu'un tel conflit apparaît, l'effet principal de cette primauté est appelé le contrôle de constitutionnalité⁵⁷⁵ (ou de conventionalité). Les tribunaux, s'ils sont saisis, vérifient dans ce cas si la Suisse ou les cantons respectent leurs obligations, imposées par les conventions internationales⁵⁷⁶.

Le fait que la Suisse soit organisée selon un système fédéral nécessite d'autres développements que la simple primauté du droit international ou fédéral sur les droits cantons.

569 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 461, le TF a estimé que : « *[e]ssendo pacifico che l'Assemblea federale era cosciente dell'eventuale rilevanza sotto il profilo del diritto internazionale della regolamentazione da essa posta in essere, non incombe al Tribunale federale d'analizzare tale aspetto* » : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 99 Ib 39, 2 mars 1973, consid. 4.

570 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 144 II 293, consid. 6.3, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 125 II 417, 26 juillet 1999, consid. 4d, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 111 V 201, consid. 2b. Les conditions d'application n'étaient, toutefois, pas remplies dans ces cas.

571 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 461.

572 *ibid.*, p. 462, MALINVERNI, 2013, p. 462, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 16, consid. 5.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 138 II 524, consid. 5, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 II 241, 26 janvier 2010, consid. 16.1.

573 HOTTELIER, La juridiction constitutionnelle fédérale, in : Droit constitutionnel suisse, (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 1095ss, p. 1123-1124.

574 PERRIN, 1999, p. 811.

575 PÉTERMANN, 2014, p. 23.

576 *ibid.*, p. 23, pour un exemple concernant du droit cantonal adopté postérieurement à un traité : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 II 243, consid. 3.1.

3. Les particularités de l'effet des traités au sein du système fédéral suisse

Les États peuvent s'organiser à l'interne comme bon leur semble, nous l'avons vu au Chapitre 1, le droit international des droits humains est en règle générale neutre s'agissant du fédéralisme. Mais comment la Suisse gère-t-elle la conclusion et la mise en œuvre des traités internationaux ? Selon l'art. 54 Cst., la Confédération est compétente pour conclure des traités internationaux même dans le domaine de compétence des cantons⁵⁷⁷. L'État fédéral est ainsi représenté avant tout par le gouvernement fédéral en matière de traités internationaux et non par ses entités fédérées. D'un point de vue international, la Confédération délègue aux cantons la mise en œuvre des obligations contractées⁵⁷⁸.

S'agissant de la mise en œuvre à l'interne dans des domaines de compétences cantonales, les législations et la nature des prestations étatiques peuvent être différentes selon les entités fédérales. Cet aspect entre dans la marge d'appréciation des dispositions conventionnelles⁵⁷⁹. Cependant, certains standards doivent être respectés⁵⁸⁰. Les traités lient les parties sur l'ensemble de leur territoire selon l'art. 29 CVT⁵⁸¹. Les États ne peuvent pas invoquer leur organisation interne comme la répartition des compétences constitutionnelles pour se soustraire à leurs obligations internationales (art. 27 CVT)⁵⁸². C'est-à-dire que l'État fédéral ne peut pas invoquer la répartition de compétence constitutionnelle entre les différents niveaux étatiques pour s'exculper d'une mise en œuvre insuffisante d'une obligation⁵⁸³. Ceci est confirmé dans le domaine des droits humains par des clauses fédérales négatives affirmant que les dispositions du traité s'appliquent, sans limitation ni exception aucunes, à toutes les entités fédérées⁵⁸⁴. Les art. 28 du Pacte ONU I et 50 du Pacte ONU II prévoient de telles clauses⁵⁸⁵. Ainsi, même si les cantons jouissent

577 WYTTEBACH, 2017, p. 272.

578 *ibid.*, p. 9.

579 *ibid.*, p. 134.

580 Ces standards seront expliqués dans la démonstration au chapitre suivant.

581 ZIEGLER, 2015, p. 98, DUPUY, 2014, p. 330, FERRIN, 1999, p. 820.

582 WYTTEBACH, 2017, p. 157-158, DUPUY, 2014, p. 329, WYTTEBACH, 2017, p. 103, le Comité des droits sociaux déduit aussi de l'art. 27 CVT le principe de l'impossibilité d'invoquer le droit national pour justifier un manquement à une obligation internationale du Pacte : CESCR, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 3, WYTTEBACH, 2017, p. 71, DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 254-255.

583 WYTTEBACH, 2017, p. 26 et 103, CIDH, Affaire Garrido et Baigorria c. Argentine, 27 août 1998, § 46.

584 WYTTEBACH, 2017, p. 25.

585 *ibid.*, p. 21ss.

d'une autonomie qui caractérise le fédéralisme⁵⁸⁶, ils sont tenus, de par la Constitution de respecter le droit international. Dans ce contexte, nous pouvons citer la Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération⁵⁸⁷. Selon l'art. 7 LFPC, les cantons sont tenus de procéder à temps aux adaptations nécessaires⁵⁸⁸. Donc les obligations découlant des traités internationaux s'appliquent dans le domaine de compétence des cantons. La Confédération doit s'assurer que les cantons agissent conformément à ces obligations au risque de voir sa responsabilité engagée sans possibilité d'invoquer la répartition des compétences internes.

4. La synthèse

Il convient de synthétiser les développements précédents par rapport à notre domaine. Le système suisse du monisme modéré implique que les cantons peuvent édicter des lois contraires au droit international, même si en faisant cela ils engagent la responsabilité internationale de la Confédération et la Confédération est seule responsable au niveau international⁵⁸⁹. La Confédération doit répondre des omissions et actes de tous ses organes y compris les entités fédérées comme les cantons et leurs actes lui sont imputables⁵⁹⁰. En cas de transfert des compétences, la Suisse conserve la responsabilité⁵⁹¹. En effet, l'État doit faire en sorte que les droits soient protégés de manière effective sur son territoire et toute attitude passive à cet égard peut engager sa responsabilité internationale⁵⁹². Ainsi, le principe de *pacta sunt servanda* peut entrer en conflit avec la répartition des compétences internes⁵⁹³. Cependant, les cantons sont tout de même tenus par la Constitution de mettre en œuvre le droit international. Pour ne pas engager sa responsabilité, la Confédération

586 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 320ss.

587 Cf. Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (LFPC), RS n°138.1, 22 décembre 1999.

588 SCHEIDEGGER, 2014, p. 188.

589 CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2087-2090, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 5-7, WYTTEBACH, 2017, p. 10, WYTTEBACH, 2018, p. 69, SCHEIDEGGER, 2014, p. 186, BESSON, 2014a, p. 18-20.

590 AGNU, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe à la Résolution n°56/83, art. 2 et 4ss.

591 BESSON, 2014a, p. 18-20, TULKENS et VAN DROUGHENBROECK, 2014, p. 288-289, MARTENET, Art. 2 CEDEF, in: CEDEF, La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif: commentaire, (Hotte-lier/Lempen/Hertig Randall, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019a, p. 47ss, p. 52.

592 RENUCCI, Droit européen des droits de l'homme : surveillance au travail et Convention européenne des droits de l'homme, in Recueil Dalloz 2018 3, 138ss, p. 138.

593 WYTTEBACH, 2017, p. 11, WYTTEBACH, 2018, p. 44.

a intérêt à une bonne mise en œuvre de ses obligations internationales de la part des cantons⁵⁹⁴. La Confédération peut et doit prendre les mesures nécessaires pour mettre en œuvre de bonne foi ses obligations dans toutes les collectivités qui font partie de son territoire⁵⁹⁵. À cet égard, deux mesures principales seront analysées : la surveillance fédérale et le contrôle judiciaire. Dans le cadre du contrôle judiciaire, des règles de conflits seront applicables. Ces dernières ne sont pas controversées en matière de conflit entre droit cantonal et droit international. Nous reviendrons sur ces éléments au Chapitre 9. Ayant expliqué les effets d'une obligation internationale et la relation de ces effets avec notre démonstration, il convient maintenant de présenter la manière dont nous allons les interpréter. Ces développements seront nécessaires pour déterminer quelle sera la portée des obligations internationales applicables et donc leurs effets en droit interne.

II. L'interprétation juridique d'une norme des droits humains

L'application du droit international public nécessite dans une large mesure l'interprétation⁵⁹⁶ et les traités des droits humains prévoient souvent des standards à texture ouverte. Des outils interprétatifs doivent être utilisés pour déterminer la portée des obligations qui en découlent⁵⁹⁷. Pour introduire l'interprétation juridique, il nous semble intéressant de reprendre en substance l'exposé du Professeur ABI-SAAB, ancien juge *ad hoc* à la CIJ, dans le cadre d'un colloque organisé par l'Université de Genève les 4 et 5 octobre 2018 sur l'interprétation évolutive dans différents systèmes juridiques internationaux. Il a rappelé qu'elle devait se comprendre en plusieurs étapes. La première consiste en une étape de connaissance nous permettant de délimiter les sens possibles d'une disposition. Ensuite, comme le sens des mots n'est jamais univoque, une autre étape est nécessaire : celle du choix entre ces différents sens. Mais comment faire ce choix ?

Nous allons exposer dans cette section des outils nous permettant de guider ce processus d'interprétation pour faire un choix sur le sens à considérer des garanties des droits humains. Ces outils qu'ils soient définis au niveau

594 WYTTENBACH, 2017, p. 135.

595 *ibid.*, p. 135.

596 DUPUY, 2014, p. 349.

597 MCCALL-SMITH, *Interpreting International Human Rights Standards, Treaty Body General Comments as a Chisel or a Hammer*, in : *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, (Lagoutte, édit.), Oxford 2017, p. 27ss, p. 27.

international ou national, doivent être compris comme des directives⁵⁹⁸. L'utilisation de ces méthodes permettra de guider l'argumentation de nos chapitres de démonstration. Nous commencerons par présenter le régime applicable à l'interprétation des conventions internationales dans le domaine des droits humains (Sous-section A). Ensuite, nous préciserons les méthodes d'interprétation applicables (sous-section B). Ensuite, nous nous arrêterons sur les outils d'interprétation pour notre démonstration (Sous-section C).

A. Les règles d'interprétation des conventions des droits humains

Les règles s'appliquant à l'interprétation peuvent être trouvées au niveau international dans la CVT et sont considérées de nature coutumière⁵⁹⁹. Les règles du droit des traités de la CVT s'appliquent aux conventions en la forme écrite entre États⁶⁰⁰. Il existe toutefois des discussions quant à l'application du régime de la CVT aux Conventions des droits humains en matière d'interprétation⁶⁰¹. Certains auteurs soutiennent qu'un régime spécial en matière d'interprétation est applicable aux conventions des droits humains (Sous-section 1). Nous relativiserons cette affirmation en expliquant qu'à notre avis le régime de la CVT reste applicable aux conventions en matière de droits humains (Sous-section 2).

1. La nature spéciale des conventions des droits humains ?

Certains auteurs sont d'avis que les conventions des droits humains ne doivent pas être interprétées selon le régime classique de la CVT, mais qu'un régime spécial devrait s'appliquer à ces conventions⁶⁰². La cause de ce régime spécial

598 PAPAUX, Introduction à la philosophie du « droit en situation » : de la codification légaliste au droit prudentiel, Bruxelles 2006, p. 173 et les références citées et p. 174.

599 SCHLÜTTER, Aspects of Human Rights Interpretation by the UN Treaty Bodies, in: UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, (Keller, édit.), Cambridge, p. 261ss, p. 261, CIJ, Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), 26 février 2007, § 120, CIJ, Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, 9 juillet 2004, § 94.

600 Art. 1 et 2 let. a CVT. Cf. GAUTIER, 2011, p. 22, DUPUY, 2014, p. 296.

601 SCHLÜTTER, 2012, p. 263.

602 Par exemple : LIXINSKI, Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law, in *European Journal of International Law* 2010 21(3), 585ss, p. 590, DUBOUT, Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme in *RTDH* 2008 74, 383ss, p. 385, CREMA, Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s) in *European Journal of International Law* 2010 21(3), 681ss, p. 698, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p 34, FITZMAURICE, 2013, p. 739.

viendrait premièrement de la nature particulière des droits humains⁶⁰³. En tant que *lex specialis* du droit international général, les droits humains devraient se voir appliquer des règles spécifiques d'interprétation⁶⁰⁴. Par exemple, la CourEDH a précisé dans l'affaire Soering : « [l]a Convention doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁶⁰⁵.

Deuxièmement, les auteurs qui nient la pertinence des règles d'interprétation de la CVT pour les conventions des droits humains se basent sur le fait que, contrairement au droit international général, elles ne suivent pas une logique horizontale entre États, mais prévoient des droits pour l'individu face à l'État. Cette circonstance implique une relation plutôt verticale des obligations. Le principe de souveraineté étatique n'est ainsi plus le seul applicable. Troisièmement, leur dimension morale justifierait ce régime spécial⁶⁰⁶. Quatrièmement, l'évolution constante de ce domaine du droit international demanderait des méthodes spécifiques⁶⁰⁷. Finalement, la doctrine en faveur de règles spéciales d'interprétation a également souligné le caractère vague et abstrait des normes des droits humains⁶⁰⁸ et l'importance moindre de l'intention des parties par rapport au droit international public général⁶⁰⁹.

Nous allons nous inspirer de la pratique de la CourEDH pour définir les méthodes d'interprétation spécifiques pour les conventions les plus pertinentes pour cette thèse⁶¹⁰. Il s'agit de l'interprétation effective, évolutive et de la théorie de la marge d'appréciation⁶¹¹. Les deux premières nous le verrons

603 KELLER, Introduction, in : UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, (Keller, éd.), Cambridge 2012b, p. 1ss, p. 2, CHRISTOFFERSEN, Impact on General Principles of Treaty Interpretation, in : The Impact of Human Rights Law on General International Law, (Kamminga, éd.), Oxford 2009, p. 37ss, p. 37, SCHLÜTTER, 2012, p. 263.

604 SCHLÜTTER, p. 263, LIXINSKI, 2010, p. 590, sur ce point et notamment sur le débat qu'appelle une telle affirmation voir : CRAVEN, Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law, in European Human Rights Law Review 2000 11, 489ss, p. 489ss.

605 COUREDH, Affaire Soering c. Royaume-Uni, n°14038/88, 7 juillet 1989, § 87.

606 SCHLÜTTER, 2012, p. 264.

607 *ibid.* p. 265, voir par exemple, pour le CDH : CDH, Constatations, Communication n°829/1998, Affaire Judge c. Canada, CCPR/C/78/D/829/1998, 5 août 2002, § 10.3

608 SCHLÜTTER, 2012, p. 265, NOWAK, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2^e éd., Kehl am Rhein etc. 2005, § 19, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34-35.

609 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34.

610 Cf. Chapitre 3, I, A, 3.

611 VANNESTE, Interpréter la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine des droits de l'homme : comment réconcilier les pratiques divergentes avec la théorie générale, in Revue Québécoise de droit international 2016 Hors-série mars 2016, Théories et réalités du droit international au XXI^{ème} siècle, 81ss, p. 85.

sont largement acceptées pour les conventions des droits humains. Concernant la théorie de la marge d'appréciation, même si certains comités, comme le CDH y sont moins favorables que la CourEDH⁶¹², elle est particulièrement pertinente au vu du but de notre thèse cherchant à démontrer l'exigence d'une harmonisation respectant l'autonomie cantonale. Chacune de ces méthodes sera analysée dans cette section. Mais avant, nous devons montrer que la CVT leur est applicable afin de justifier leur utilisation par une source formelle du droit.

2. L'applicabilité de la CVT

VANNESTE estime, quant à lui, que l'interprétation des traités des droits humains fait partie du régime classique⁶¹³. Cette approche relativise la spécificité de l'interprétation des droits humains. Cette doctrine considère que les règles générales d'interprétation de la CVT (art. 31 et 32 notamment) sont aussi applicables aux traités des droits humains⁶¹⁴, même si leur interprétation est quelque peu différente des traités classiques par des objectifs spécifiques comme son approche dynamique ou sa volonté de consacrer une protection réelle⁶¹⁵. Elle souligne que les principes d'interprétation spécifiques aux droits humains comme celui de l'effectivité ou de l'interprétation évolutive sont conformes aux dispositions de la CVT et n'y dérogent pas⁶¹⁶. Ainsi, selon ces avis que nous trouvons convaincants, le régime d'interprétation des droits humains ne s'éloigne pas fondamentalement du régime général.

La CourEDH s'appuie très souvent sur la CVT⁶¹⁷. Sa doctrine générale de l'interprétation se fonde sur les articles 31 à 33 CVT en inscrivant les méthodes de la CVT dans une approche plus large influencée par les valeurs du préambule⁶¹⁸. L'arrêt fondateur de cette doctrine de la CEDH est l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*⁶¹⁹. Dans cet arrêt, la CourEDH se réfère au contexte du

612 SCHLÜTTER, 2012, p. 304.

613 VANNESTE, 2016, p. 85.

614 SCHLÜTTER, 2012, p. 273, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34.

615 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34, VANNESTE, 2016, p. 85.

616 SCHLÜTTER, 2012, p. 265, voir CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 37, qui estime que les méthodes d'interprétation de la CourEDH sont fermement ancrées dans les canons traditionnels de l'interprétation du droit international général.

617 SOREL, Convention de 1969, Section 3, Interprétation des traités, Article 31, in : Les conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article, (Corten/Klein/Didat/Sinclair/international, édit.), Bruxelles 2006, p. 1289ss, p. 1314, VANNESTE, 2016, p. 83.

618 TOUZÉ, Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme, in RGDIP 2011 115, 517ss, p. 518.

619 COURED, Affaire *Golder c. Royaume-Uni*, n°4451/70, 21 février 1975.

traité⁶²⁰ qui est un principe du régime de la CVT comme nous le verrons. Cette démarche a été confirmée par la suite et notamment de manière très explicite par l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*⁶²¹. Cet arrêt prévoit que « *pour déterminer le sens des expressions et formules contenues dans la Convention, la Cour s'inspire essentiellement des règles d'interprétation établies par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne* »⁶²². Les autres organes des traités se réfèrent également aux règles de la CVT⁶²³. Pour ces raisons, l'affirmation d'une nature spéciale de l'interprétation des droits humains peut sembler quelque peu exagérée⁶²⁴. Dans les sous-sections suivantes, nous présenterons le régime de la CVT en matière d'interprétation.

3. Régime de la CVT

Le siège de la matière dans la CVT se trouve aux art. 31, 32 et 33 qui prévoient des règles sur l'interprétation des traités. L'art. 31 CVT en est la disposition centrale et principale⁶²⁵. Nous allons donc commencer par l'analyser. Elle contient quatre paragraphes qui doivent être lus dans une logique d'ensemble sans ordre hiérarchique⁶²⁶ ; il n'existe en effet pas d'ordre hiérarchique entre les règles prévues par l'art. 31 CVT⁶²⁷.

Le 1^{er} paragraphe de l'art. 31 CVT est la base du processus d'interprétation et procède à des rappels généraux. L'interprétation doit suivre le principe de la bonne foi⁶²⁸, qui a une place dominante dans l'ensemble de l'interprétation⁶²⁹. Ensuite, selon cet article, une disposition ne peut pas être interprétée de manière isolée⁶³⁰ et le contexte, le but et l'objet jouent un rôle important⁶³¹. Ce paragraphe prévoit les critères les plus utilisés : l'interprétation selon la

620 SOREL, 2006, p. 1319.

621 TOUZÉ, 2011, p. 518.

622 COUREDÉ (GC), *Affaire Demir et Baykara c. Turquie*, n°34503/97, 12 novembre 2008, § 65.

623 SCHLÜTTER, 2012, p. 273 et 277, pour un exemple de mention expresse de la part du CDH : CDH, *Constatations*, Communication n°588/1994, *Affaire Johnson c. Jamaïque*, CCPR/C/56/D/588/1994, 5 août 1996, § 8.2 (c), CDH, *Constatations*, Communication n°829/1998, *Affaire Judge c. Canada*, CCPR/C/78/D/829/1998, § 10.4

624 SCHLÜTTER, 2012, p. 265, CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 43 et 50.

625 SOREL, 2006, p. 1291, SCHLÜTTER, 2012, p. 274.

626 SOREL, 2006, p. 1294.

627 SCHLÜTTER, 2012, p. 274.

628 PERRIN, 1999, p. 400, § 94, le TF suit également ces principes : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 142 II 35, 26 novembre 2015 consid. 3.2.

629 DUPUY, 2014, p. 353, SCHLÜTTER, 2012, p. 286.

630 SOREL, 2006, p. 1294.

631 Ce qui signifie selon le contenu et la finalité qu'on lui donne, à ce sujet voir : *ibid.*, p. 1294.

bonne foi, l'interprétation littérale, l'interprétation contextuelle et l'interprétation à la lumière de l'objet et du but du traité⁶³². Mis à part ces principes, il y a donc peu d'obligations dans la CVT s'agissant de l'interprétation. Au-delà de ces directives, le juge dispose d'une grande liberté⁶³³.

Comment donc organiser cette liberté dévolue à l'interprète ? L'interprétation est une opération complexe⁶³⁴ et les articles de la CVT, assez vagues, permettent différentes approches. Les principales sont : les écoles textuelle, intentionnelle, téléologique. La première place le plus d'importance dans le texte, alors que la deuxième estime que l'intention des parties est également très importante. La troisième donne la priorité à l'objet et au but du traité⁶³⁵. Selon certains auteurs, la CVT établit une priorité pour le texte lui-même⁶³⁶. Selon d'autres auteurs, la CVT prend en considération le texte, la finalité du traité et l'intention des parties sans énoncer une priorité entre ces trois méthodes⁶³⁷. En somme, le but des critères de la CVT est d'arriver à une interprétation efficace et logique. Nous rechercherons de telles interprétations pour démontrer l'exigence d'harmonisation.

Comme le rappelle SOREL à ce sujet, la CDI a constaté que ces maximes d'interprétation sont utilisées d'une manière plus ou moins discrétionnaire et à géométrie variable⁶³⁸. La doctrine et les tribunaux se réfèrent souvent à une combinaison de plusieurs éléments de l'art.31 CVT pour déterminer le sens d'une disposition⁶³⁹. En somme, les éléments reconnus comme essentiels sont tout d'abord le texte, le contexte, l'objet et le but du traité, la pratique des États⁶⁴⁰ et les méthodes applicables pour les traités des droits humains comme le dit VANNESTE, « *s'inscrivent (...) dans la logique de l'article 31 de la Convention de Vienne en utilisant les éléments (le texte, le contexte, la pratique des États, l'objet et le but du traité) qui y sont mentionnés* »⁶⁴¹. Ainsi, les méthodes choisies reprennent ces critères principaux et les organisent

632 Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT), RS n°0.111, art.31 § 1 CVT.

633 PERRIN, 1999, p. 404.

634 SOREL, 2006, p. 1307, SCHLÜTTER, 2012, p. 282.

635 VANNESTE, 2016, p. 81-82.

636 Par exemple : DUPUY, 2014, p. 351.

637 Par exemple : PERRIN, 1999, p. 402.

638 SOREL, 2006, p. 1297, SCHLÜTTER, 2012, p. 261, CDI, Yearbook of the International Law Commission, 1966, volume II, Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly, 1966, § 214.

639 SCHLÜTTER, 2012, p. 274.

640 VANNESTE, 2016, p. 84.

641 *ibid.*, p. 85, pour un avis similaire : CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 42.

selon des objectifs spécifiques⁶⁴², que nous présenterons dans les prochaines sous-sections.

S'agissant du contexte, il faut faire référence au texte du traité, le préambule, les annexes, les accords entre les parties au moment de la conclusion ainsi que les accords similaires acceptés⁶⁴³. L'art.31 § 3 précise qu'en même temps que le contexte, tout accord ultérieur, toute pratique subséquente ainsi que toute règle pertinente de droit international public applicable dans les relations entre les parties est à prendre en compte⁶⁴⁴. Il s'agit d'un élément aujourd'hui considéré comme déterminant, malgré son caractère *a priori* accessoire⁶⁴⁵. D'une part, d'autres traités internationaux pourront être pris en considération lors de l'interprétation d'une disposition. Deuxièmement, l'art.31 § 3 CVT, par sa lettre b, permet notamment de prendre en compte les documents des organes des traités. En effet, ces documents sont un exemple clair des pratiques subséquentes des États⁶⁴⁶. Ces documents sont très importants pour l'interprétation⁶⁴⁷. Nous y reviendrons dans la section traitant les sources d'interprétation.

Deux critères de la CVT sont à apprécier avec retenue au vu du caractère d'instruments vivants des conventions des droits humains : l'intention des parties⁶⁴⁸ et le recours aux travaux préparatoires⁶⁴⁹. L'intention des auteurs n'est pas décisive pour le résultat de l'interprétation en matière de droits

642 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34, VANNESTE, 2016, p. 85.

643 SOREL, 2006, p. 1294.

644 DUPUY, 2014, p. 354.

645 VANNESTE, 2016, p. 84, DUPUY, La Convention de Vienne sur le droit des traités à l'épreuve de la pratique : quel bilan trente ans après son entrée en vigueur, in *Revue belge de droit international* 2006 39(2), 411ss, p. 419, SOREL, 2006, p. 1295, cet auteur estime que ces règles doivent être en même temps que le contexte, donc sans hiérarchie.

646 SCHLÜTTER, 2012, p. 289.

647 Le CDH le reconnaît au sujet des constatations : CDH, Observation générale n°33, Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, CCPR/C/GC/33, 25 juin 2009, § 13, la CIJ fait également référence à ces documents : CIJ, *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, §111 et 122, tout comme le TF : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305 ; JdT 2012 I p. 47, 21 novembre 2011, consid. 6.5.

648 Ce concept est introduit par paragraphe 4 de l'art. 31 CVT et il offre la possibilité de donner un sens particulier à un terme selon l'intention des parties : SOREL, 2006, p. 1295.

649 L'art. 32 CVT prévoit des moyens complémentaires d'interprétation, comme les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu : DUPUY, 2014, p. 359.

humains⁶⁵⁰. Le critère du contexte est beaucoup utilisé dans la pratique des organes des traités des droits humains pour justifier l'interprétation évolutive des traités et conduit à préférer la recherche de l'effectivité des droits humains sur l'intention des auteurs du traité⁶⁵¹. L'interprétation évolutive relativise l'importance de la volonté initiale de l'État⁶⁵².

De même, selon l'art. 32 CVT, il ne faut donner qu'une importance secondaire et complémentaire aux travaux préparatoires⁶⁵³. L'interprétation en somme ne doit pas rechercher l'intention originale, mais reconstruire le contexte et les causes ayant conduit à l'admission des droits interprétés et les confronter à notre contexte contemporain⁶⁵⁴. C'est pour cette raison que ces deux critères auront moins d'importance pour notre démarche. Nous allons maintenant présenter plus en détail les méthodes d'interprétation pertinentes pour l'interprétation des conventions des droits humains.

B. Les méthodes d'interprétation

Dans cette sous-section, nous allons premièrement présenter deux aspects de la méthode d'interprétation effective (Sous-section 1). Ensuite, nous présenterons la doctrine de la marge d'appréciation et la mettrons en balance avec le principe d'interprétation *pro persona* (Sous-section 2). Ces développements seront les principaux guides dans le choix de l'interprétation que nous ferons des garanties des droits humains lors de notre démonstration.

1. Les différents aspects de l'interprétation effective

a. L'interprétation selon l'effet utile

Premièrement, il convient de présenter la méthode dite d'interprétation effective ou selon l'effet utile. Cette méthode est un aspect du principe de la bonne foi précitée et est liée à la notion de but et d'objet. Elle conduit à une interprétation téléologique. Ainsi, même sans mention expresse, ce principe se fonde implicitement sur la CVT, plus précisément sur son article 31 qui prévoit cette

650 KOCH, Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective, in *The International Journal of Human Rights* 2006 10(4), 405ss, p. 418, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34, DUBOUT, 2008, p. 385.

651 DUPUY, 2014, p. 354.

652 TOUZÉ, 2011, p. 519-520, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34. À noter que cette vision est controversée. Certains auteurs estiment que, selon la CVT, la volonté des parties devrait primer l'effet utile d'un traité, par exemple : PERRIN, 1999, p. 403.

653 Voir aussi KOCH, 2006, p. 418.

654 *ibid.*, p. 419.

interprétation téléologique⁶⁵⁵. Elle a comme objectif spécifique de garantir une protection réelle et non illusoire en prenant en compte le but des conventions des droits humains de garantir des droits concrets et effectifs⁶⁵⁶.

Ce principe de l'effectivité est bien ancré tant dans le droit international général que dans les droits humains⁶⁵⁷. Même si aucune provision expresse de la CVT ne la prévoit, c'est une méthode ordinaire de l'interprétation des traités qui est reconnue par la Commission de droit international comme découlant du principe de la bonne foi et de l'interprétation selon l'objet et le but⁶⁵⁸. La CIJ y a fait par exemple référence dans l'affaire du différend territorial, *Jamahiryra Arabe Libyenne c. Tchad*⁶⁵⁹ et dans l'affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, *Géorgie c. Fédération de Russie*⁶⁶⁰. La jurisprudence de la CIJ a beaucoup contribué au développement de certaines techniques comme la méthode téléologique et celle de l'effet utile⁶⁶¹. La CourEDH applique aussi cette notion d'effet utile⁶⁶². Dans un arrêt du 23 mars 1995⁶⁶³, la Cour a précisé en outre que l'objet et le but de la Convention demandent d'interpréter et d'appliquer ses dispositions d'une manière qui rende les exigences qui en découlent concrètes et effectives. Elle rappelle ce principe aussi dans l'affaire *Demir et Baykara*, où elle estime que « *dès lors que la Convention est avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit l'interpréter et l'appliquer d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives* »⁶⁶⁴. Ce principe rappelle que la

655 COURED H (GC), *Affaire Garig c. Pays-Bas*, n°43494/09, Opinion séparée du Juge Pinto de Albuquerque, 6 novembre 2017, p. 58, PÉTERMANN, 2014, p. 37, SCHLÜTTER, 2012, p. 286, SOREL, 2006, p. 1307-1308.

656 VANNESTE, 2016, p. 85, CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 42-43, TULKENS, *Discutant de l'article de Touzé S.*, Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme, in RGDIP 2011 115, 517ss, p. 536, COURED H, *Affaire Airey c. Irlande*, n°6289/73 9 octobre 1979, § 24.

657 SCHLÜTTER, 2012, p. 286.

658 CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 43, CDI, 1966, p. 219.

659 CIJ, *Affaire du différend territorial (Jamahiryra Arabe Libyenne c. Tchad)*, 3 février 1994, § 51-52.

660 CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, 1^{er} avril 2011, § 133-134.

661 DUPUY, 2014, p. 350.

662 *ibid.*, p. 354, SCHLÜTTER, 2012, p. 278-279, COURED H (GC), *Affaire Demir et Baykara c. Turquie*, n°34503/97, § 67 et 76.

663 COURED H (GC), *Affaire Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, n°15318/89, 23 mars 1995.

664 COURED H (GC), *Affaire Demir et Baykara c. Turquie*, n°34503/97, § 66.

mission de la Cour est de protéger de manière effective les garanties des droits humains à l'échelle individuelle⁶⁶⁵. La CIDH également tire de l'art. 31 CVT ce principe de l'effectivité⁶⁶⁶. Au niveau des organes des traités de l'ONU, elle est également reconnue. Par exemple, le CDH l'utilise pour interpréter les provisions du Pacte ONU II⁶⁶⁷. Le CESCR n'a pas expressément traité de l'interprétation ni dans ses Observations générales ni dans ses Constatations⁶⁶⁸.

L'interprétation selon l'objet et le but du traité est une des règles les plus importantes de l'art. 31 § CVT tant en droit international général qu'en matière de droits humains. Il est maintenant accepté de se référer, soit à l'objet et au but du traité en entier, soit à ceux d'une disposition individuelle. Cet objet et ce but peuvent être controversés. Sa détermination est influencée par le préambule et des sources externes au traité, comme les règles et pratiques pertinentes que nous avons précédemment évoquées.

b. L'interprétation évolutive

Deuxièmement, nous allons présenter la méthode d'interprétation évolutive. Cette méthode d'interprétation a comme objectif spécifique de tenir compte de l'évolution des réalités de la société⁶⁶⁹. Cette approche est dénommée l'approche dynamique⁶⁷⁰. Même si l'orientation générale du droit international public est de prendre en compte le moment de l'adoption de l'acte pour l'interprétation de celui-ci⁶⁷¹, les règles des traités perdurent dans le temps. Par rapport au régime de la CVT, l'interprétation évolutive peut se fonder sur l'art. 31 § 3 CVT⁶⁷² et elle est conforme à la logique des art. 31 à 33 CVT, notamment au vu de l'objet et du but⁶⁷³. Elle est également acceptée par la CIJ et la CDI comme conforme à la CVT. La CIJ s'est déjà fondée sur cette méthode

665 COUREDH (GC), Affaire Garig c. Pays-Bas, n°43494/09, Opinion séparée du Juge Pinto de Albuquerque, p. 61.

666 CIDH, Affaire Velásquez-Rodríguez c. Honduras, objections préliminaires, 26 juin 1987, § 30.

667 Par exemple : CDH, Constatations, Communication n°1382/2005, Affaire Salikh c. Ouzbékistan, CCPR/C/95/D/1382/2005, 22 avril 2009, § 9.4, SCHLÜTTER, 2012, p. 280.

668 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: commentary, cases, and materials*, Oxford 2014, p. 22.

669 VANNESTE, 2016, p. 85.

670 SANTULLI, Dossier, Les techniques interprétatives de la norme internationale, Rapport général, in RGDIP 2011 115, 297ss, p. 307.

671 *ibid.*, p. 306.

672 SOREL, 2006, p. 1295, SCHLÜTTER, 2012, p. 295-296.

673 COUREDH (GC), Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, n°18030/11, Opinion concordante du Juge Scilianos, 8 novembre 2016, § 8.

évolutive⁶⁷⁴ et considère qu'elle se fonde sur la CVT⁶⁷⁵. Elle a admis que certains concepts sont par définition évolutifs et qu'un instrument international doit être interprété dans le cadre de l'ensemble du système légal qui prévaut au temps de l'interprétation⁶⁷⁶. Elle a confirmé cette notion d'interprétation évolutive par exemple dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie c. Slovaquie)⁶⁷⁷. Cette vision correspond aussi à celle de la CDI qui a modifié le projet de l'art. 31 § 3 let. c CVT pour qu'il prévoie que toutes les règles pertinentes de droit international applicables entre les parties soient prises en compte et non pas uniquement celles présentes à la conclusion du traité⁶⁷⁸. Selon la CDI, le principe de la bonne foi exige une telle interprétation prenant en compte ces évolutions temporelles⁶⁷⁹. Cette méthode est également reconnue par d'autres cours internationales comme la CJCE⁶⁸⁰ ou la CourEDH⁶⁸¹ ou la CIDH⁶⁸². Au niveau des Nations Unies, cette méthode est également utilisée par le Comité des droits de l'homme⁶⁸³ ou le CERD⁶⁸⁴.

En somme, le principe de l'effectivité est le fondement de l'interprétation évolutive⁶⁸⁵. Par exemple, en définissant le but et l'objet de la CEDH, la Cour-EDH tire des notions dynamiques du préambule qui évoque la sauvegarde et le développement des droits humains. Selon elle, la sauvegarde des droits implique qu'ils doivent demeurer effectifs quand les circonstances évoluent.

674 SOREL, 2006, p. 1330, DUPUY, 2014, p. 357.

675 CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 48-49.

676 CIJ, Avis consultatif sur les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, 21 juin 1971, § 53.

677 CIJ, Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie c. Slovaquie), § 140.

678 CDI, 1966, p. 222, CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 48-49.

679 CDI, 1966, p. 222, WADLOCK H., The Effectiveness of the System set up by the European Convention on Human Rights, in Human Rights Law Journal 1980 1, 1ss, p. 4.

680 SOREL, 2006, p. 1331, qui cite : CJCE, Affaire n°61/77 (Commission c. Irlande), 16 février 1978.

681 DUPUY, 2014, p. 358-359, SOREL, 2006, p. 1331 et les arrêts cités, COURED, Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, n°5856/72, 25 avril 1978, § 31, COURED, Affaire Marckx c. Belgique, n°6833/74, 13 juin 1979, § 41.

682 CIDH, Affaire du peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Équateur, 27 juin 2012, § 161.

683 DUPUY, 2014, p. 359, CDH, Constatations, Communication n°1321/2004 et 1322/2004, Affaire Yoon et Choi c. République de Corée, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 janvier 2007, § 8.2.

684 CERD, Opinion, Communication n°26/2002, Affaire Hagan c. Australie, CERD/C/62/D/26/2002, 14 avril 2003, § 7.3.

685 TOUZÉ, 2011, p. 536, SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, 13^e éd., Paris 2016, p. 239, COURED (GC), Affaire Stafford c. Royaume-Uni, n°46295/99, 28 mai 2002, § 68.

Dans ce cadre, la notion de développement permet un degré d'innovation et de créativité⁶⁸⁶. L'interprétation évolutive, tout comme le principe de l'effectivité demandent de prendre en considération les changements des circonstances factuelles⁶⁸⁷. Cette interprétation peut être également rattachée à la volonté des États. Cette argumentation consiste à dire que les auteurs de la Convention ont voulu, au moment de l'adoption de l'acte, que le traité s'adapte aux évolutions sociologiques⁶⁸⁸. Pour admettre cette volonté, la mise en place d'un appareil institutionnel ou juridictionnel est un indice particulièrement pertinent⁶⁸⁹. Avec cette argumentation, nous pouvons quelque peu réconcilier le courant de la doctrine mettant plus de poids à l'intention des parties avec le régime d'interprétation évolutive présent pour notre démarche. En effet, chacune des conventions pertinentes prévoit la mise en place d'un mécanisme institutionnel de contrôle. Dès lors, la méthode d'interprétation évolutive correspond, tout comme l'interprétation effective, au régime de la CVT⁶⁹⁰.

L'interprétation évolutive, très utilisée dans le cadre de l'interprétation des conventions des droits humains, part du principe que ces conventions sont des *instruments vivants* à interpréter face aux conditions d'aujourd'hui⁶⁹¹. Selon la CourEDH, par exemple, les garanties de la CEDH doivent être lues avec une interprétation qui doit être faite en contexte, de manière évolutive et de manière dynamique, et adaptées à la lumière des conditions de vie actuelles⁶⁹². Elles s'adaptent aux évolutions sociales techniques, juridiques ou économiques⁶⁹³. Dans le même sens, dans l'affaire *Judge c. Canada*, le Comité des droits de l'homme considère que : « *le Pacte devrait être interprété comme un instrument vivant et que les droits qu'il protège devraient être appliqués dans le contexte et à la lumière de la situation d'aujourd'hui* »⁶⁹⁴. Cette approche

686 TOUZÉ, 2011, p. 534.

687 SCHLÜTTER, 2012, p. 296.

688 SANTULLI, 2011, p. 307-308, DUPUY, 2014, p. 353, COUREDH (GC), *Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, n°18030/11, Opinion concordante du Juge Scilianos, § 5-6.

689 SANTULLI, 2011, p. 307-308.

690 SCHLÜTTER, 2012, p. 317.

691 *ibid.*, p. 296, DUPUY, 2014, p. 359, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34 PÉTERMANN, 2014, p. 35-36, CHRISTOFFERSEN, 2009, p. 47, CDH, *Constatations*, Communication n°829/1998, *Affaire Judge c. Canada*, CCPR/C/78/D/829/1998, § 10.3, CERD, *Opinion*, Communication n°26/2002, *Affaire Hagan c. Australie*, CERD/C/62/D/26/2002, § 7.3.

692 PÉTERMANN, 2014, p. 35, COUREDH (GC), *Affaire Demir et Baykara c. Turquie*, n°34503/97, § 68, COUREDH, *Affaire Tyrer c. Royaume-Uni*, n°5856/72, § 31, COUREDH, *Affaire Marckx c. Belgique*, n°6833/74, § 41.

693 PÉTERMANN, 2014, p. 35.

694 CDH, *Constatations*, Communication n°829/1998, *Affaire Judge c. Canada*, CCPR/C/78/D/829/1998, § 10.3

permettra de justifier notre démarche qui recherche une interprétation des garanties des droits humains rendue nécessaire par les réalités sociétales actuelles. En effet, ces circonstances factuelles ont été mises en lumière par notre Chapitre 1 lorsque nous avons discuté les enjeux d'une harmonisation. Ces circonstances factuelles sont mises en évidence à l'aide de documents d'acteurs suisses en matière d'aide sociale. Cette méthode permet donc de justifier le recours à de tels documents comme outil d'interprétation, comme nous le verrons dans la section suivante. La CIDH utilise également le contexte d'application des garanties des droits humains pour les interpréter. Elle utilise ce contexte principalement pour définir la portée des obligations. Cette portée est une facette de l'interprétation évolutive⁶⁹⁵. Nous nous concentrerons sur ce contexte principalement pour définir la portée des mandats législatifs au Chapitre 8.

De plus, l'analyse de la pratique des États parties peut mettre en évidence des changements de certaines conditions sociales⁶⁹⁶. Nous nous fonderons également sur la pratique des cantons pour déterminer ces changements de conditions. Pour conclure, il est intéressant de préciser qu'une harmonisation permet l'évolution des solutions dans le temps⁶⁹⁷. Selon DELMAS-MARTY, l'on peut être en présence d'une harmonisation faible, lorsque la comparaison des régimes juridiques montre des différences importantes et aller progressivement vers une harmonisation plus poussée en élevant le seuil de compatibilité quand les différences perdent de l'importance, au vu de l'évolution des circonstances factuelles⁶⁹⁸. Ainsi, la recherche d'une exigence d'harmonisation s'inscrit dans une logique évolutive conforme aux principes interprétatifs des droits humains. Ayant présenté les méthodes de l'effet utile et de l'interprétation évolutive, nous pouvons passer à la doctrine de la marge d'appréciation mise en balance avec le principe d'une interprétation *pro persona*.

2. La méthode de la marge d'appréciation et ses limites

Dans cette sous-section, nous allons tout d'abord présenter la méthode ou doctrine de la marge d'appréciation (Sous-section a). Ensuite, nous la mettrons en perspective avec deux autres principes qui tendent à en limiter la portée : l'interprétation consensuelle (Sous-section b) et le principe *pro persona* (Sous-section c). Ces développements permettront de définir la marge d'appréciation

695 BURGORGUE-LARSEN, Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Justice in context, in RTDH 2014 97, 31ss, p. 50.

696 SCHLÜTTER, 2012, p. 292-293.

697 DELMAS-MARTY, 2001, p. 33.

698 *ibid.*, p. 33.

de l'État dans nos domaines d'analyse. Une fois que nous l'aurons définie, nous pourrions alors définir la portée des obligations positives⁶⁹⁹.

a. La méthode de la marge d'appréciation

Cette méthode d'interprétation a comme objectif spécifique de tenir compte du fait que, dans certaines circonstances, les États parties, étant plus proches des considérations locales, sont mieux placés que le juge pour choisir les mesures de mise en œuvre des obligations internationales. Elle vise à souligner le caractère subsidiaire du contrôle judiciaire⁷⁰⁰. Elle est principalement suivie par la CourEDH. Le CDH y est moins favorable⁷⁰¹. Au vu du but de notre thèse cherchant à analyser s'il y a une exigence d'une harmonisation respectant l'autonomie cantonale, elle est particulièrement adaptée à notre démarche. En effet, elle permet de respecter l'autonomie cantonale et prend également en compte la séparation des pouvoirs face au problème des ressources limitées de l'État⁷⁰². Ceci permettra ainsi de préserver l'avantage du fédéralisme, concernant l'innovation dans la mise en œuvre des droits humains et ainsi d'éviter le pire des cas : une mise en œuvre, certes harmonisée, mais figée au niveau le plus bas⁷⁰³.

Ainsi, pour prendre en compte ce risque et cet avantage du fédéralisme et proposer une thèse, le plus possible à l'abri de ces critiques, nous appliquerons à notre démarche la notion de marge d'appréciation. De plus, cette méthode d'interprétation permet de la prendre en considération dans la mise en œuvre des Conventions internationales des droits humains. Il est en effet reconnu par la doctrine et les organes de contrôle que les traités en matière de droits humains laissent une large marge de manœuvre aux États parties s'agissant du choix des mesures internes de mise en œuvre des obligations

699 Pour une démarche similaire voir : PÉTERMANN, 2014, p. 133.

700 VANNESTE, 2016, p. 85, SCHLÜTTER, 2012, p. 302, PÉTERMANN, 2014, p. 133, PÉTERMANN, Obligations positives de l'État fondées sur l'art. 14 CEDH : vers un renforcement de l'égalité de traitement ?, in : L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives, (Bahar/Trigo Trindade, édit.), Genève 2013, p. 79ss, p. 76-106, VILA, Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication within a Cooperative Conception of Human Rights, in *International Journal of Constitutional Law* 2017 15(2), 393ss, p. 405-406, COURED, Affaire Marckx c. Belgique, n°6833/74, § 31, COURED, Affaire Handyside c. Royaume-Uni, n°5493/72, § 48.

701 SCHLÜTTER, 2012, p. 304, le CDH y fait référence tout de même certaines fois, par exemple : CDH, Constatations, Communication n°930/2000, Affaire Winata c. Australie, CCPR/C/72/D/930/2000, 16 août 2001, § 7.3.

702 BESSON, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai en dogmatique comparative, in *RDS* 2003 1, 49ss, p. 84.

703 Sur ce risque voir : WYTTENBACH, 2018, p. 73.

qui en découlent⁷⁰⁴. Les moyens qui doivent être utilisés pour mettre en œuvre les obligations internationales sont ainsi larges⁷⁰⁵. Il s'agit de tous les moyens appropriés, en particulier des mesures législatives, mais également l'instauration de recours judiciaires⁷⁰⁶.

Toutefois, comme les obligations des traités doivent être mises en œuvre de bonne foi⁷⁰⁷, cette marge de manœuvre ne signifie pas que l'État ne fasse rien. Les mesures choisies doivent avoir un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans les traités⁷⁰⁸. Plus les obligations des traités sont concrètes et précises, moins la marge de manœuvre des États est grande. Les États parties jouissent de peu de marge d'appréciation matérielle pour des limitations de l'obligation de respecter ou des restrictions sur les standards minimaux. Par rapport aux obligations de protection, de prestations et de mise en œuvre, les États disposent d'une marge d'appréciation plus étendue⁷⁰⁹. Comme nous nous concentrons sur les standards minimaux, la marge d'appréciation de l'État sera faible. Deux autres notions la réduisent. Il s'agit de présenter la première à la sous-section suivante : l'interprétation consensuelle.

b. L'interprétation consensuelle

L'interprétation consensuelle permet de réduire la marge d'appréciation. Elle permet également de traduire notre critère factuel de l'harmonisation étudié

704 WYTTEBACH, 2017, p. 89-90, 103 et 157-158, KÄLIN, *The law of international human rights protection*, Pbk. ed éd., Oxford 2010, p. 185, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2106, SUDRE, *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in RTDH 1995 23, 363ss, p. 375, SCHMID, 2016, p. 5, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, CESC, Observation générale n°3, E/1991/23, § 4, SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 158, ce qui rappelle le principe de subsidiarité évoqué. En effet selon le CESC, cette liberté de choix permet « *une démarche ouverte et souple qui permet de tenir compte des particularités des systèmes juridiques et administratifs de chaque État* » : CESC, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 1.

705 WYTTEBACH, 2017, p. 157-158.

706 CESC, Observation générale n°3, E/1991/23, § 3-5, BOYLE, *Models of Incorporation and Justiciability for Economic, Social and Cultural Rights*, Edinburgh 2018, p. 7, qui rappelle que cette obligation découle de celle de faciliter l'accès à des remèdes efficaces en cas de violation. AGNU, Résolution n°60/147, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, A/RES/60/147, 21 mars 2006, § 1, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 4, CESC, Observation générale n°19, *Le droit à la sécurité sociale* (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 77-80.

707 RAMCHARAN, 2011, p. 17ss.

708 Voir au sujet du PIDESC : CESC, Observation générale n°3, E/1991/23, § 2.

709 WYTTEBACH, 2017, p. 89-90.

au Chapitre 2 en termes d'interprétation des garanties. C'est par cette méthode d'interprétation que notre critère factuel peut avoir un impact dans l'argumentation de l'existence d'une exigence d'harmonisation. En effet, ce critère factuel doit être compris en lien avec le principe de l'interprétation consensuelle. Cette interprétation veut que les tribunaux ne fassent pas des choix sociaux de portée générale à la place des États membres (ou des cantons), en particulier lorsqu'il n'y a pas de consensus sur la question⁷¹⁰. À l'inverse, l'intervention d'un juge est plus justifiée dans des cas où un consensus est présent. Il est important de souligner que cette méthode d'interprétation présente des limites⁷¹¹ et fait face à certaines critiques⁷¹². Toutefois, nous allons tout de même utiliser cette méthode qui permet de réduire la marge d'appréciation des autorités étatiques compétentes en présence d'un consensus sur certains aspects⁷¹³ et d'améliorer la légitimité d'une interprétation⁷¹⁴.

La CourEDH a souvent invoqué de tels consensus pour justifier ses interprétations⁷¹⁵. Le CDH se réfère également parfois à la pratique des États pour interpréter la marge d'appréciation⁷¹⁶. Ces consensus peuvent être de plusieurs types, comme le consensus d'États européens exprimé dans les standards domestiques ou internationaux⁷¹⁷ ou relatif à l'acceptation sociale⁷¹⁸. Cette méthode d'interprétation permet de rechercher un consensus dans les pratiques cantonales. Cette recherche est similaire à celle des degrés d'harmonisation présentée lors de l'explication notre critère factuel. Nous renvoyons le lecteur à nos développements sur ce critère au chapitre précédent.

710 SOREL, 2006, p. 1331, PÉTERMANN, 2014, p. 36.

711 Comme le rappelle par exemple DZEHTSIAROU, 2015, p. 1, au sujet de la CEDH : « (...) *the Court cannot endlessly justify each and every judgment [by the consent of the Contracting Parties], especially since the original intent of the drafters has never played a primary role in the decisionmaking of the ECtHR* ».

712 Elle est par exemple critiquée : « (...) *for being a tool of excessive judicial self-restraint* » : *ibid.*, p. 131. Pour des détails sur ces critiques voir : *ibid.*, p. 115ss.

713 SUDRE, 2016, p. 226, PÉTERMANN, 2013, p. 134, LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford 2012, p. 112-113.

714 Du même avis : DZEHTSIAROU, 2015, p. 1.

715 SCHLÜTTER, 2012, p. 272, COURED H (GC), Affaire A, B et C c. Irlande, n°25579/05, 16 décembre 2010, § 232, COURED H, Affaire L. et V. c. Autriche, n°39392/98 et n°39829/98, 9 janvier 2003, § 50, COURED H, Affaire Ünal Tekeli c. Turquie, n°29865/96, 16 novembre 2004, § 54, COURED H (GC), Affaire Konstantin Markin c. Russie, n°30078/06, 22 mars 2012, § 126.

716 LEGG, 2012, p. 122, CDH, *Constatations*, Communication n°1321/2004 et 1322/2004, Affaire Yoon et Choi c. République de Corée, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, § 8.4.

717 COURED H (GC), Affaire Demir et Baykara c. Turquie, n°34503/97, § 46.

718 COURED H (GC), Affaire Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, n°31-32/1997/815-816/1018-1019, 30 juillet 1998, § 60.

Il reste à préciser que l'interprétation consensuelle permet d'ancrer l'interprétation évolutive précitée dans la réalité. Une interprétation évolutive qui intègre un consensus n'est pas totalement déconnectée des lois et pratiques des entités fédérées⁷¹⁹. Ainsi, cette démarche est liée à l'interprétation évolutive⁷²⁰. De plus, un consensus entre États parties ou cantons permet de renforcer l'acceptabilité d'une décision⁷²¹. Nous reviendrons sur l'acceptabilité qui est très importante pour notre conclusion au Chapitre 9. Enfin, comme nous le verrons au Chapitre 9 également, la recherche d'un consensus au sein des entités fédérées permet de réduire l'imprévisibilité de l'interprétation évolutive des droits humains⁷²².

c. L'interprétation *pro persona*

Le deuxième principe à prendre en considération en lien avec la marge d'appréciation est celui de l'interprétation *pro persona*. Les traités relatifs aux droits humains doivent être interprétés de la manière qui protège le mieux les droits et libertés qui s'y trouvent. Il faut ainsi choisir l'interprétation la plus favorable à l'individu⁷²³. Ce principe demande de recourir à l'interprétation de la norme la plus large quand il s'agit de reconnaître des droits à protéger et l'interprétation la plus étroite quand il s'agit de fixer des limitations⁷²⁴. Elle est aussi appelée *pro homine*⁷²⁵. Ce concept est une forme du principe de l'effectivité⁷²⁶ et peut être également ancré dans la CVT, notamment à travers

719 MARTENET, 2019b, p. 557, COUREDHC (GC), Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, n°18030/11, Opinion concordante du Juge Scilianos, § 16.

720 MARTENET, 2019b, p. 556, DZEHTSIAROU, 2015, p. 50, 56 et 66, COUREDHC (GC), Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, n°18030/11, 8 novembre 2016a, § 138, COUREDHC (GC), Affaire Stafford c. Royaume-Uni, n°46295/99, § 68, COUREDHC, Affaire Ünal Tekeli c. Turquie, n°29865/96, § 54.

721 MARTENET, 2019b, p. 556.

722 *ibid.*, p. 556-557, DZEHTSIAROU, 2015, p. 137, pour un exemple de jurisprudence de la CourEDH liant cette notion de consensus à celle de prévisibilité : COUREDHC (GC), Affaire Bayatyan c. Arménie, n°23459/03, § 108.

723 VANNESTE, 2016, p. 87, LIXINSKI, 2010, p. 588.

724 PINTO, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, in : La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, (Bidart Campos/Abregú, édit.), Buenos Aires 1997, p. 163ss, p. 163-164, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights, Comparative Experiences of Justiciability, in Human Rights and Rules of Law Series 2008 2, p. 29, note de bas de page n°56, CDH, Constatations, Communication n°1536/2006, Elgueta v. Chile, CCPR/C/96/D/1536/2006, Opinion dissidente des membres du Comité Ms. Helen Keller et Mr. Fabián Salvioli, 28 juillet 2008, § 11.

725 VANNESTE, 2016, p. 86.

726 SCHLÜTTER, 2012, p. 287.

l'objet et le but⁷²⁷. Selon le Juge PINTO DE ALBUQUERQUE, « (...) *les traités relatifs aux droits de l'homme doivent être interprétés d'une manière qui non seulement en garantisse l'effet utile (ut res magis valeat quam pereat), mais aussi qui protège le mieux les droits et libertés qui s'y trouvent consacrés* »⁷²⁸.

Cette perspective place l'individu au cœur du raisonnement d'interprétation⁷²⁹. Ce principe justifie la reprise de l'exemple de la famille d'Harmonie dans notre démonstration. Mais ce principe permet également de relativiser le principe de la marge d'appréciation. Même s'il convient de respecter le principe de subsidiarité, on ne peut pas adopter une lecture *pro auctoritate* du texte⁷³⁰ ni une présomption *in dubio mitius* voulant une interprétation réduisant au minimum les atteintes à la souveraineté de l'État⁷³¹. Ainsi, malgré l'importance de la marge d'appréciation des États (ou des cantons), il s'agira de prendre en compte les intérêts des particuliers. Cette interprétation *pro persona* est utilisée principalement par la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁷³². Elle lui permet de refuser d'appliquer la doctrine de la marge d'appréciation⁷³³. Nous ne l'écarterons pas de cette manière, car, nous l'avons dit, elle permet une démarche correspondant mieux à l'harmonisation telle que nous l'avons définie. Nous allons plutôt proposer un équilibre entre le principe *pro persona* et la méthode de la marge d'appréciation. Nous nous concentrons sur les standards minimaux pour prendre en compte la marge d'appréciation, par contre une fois à ce niveau-là, nous privilégierons la solution la plus protectrice dans le sens du principe *pro persona*. C'est-à-dire par exemple, que lorsque nous analyserons les différentes pratiques cantonales, les mesures les plus protectrices seront privilégiées dans

727 BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 14.

728 COUREDH (GC), Affaire Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie, n°47848/08, Opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque, 17 juillet 2014, p. 68-69.

729 COUREDH (GC), Affaire Garig c. Pays-Bas, n°43494/09, Opinion séparée du Juge Pinto de Albuquerque, p. 58.

730 *ibid.*, p. 58-59, COUREDH (GC), Affaire Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie, n°47848/08, Opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque, p. 68.

731 COUREDH (GC), Affaire Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie, n°47848/08, Opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque, p. 69.

732 BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 33, CIDH, Affaire Ricardo Canese c. Paraguay, fond, réparation et coûts, 31 août 2004, § 181, CIDH, Affaire Herrera-Ulloa c. Costa Rica, objections préliminaires, fond, réparation et coûts, 2 juillet 2004, § 184, CIDH, Avis consultatif demandé par les gouvernements de la République d'Argentine et de la République orientale de l'Uruguay, OC-13/93, 16 juillet 1993, § 50.

733 VANNESTE, 2016, p. 86ss.

l'argumentation⁷³⁴. L'interprétation *pro persona* nous permet ainsi de relativiser l'importance de la doctrine de marge d'interprétation dans le cadre des standards minimaux, et ce d'autant plus si un consensus est visible grâce à notre critère factuel.

Nous avons présenté les principales méthodes qui vont guider notre interprétation des garanties des droits humains. Il reste à présenter sur quels outils d'interprétation va se fonder notre raisonnement.

C. Le cadre de référence pour l'interprétation : les outils d'interprétation

Pour procéder à l'interprétation des garanties, nous utiliserons plusieurs sources d'interprétation. Cette section a pour objet de les présenter. Trois groupes de sources d'interprétation seront utilisés. Il convient d'expliquer pour quelles raisons elles sont pertinentes et justifier le fait d'y avoir recours. Premièrement, nous l'avons dit, plusieurs traités internationaux seront analysés pour interpréter les garanties applicables. Chaque traité pourra constituer une source d'interprétation pour une garantie contenue dans les autres traités. Ces sources d'interprétation feront l'objet de la Sous-section 1. Deuxièmement, l'évolution des circonstances sociétales devant être prise en compte au titre de l'interprétation évolutive, elle peut être appréhendée par l'utilisation de *soft law* (Sous-section 2). De plus, pour saisir l'évolution des réalités sociales de nombreux documents des acteurs en matière d'éducation et de prestations sociales suisses seront étudiés⁷³⁵. Ils permettront également d'appréhender le contexte d'application des normes, indispensable à leur interprétation. Ce contexte sera présenté en partie par des documents issus de la pratique suisse (Sous-section 3). En somme, nous ferons appel à une *combinaison de sources* tant contraignantes que non contraignantes pour motiver notre argumentation à l'image de la pratique de tribunaux internationaux comme la CourEDH ou la CIDH lorsqu'elles motivent leurs décisions⁷³⁶.

734 Par exemple, nous argumenterons que les pratiques cantonales qui prévoient des réductions à titre de sanction allant au maximum jusqu'à 30% du montant des prestations d'aide sociale sont les seules admissibles et non pas les réductions supérieures : cf. Chapitre 6, III, F, 4.

735 Par exemple la CSIAS, la CDIP voire même l'OFS ont émis de nombreux documents en la matière.

736 SUDRE, 2016, p. 155, BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 46-47.

1. L'ensemble des traités internationaux pertinents : l'interprétation intégrative

Nous nous baserons, nous l'avons dit, sur plusieurs traités internationaux. L'art. 31 § 3 let. c CVT donne la possibilité d'interpréter un traité à la lumière d'autres normes internationales⁷³⁷. La CIJ l'a reconnu et estime que selon cette disposition les traités ne doivent pas être interprétés de manière totalement indépendante d'autres normes de droit international⁷³⁸. La CourEDH a également souligné que la CEDH n'est jamais le seul cadre de référence pour une interprétation des droits qui y sont contenus⁷³⁹. Par exemple, dans son arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, la Cour estime que « *la Cour n'a jamais considéré les dispositions de la Convention comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes* »⁷⁴⁰. On appelle cette démarche l'interprétation intégrative⁷⁴¹. La CIDH utilise également l'ensemble du droit international contraignant pertinent pour l'interprétation des garanties de la Convention interaméricaine des droits de l'homme⁷⁴². Au niveau de l'ONU, les comités utilisent également d'autres traités internationaux pour l'interprétation⁷⁴³. Le CESCR rappelle l'idée d'indivisibilité et

737 BÄCHLER, A paraître, p. 8, DUPUY, 2014, p. 356.

738 CIJ, *Affaire des Plats-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* 6 novembre 2003, § 41.

739 SCHLÜTTER, 2012, p. 298-299, COUREDH (GC), *Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, n°18030/11, § 138.

740 COUREDH (GC), *Affaire Demir et Baykara c. Turquie*, n°34503/97, § 67.

741 SCHMID et NAVARRO, *Rezenion: Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, in *Jusletter* 2017 16, p. 3-4, DUPUY, 2006, p. 420ss, VAN DROGHENBROECK, *Les frontières du Droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'Homme repousse les limites. En marge de l'arrêt de Grande Chambre du 12 novembre 2008 rendu en l'affaire Demir et Baykara c. Turquie*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009 79, 811ss, p. 822ss. Il faut la distinguer de l'interprétation intégrative des droits de la CEDH en vue de leur prolongement sociaux. Cette interprétation que nous verrons au Chapitre 8, V, s'en rapproche mais poursuit le but spécifique d'interprétation des droits de la CEDH en faveur d'aspects de droits traditionnellement considérés comme des DESC.

742 BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 47, par exemple : CIDH, *Affaire du peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Équateur*, § 161.

743 Par exemple : CDH, *Constatations*, Communication n°950/200, *Affaire Jgatheeswara Sarma c. Sri Lanka*, CCPR/C/78/D/950/2000, 16 juillet 2003, § 9.3, CERD, *Opinion*, Communication n°30/2003, *Affaire la communauté juive d'Oslo et al. c. Norvège*, CERD/C/67/D/30/2003, 22 août 2005, § 7.3, qui se réfère aux documents du CDH et à la jurisprudence de la CourEDH.

d'interdépendance des droits humains que nous avons évoquée au Chapitre 1. L'interprétation du Pacte ONU I doit se faire « (...) à la lumière de toutes les autres obligations relatives aux droits de l'homme (...) »⁷⁴⁴.

SCHLÜTTER estime que cette méthode pourrait même devenir une des principales pour l'interprétation des droits humains. Au début, cette pratique consistait à se référer uniquement à des instruments très connus du droit international des droits humains, comme la DUDH ou le pacte ONU I, les organes tendent à se référer même maintenant à des conventions non encore acceptées par l'ensemble de la communauté internationale⁷⁴⁵. Selon le Juge PINTO DE ALBUQUERQUE, c'est aussi le cas de la Cour EDH. Il va même plus loin et estime que « *la pertinence des standards de droits de l'homme établis dans d'autres traités et conventions ne dépendent ni du nombre de leurs ratifications respectives, ni du nombre d'États membres du Conseil de l'Europe qui y sont soumis, ni même du fait que l'État défendeur les ait ratifiés* »⁷⁴⁶. La possibilité de se fonder sur des traités non ratifiés par l'État est très controversée⁷⁴⁷. Est-il vraiment légitime de se référer à de tels traités en l'absence de ratification ? En effet, comme le disent SZYMCZAK et TOUZÉ, il serait « *problématique d'imposer à un État (...) une obligation juridique qu'il n'a pas acceptée et, pire, qu'il a formellement refusée* »⁷⁴⁸. Toutefois, selon SCHMID et NAVARRO, il ne faut pas confondre l'interprétation intégrative avec le fait de se fonder sur des sources externes à la CEDH. L'interprétation intégrative notamment utilisée dans l'arrêt *Demir et Baykara* précité doit être rapprochée de la règle de l'art. 31 CVT voulant que le traité doive être interprété « *de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* »⁷⁴⁹.

Ayant présenté l'importance des traités comme sources d'interprétation, il convient de présenter le deuxième groupe de sources : le *soft law*.

744 CESCR, Constatations, Communication n°5/2015, Affaire Ben Djazia et Bellili c. Espagne, E/C.12/61/D/5/2015, 21 juillet 2017, § 15.4.

745 SCHLÜTTER, 2012, p. 301.

746 COUREDH (GC), Affaire Muršić c. Croatie, n°7334/13, Opinion en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque, 20 octobre 2016, p. 86.

747 SZYMCZAK et TOUZÉ, La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2010), in *Annuaire français de droit international* 2011 57, 611ss, p. 633, VAN DROOGHENBROECK, 2009, p. 822ss.

748 SZYMCZAK et TOUZÉ, 2011, p. 633.

749 SCHMID et NAVARRO, 2017, p. 4.

2. Le soft law

Outre des traités de *hard law*, les documents de *soft law* sont très importants pour l'interprétation, en particulier dans le domaine des droits humains⁷⁵⁰. À la sous-section suivante, nous définirons le *soft law* qui se comprend comme des règles de droit non contraignantes et qui est parfois difficile à distinguer du *hard law*. Ces documents de *soft law* permettent notamment aux États de s'exprimer sur des instruments internationaux par rapport aux changements de société et sont donc très utiles dans le cadre de la méthode d'interprétation évolutive que nous avons présentée précédemment. La pratique de se baser sur des documents de *soft law* va dans le sens d'une interprétation évolutive et dans le sens de considérer que les traités des droits humains ne doivent pas être interprétés en les considérant eux seuls⁷⁵¹. Par exemple, la CourEDH estime que la Convention ne peut pas être interprétée dans le vide, mais doit l'être en harmonie avec, on l'a dit, le reste du droit international, mais également du *soft law*. Selon le juge Pinto de Albuquerque, depuis l'arrêt Golder⁷⁵², la Cour a reconnu que toutes les règles et tous les principes pertinents du droit international applicables entre les parties doivent être pris en considération au sens de l'art.31 § 3 let.c de la CVT⁷⁵³. De plus, la méthode consensuelle peut aussi se fonder sur le *soft law* comme l'estime le juge Pinto de Albuquerque⁷⁵⁴. Comme au titre de notre critère factuel, nous rechercherons des consensus cantonaux, nous évoquerons des documents similaires au *soft*

750 BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 47, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 34, GAMMELTOFT-HANSEN, LAGOUTTE et CERONE, *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Introduction, in : *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, (Lagoutte, édit.), Oxford 2017, p. 1ss, p. 1, COUREDHC (GC), Affaire Muršić c. Croatie, n°7334/13, Opinion en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque, p. 3ss, la CourEDH a également utilisé les documents des organes des traités, p. ex : COUREDHC (GC), Affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse, n°41615/07, 6 juillet 2010, § 55, la CIJ se réfère également à ce type de document : CIJ, *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, § 111 et 112. Enfin, le TF aussi leur reconnaît une importance dans l'interprétation : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, consid. 6.5 (à propos de documents des organes des traités de l'ONU), TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 118 Ia 64, consid. 2 (à propos de résolutions et recommandations des organes du Conseil de l'Europe), TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 106 Ia 277, 30 septembre 1980, consid. 3c, (à propos de résolutions et recommandations des organes du Conseil de l'Europe).

751 MCCALL-SMITH, 2017, p. 28, COUREDHC (GC), Affaire Muršić c. Croatie, n°7334/13, Opinion en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 10ss.

752 COUREDHC, Affaire Golder c. Royaume-Uni, n°4451/70, § 29.

753 COUREDHC (GC), Affaire Muršić c. Croatie, n°7334/13, Opinion en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque, p. 82.

754 *ibid.*, § 10-14.

law international, mais au niveau suisse, comme des recommandations ou directives d'organes intercantonaux.

Avant cela, nous devons commencer par présenter cette notion de *soft law* (Sous-section a). Ensuite, parmi ce *soft law*, les documents des organes constitueront une de nos principales sources d'interprétation ; notre démonstration se fondant en partie sur des arguments tirés de ces documents. Il se justifie donc de s'y attarder particulièrement dans une deuxième sous-section (Sous-section b).

a. La définition et la nature juridique du *soft law*

La définition du *soft law* continue de susciter bien des débats dans le droit international. Premièrement, des débats sont présents sur la définition même du terme⁷⁵⁵. Ensuite, d'autres se placent notamment sur l'utilisation croissante de ce type de documents : certains saluent ces développements en relation avec la nécessité d'interprétation dynamique alors que d'autres y voient une fragmentation du droit international menant à des interprétations incohérentes et une confusion conceptuelle au détriment de la théorie des sources qui affaiblirait le droit international. L'élément volontariste du droit international serait également mis à mal et cela impliquerait des obligations imprévisibles⁷⁵⁶. Ce débat est notamment lié à la question de la qualité de source du *soft law*. Certains estiment que ces documents ne sont pas des sources du droit au sens de l'art. 38 du Statut de la CIJ, alors que d'autres adoptent une approche plus large de cet article en estimant que ces documents peuvent prétendre à une certaine juridicité⁷⁵⁷.

Nous aborderons ce débat à la sous-section suivante dans le cadre d'une discussion sur le caractère contraignant de certains documents de *soft law*.

755 CERONE, A Taxonomy of Soft Law, Stipulating a Definition, in : Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, (Lagoutte, éd.), Oxford 2017, p. 15ss, p. 16, TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, Le Soft Law et la Cour européenne des droits de l'homme : Questions de légitimité et de méthode, in RTDH 2012 91, 433ss, p. 437, sur la difficulté de poser une définition : DUPLESSIS, Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international, in Revue québécoise de droit international 2007, 245ss, p. 249.

756 GAMMELTOFT-HANSEN, LAGOUTTE et CERONE, 2017, p. 4, NICOLAIDIS et TONG, Diversity or Cacophony the Continuing Debate over New Sources of International Law, in Michigan Journal of International Law 2004 25(4), 1349ss, p. 1361ss, DUPUY, Droit déclaratoire et droit programmatore de la coutume sauvage à la « *soft law* », Toulouse 1974, p. 134-134.

757 Sur ce débat : CERONE, 2017, p. 16, DUPLESSIS, 2007, p. 249, OLIVIER, The Relevance of « *Soft Law* » as a Source of International Human Rights, in Comparative and International Law Journal of Southern Africa 2002 35(2), 289ss, p. 306-307, RIEDEL, Standards and Sources Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law, in European Journal of International Law 1991 2(2), 58ss, p. 58ss, TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, 2012, p. 448ss.

Nous pouvons retenir à ce stade que le *soft law* est généralement compris comme certaines normes dont au moins une partie d'entre elles a un impact certain sur l'interprétation, l'application et le développement des droits humains⁷⁵⁸. Deux critères peuvent être retenus pour circonscrire notre définition de *soft law* à l'image de ceux choisis par CERONE : le contenu doit être formulé comme une règle et cette règle bénéficie d'un minimum d'acceptation des États. Ce dernier critère peut être déterminé par des indices comme la nature et la forme des instruments dans laquelle la norme apparaît ou le nombre et la représentativité des États impliqués à sa création par exemple⁷⁵⁹. Pour les besoins de la présente étude, il n'est pas nécessaire de se pencher plus avant sur la définition de cette notion. Nous allons utiliser plutôt une définition pragmatique et lister les types de documents qui seront utiles à notre démarche et qui respectent nos deux critères, notamment celui d'un minimum d'acceptation des États. Pour ce faire, nous pouvons nous inspirer d'une liste exposée par le Juge PINTO DE ALBUQUERQUE⁷⁶⁰. Il cite les déclarations, résolutions et recommandations d'organisations internationales, les documents des organes des traités, les codes de conduites et bonnes pratiques des organisations internationales ou encore les rapports d'individus tels que les rapporteurs spéciaux de l'ONU. Il convient maintenant de parler d'une source privilégiée de *soft law* pour notre thèse : les documents des organes des traités.

b. Les documents des organes des traités

Les États ont confié la responsabilité principale du contrôle du respect de la mise en œuvre nationale des droits humains aux organes des traités. Ces derniers sont établis par les différentes conventions, mais ne sont pas formellement des Organisations internationales⁷⁶¹. Ces organes ont depuis longtemps adopté des décisions sous la forme d'observations finales à la suite d'examen des rapports étatiques, de vues pour les plaintes individuelles et des observations générales comme des réponses résumées à des questions générales sur la pratique des droits humains. Ces différentes décisions ne sont pas juridiquement contraignantes, mais elles ne sont pas pour autant sans aucune importance légale⁷⁶². Ces documents sont une forme de *soft law*⁷⁶³. Ils ont

758 CERONE, 2017, p. 15.

759 *ibid.*, p. 19-20.

760 COUREDH (GC), Affaire Muršić c. Croatie, n°7334/13, Opinion en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 23.

761 KELLER, 2012b, p. 2-3.

762 *ibid.*, p. 3.

763 KHALIQ et CHURCHILL, The Protection of Economic and Social Rights: a Particular Challenge?, in : *ibid.* (édit.), p. 199ss, p. 206, MCCALL-SMITH, 2017, p. 28.

contribué au développement des obligations des droits humains et ils permettent de guider l'interprétation et peuvent répondre de manière adéquate à l'état de la société et du droit⁷⁶⁴. Même si ces documents ne sont pas juridiquement contraignants, la doctrine leur reconnaît de l'importance. Selon DIMITRIJEVIC, cité par O'FLAHERTY⁷⁶⁵ : « *a statement of an authoritative body performing an important supervisory function cannot remain without consequences* ». Enfin, selon ULFSTEIN : « *States parties have a legal obligation to attach great legal weight to the findings of treaty bodies, but these findings are not legally binding* »⁷⁶⁶. Recourir aux documents des organes des traités est conforme à la CVT. La notion de pratique subséquente de cette convention permet de recourir aux travaux des organes des traités pour l'interprétation, ces documents correspondant aux règles de l'art. 31 § 3 let. b CVT⁷⁶⁷. L'Association de droit international considère de même que, selon une approche large, la pratique au sens de cette disposition peut aller au-delà de celle des États au sens strict et comprendre également les recommandations des organes⁷⁶⁸.

L'importance interprétative de ces documents est semblablement reconnue par la jurisprudence internationale. La CIJ se réfère également à ce type de document. Elle l'a fait en prenant en compte les observations finales du CDH et du CESCRC sur Israël comme des interprétations des obligations de ce pays⁷⁶⁹. Elle a précisé plus récemment qu'un grand poids devait être accordé aux constatations interprétatives du CDH. La Cour estime : « (...) *devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe [le CDH] indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles* »⁷⁷⁰. La CIJ fait ici référence tant

764 MCCALL-SMITH, 2017, p. 27-28.

765 O'FLAHERTY, The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodie, in *Human Rights Law Review* 2006 6, 27ss, p. 34.

766 ULFSTEIN, Individuals Complaints, in : *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, (Keller, édit.), Cambridge 2012, p. 73ss, p. 115.

767 SCHLÜTTER, 2012, p. 289.

768 O'FLAHERTY, 2006, p. 35, INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION et COMMITTEE ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE, Berlin Conference, Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies 2004, § 22, O'FLAHERTY, 2006, p. 35.

769 CIJ, Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, § 111-112, KÄLIN, 2012, p. 32.

770 ULFSTEIN, 2012, p. 93, CIJ, Affaire Ahmadou Sadio Diallo, (République de Guinée c. République démocratique du Congo), 30 novembre 2010, § 66.

aux communications dans des procédures individuelles qu'aux observations générales par le terme général de *jurisprudence interprétative*⁷⁷¹. Nous procéderons de même et nous nous référerons à l'ensemble de la jurisprudence interprétative des comités qui comprendra tant les constatations que les observations générales en y incluant également les observations finales. La CourEDH fait souvent référence aux documents des organes pour interpréter la CEDH⁷⁷². Par exemple, elle s'est référée à l'Observation générale n°20 du CDH en 2014 pour interpréter le droit à un jugement équitable dans une affaire relative à la Croatie⁷⁷³ ou aux observations générales du CDH n°17 et 19 pour interpréter le sens du meilleur intérêt de l'enfant en 2010 dans une affaire concernant la Suisse⁷⁷⁴. Enfin, pour un dernier exemple au niveau international, la CIDH utilise également les documents des organes des traités onusiens pour interpréter la Convention dont elle est chargée d'assurer le contrôle. Elle s'est référée à l'Observation générale n°21 du CDESCR dans l'affaire Communauté indigène Xákmok Kásek c. Paraguay⁷⁷⁵.

De même, s'agissant de l'échelon national, le Rapport de l'Association de droit international a conclu que les constatations des organes des traités, même sans en reconnaître le caractère juridiquement contraignant, sont devenues une source d'interprétation pertinente pour beaucoup de cours nationales dans l'interprétation des droits humains⁷⁷⁶. Le TF a aussi appliqué des documents des organes. Dans l'ATF 137 I 305, le TF s'intéresse aussi dans cette affaire au poids des recommandations et observations du CEDEF. Il estime que même si le caractère contraignant des recommandations générales ou des observations finales du Comité n'est pas admissible, ces documents ne sont pas néanmoins dépourvus de toute portée juridique. Ils constituent une source importante pour l'interprétation d'un traité. L'autorité du Comité vaut, selon le TF, particulièrement lorsqu'il constate une violation ou prend position sur l'interprétation d'une des dispositions de la Convention et moins quand il énonce des conseils généraux en vue d'une meilleure mise en œuvre

771 ULFSTEIN, 2012, p. 98, CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, (République de Guinée c. République démocratique du Congo), § 66.

772 MCCALL-SMITH, 2017, p. 42ss.

773 COUREDH (GC), *Affaire Margus c. Croatie*, n°4455/10, 27 mai 2014, § 48.

774 COUREDH (GC), *Affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n°41615/07, § 55.

775 BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 47, CIDH, *Affaire de la communauté indigène Xákmok Kásek c. Paraguay*, 24 août 2010, § 216.

776 VAN ALEBEEK et NOLLKAEMPER, *The Legal Status of Decision by Human Rights Treaty Body in National Law*, in : *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, (Keller, édit.), Cambridge 2012, p. 356ss, p. 399, INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION et COMMITTEE ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE, 2004, § 175.

de la Convention⁷⁷⁷. Dès lors, bien que ces documents ne soient pas considérés comme contraignants, le TF leur admet une certaine autorité⁷⁷⁸.

3. Le contexte d'application

Ces sources de *hard law* et *soft law* constitueront nos principaux outils d'interprétation. Cependant, d'autres sources restent à examiner : celles attestant du contexte d'application des garanties que nous interpréterons. En effet, une interprétation juridique se fait nécessairement en contexte. Une herméneutique juridique philosophique empruntée à GADAMER et d'autres auteurs⁷⁷⁹ peut nous aider à déterminer si les obligations juridiques de la Suisse exigent une harmonisation parce qu'elle permet de comprendre comment influe le contexte d'application sur le sens à donner à des normes juridiques, notamment par la notion de cercle herméneutique. Cette notion est une notion ancienne qui n'est pas dénuée de toute ambiguïté. Elle est inspirée des travaux de GADAMER ou de RICOEUR⁷⁸⁰.

Le cercle herméneutique dans sa structure verticale appréhende la rencontre entre le texte et le contexte⁷⁸¹. Cette notion permet de donner de l'importance au contexte d'application. Le sens d'un concept ne peut pas être compris par des méthodes abstraites supposant le détachement du contexte et la neutralité de l'interprète. Mais la construction du sens d'une norme, selon l'herméneutique philosophique, nécessite une médiation importante du contexte d'application et de l'interprète⁷⁸². En somme, l'interprétation est conçue comme une rencontre entre un texte et un contexte, où l'interprète joue un rôle actif dans ces rencontres⁷⁸³.

777 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, consid. 6.5.

778 SCHMID, 2016, p. 18.

779 Voir à ce sujet GADAMER, *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, 2^e éd., Paris 1976, le choix de cette herméneutique philosophique s'inspire principalement de ces deux auteurs : PAPAUX, 2006, p. 168, KOCH, 2006, p. 411.

780 KOCH, 2006, p. 411, note de fin n°29. Nous mettons d'avance en garde le lecteur sur le point qu'il ne s'agit pas ici de reprendre en détail toute l'herméneutique philosophique de GADAMER ou de ces auteurs. Plus que de définir une méthode propre, l'herméneutique peut contribuer à une meilleure compréhension de la démarche interprétative et donc de notre étude et à garantir plus de clarté dans la méthode de démonstration de la thèse.

781 Cette formule est reprise de *ibid.*, p. 405ss

782 PAPAUX, 2006, p. 163 et 170.

783 KOCH, 2006, p. 411.

Pour comprendre cette importance du contexte dans l'application d'une norme juridique aux cas, il faut parler du saut qualitatif entre eux. L'herméneutique philosophique considère notamment qu'un saut qualitatif est nécessaire entre la loi générale et abstraite et le cas singulier et concret. Ce saut ne peut être résolu que par la médiation d'un contexte et d'un interprète⁷⁸⁴. La norme juridique n'est pas suffisante en elle-même. Le sens ne se trouve pas en soi dans le texte, les mots n'ont pas de sens univoque. En effet, la norme juridique est générale et abstraite, alors que les cas qu'elle a à régir sont singuliers et concrets⁷⁸⁵. Hors d'un contexte, un texte juridique n'a qu'un sens limité⁷⁸⁶. En somme, la compréhension d'un texte est toujours de l'application⁷⁸⁷. Il n'est pas possible d'avoir une interprétation adéquate sans un intérêt à l'appliquer pour une solution à un problème juridique concret⁷⁸⁸. C'est aussi pour cette raison que nous prenons pour exemple le cas concret de Madame Harmonie, pour permettre de comprendre les obligations internationales dans un contexte.

L'influence du contexte sur le sens juridique peut être expliquée par la notion d'ajustement réciproque du droit et des faits⁷⁸⁹. RICOEUR l'explique très bien lorsqu'il affirme que « *[l]application d'une règle juridique est en fait une opération très complexe où l'interprétation des faits et celle de la norme se conditionnent mutuellement. [...] le même enchaînement factuel peut être interprété de plusieurs manières [...] et telle façon de lire l'enchaînement est déjà orientée par la présomption selon laquelle tel enchaînement narratif place le cas considéré sous telle règle de droit* »⁷⁹⁰. On est en présence d'un va-et-vient entre fait et droit, les interprètes sélectionnent les faits par rapport à la norme qui détermine lesquels sont pertinents⁷⁹¹. La compréhension du texte n'est donc pas un décodage⁷⁹², qui rendrait possible une déduction, mais plutôt un raisonnement analogique où le contexte joue un rôle très important. Un

784 PAPAUX, 2006, p. 174.

785 *ibid.*, p. 174.

786 KOCH, 2006, p. 419.

787 *ibid.*, p. 419.

788 *ibid.*, p. 419.

789 MORAND et OST, Y a-t-il un texte dans le prétoire?, in RIEJ 1999 1, p. 8.

790 RICOEUR, Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique, in : *Interprétation et droit*, (Amselek/Chevallier, édit.), Bruxelles, Aix-en-Provence 1995, p. 177ss, p. 180.

791 MOOR, Herméneutique et droit administratif, La question du pouvoir, in RIEJ 1999 42, p. 51ss.

792 PAPAUX, 2006, p. 171.

raisonnement abductif⁷⁹³ comprenant un va-et-vient entre le cas et le concept est mieux à même de saisir le problème d'une qualification juridique⁷⁹⁴. L'étude du contexte suisse des personnes concernées par l'aide sociale permettra ce type de raisonnement.

Il faut donc rechercher notre exigence d'harmonisation des droits humains dans un contexte d'application et non de manière abstraite. Notre contexte sera étudié non seulement à l'aide de notre exemple de Madame Harmonie, mais également à l'aide des critères factuels de l'harmonisation. Ces critères factuels seront mis en lumière par l'étude des pratiques législatives cantonales, mais également par des sources provenant d'acteurs qui s'intéressent aux conditions de vie des personnes concernées par les lois cantonales d'aide sociale. D'ailleurs, le CDE a admis que pour une mise en œuvre adéquate des droits des enfants, le dialogue avec les ONG nationales est particulièrement important⁷⁹⁵ pour notamment « *trouver de nouvelles idées pour élever le niveau de vie des groupes d'enfants vulnérables* »⁷⁹⁶. Nous le verrons dans le chapitre suivant, Caritas a abondamment publié sur cette question de la pauvreté des enfants en lien avec les prestations que nous étudions. Ces documents permettront de comprendre le sens des garanties des droits humains interprétées en se rapprochant des cas singuliers et concrets qui eux seuls permettent de comprendre réellement la norme juridique à appliquer. À cet égard, l'exemple de notre famille Harmonie sera également très important, offrant un exemple singulier et concret pour comprendre le sens des normes juridiques des droits humains en contexte. Ainsi, l'intérêt d'avoir une solution juridique concrète sera présent pour répondre aux enjeux concrets du fédéralisme. Nous pourrions donner un sens aux textes des droits humains dans le contexte des difficultés liées au fédéralisme pour les personnes concernées par l'aide sociale.

793 MORAND et OST, 1999, p. 4, PAPAUX, 2006, p. 171, l'abduction selon ces auteurs, reprenant ECO, est une « *adoption provisoire d'une inférence explicative devant être soumise à vérification expérimentale et qui vise à trouver également, en même temps que le cas, la règle* ». L'interprète choisit une norme qu'il pense applicable et vérifie son choix en la confrontant au cas particulier. Plus la lecture des faits avancera, plus celle-ci influencera le choix qui pourra alors changer. Il faut préciser que cette lecture est, elle aussi, influencée par l'hypothèse légale préalable du juge, de telle sorte que les faits et la norme pertinents seront déterminés, en même temps, à la fin du raisonnement.

794 MORAND et OST, 1999, p. 4, PAPAUX, *Herméneutique juridique, qualification et abduction*, in *ibid.* 42, 85ss, p. 117.

795 NOLAN, Art. 27. The Right to a Standard of Living Adequate for Child's Development, in : *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary*, (Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 1021ss, p. 1035, CDE, Observations finales, Congo, CRC/C/COG/CO/2-4, 25 février 2014, § 65, CDE, Observations finales, Sao Tomé-et-Principe, CRC/C/STP/CO/2-4, 29 octobre 2013b, § 53.

796 CDE, Observations finales, Hongrie, CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 47.

Deuxième partie :

**La démonstration
de la question
de recherche :
les obligations
internationales
des droits humains
exigent-elles une
harmonisation
des lois cantonales
d'aide sociale ?**

Chapitre 4 :

Les critères de l'exigence d'harmonisation : les standards minimaux et l'interdiction de la discrimination

Ce chapitre constitue le premier de la démonstration proprement dite de la question de recherche (cf. Chapitre 1). À l'aide des notions expliquées lors des 3 premiers chapitres, il est temps désormais de vérifier notre hypothèse : les obligations internationales (cf. Chapitre 3) de la Suisse exigent une harmonisation (cf. Chapitre 2, I) des droits cantonaux de l'aide sociale (cf. Chapitre 2, II).

Nous l'avons expliqué au Chapitre 2 concernant l'harmonisation, notre démarche sera fondée sur des critères juridiques et factuels. Les critères juridiques seront identifiés selon une démarche en deux temps similaire à celle de WYTTENBACH⁷⁹⁷ qui est d'abord centrée sur la mise en œuvre cantonale de standards minimaux et de l'interdiction de la discrimination au sein d'un même canton, puis sur une analyse de la discrimination basée sur le domicile entre différents cantons. Ces obligations en rapport avec le principe de légalité centrées sur un seul canton d'une part et en rapport avec le principe d'égalité centrées sur plusieurs cantons d'autre part demandent la prise de mesures de contrôle des droits cantonaux par la Confédération.

Nous aborderons premièrement les standards minimaux à la Section I. Deux notions sont importantes dans ce cadre. Premièrement, nous présenterons le contenu normatif d'une obligation des droits humains nécessaire à la compréhension de la notion de standards minimaux (Section I, A). Ensuite, nous présenterons l'obligation fédérale de contrôle des standards minimaux en cas de mise en œuvre imparfaite de la part des cantons (Section I, B).

Ensuite, à la Section II, nous analyserons l'interdiction de la discrimination. Nous commencerons par en présenter la notion en général (Section II, A). Dans cette section nous la distinguerons tout d'abord du principe de l'égalité. Même si l'interdiction de la discrimination pourrait se comprendre à

797 WYTTENBACH, 2017, p. 148ss.

première vue comme un synonyme de l'égalité, c'est une notion plus étroite que comporte un élément de plus : un élément de dépréciation ou d'avilissement⁷⁹⁸. Puis, nous analyserons l'interdiction de la discrimination au sein d'un seul canton qui, si elle n'est pas mise en œuvre de manière suffisante, peut fonder une exigence d'harmonisation au même titre que les standards minimaux (Section II, B).

Enfin, nous arriverons au deuxième temps de l'approche de WYTTENBACH et nous aborderons la question de l'applicabilité du principe d'égalité entre différents cantons en tant qu'argument supplémentaire à l'existence d'une exigence d'harmonisation (Section II, C).

I. Une exigence d'harmonisation liée aux standards minimaux

Cette section s'intéressera aux standards minimaux. Nous commencerons par présenter le contenu normatif d'une garantie des droits humains (Sous-section A). Après avoir présenté ce contenu normatif en général, il est encore nécessaire de décrire le contenu normatif spécifique aux droits et dispositions pertinents pour notre démonstration. Nous aborderons ces notions au Chapitre 5, compte tenu de l'ampleur de la tâche. En effet, un chapitre entier n'est pas de trop pour traiter de ces différents contenus normatifs spécifiques à chaque droit humain pertinent. Il s'agit des droits relatifs à un niveau de vie suffisant en général (Chapitre 5, I), les garanties relatives à un niveau de vie suffisant spécifiques pour les femmes et les enfants (Chapitre 5, II), du droit à l'éducation (Chapitre 5, III) et enfin du droit à la sécurité sociale (Chapitre 5, IV). La mise en œuvre de ces standards constituera le premier argument appuyant l'exigence d'harmonisation. L'exigence d'harmonisation en rapport avec ces standards sera expliquée à la Sous-section B du Chapitre 4, I.

A. Le contenu normatif d'une obligation des droits humains en général

Cette sous-section va décrire le contenu normatif d'une obligation internationale des droits humains en général. Nous présenterons la notion des trois niveaux d'obligation et en particulier celle de mise en œuvre (*obligation to fulfil*) dans une Sous-section 1. Dans une Sous-section 2, les obligations immédiates générales au sens de l'art. 2 PIDESC seront examinées. Parmi ces obligations,

798 MAHON, Droit constitutionnel, Volume II, 3^e éd., Basel, Neuchâtel 2014, p. 250ss.

nous nous pencherons premièrement sur le concept de noyau dur. Ce concept est central pour notre thèse qui traite d'un domaine où sont applicables de nombreux aspects des droits humains traditionnellement considérés comme des DESC. Or, le noyau dur cherche à donner un contenu normatif aux DESC⁷⁹⁹. Enfin, nous expliquerons comment évaluer la mise en œuvre de telles obligations dans une Sous-section 3.

1. Les trois niveaux d'obligation : l'obligation de mise en œuvre en particulier

Dans cette sous-section nous allons présenter les trois niveaux d'obligation en nous concentrant sur l'obligation de mise en œuvre. Premièrement, nous présenterons des considérations générales (Sous-section a). Ensuite, pour mieux appréhender ces notions pour notre thèse, nous expliquerons leurs implications spécifiquement pour le niveau cantonal (Sous-section b) puis fédéral (Sous-section c).

a. Les trois niveaux d'obligation en général (obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre)

Les conventions des droits humains contiennent des articles d'introduction formulés de manière générale, à côté des garanties spécifiques matérielles. Il est largement admis que tous les droits humains, qu'ils soient civils, culturels, économiques, politiques ou sociaux, impliquent des obligations à la fois négatives et positives, qui peuvent être séparées en trois catégories⁸⁰⁰. La notion de contenu normatif peut être appréhendée par les différentes catégories d'obligations des droits humains⁸⁰¹. Ces catégories sont les obligations d'abstention (*obligation to respect*), les obligations de protection (*obligation to protect*) et les obligations de mise en œuvre (*obligation to fulfil*)⁸⁰². SCHMID et

799 CHOWDHURY, *Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective*, in *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers 2009 27*, 1ss, p. 2, YOUNG, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: Concept in Search of Content*, in *Yale Journal of International Law* 2008 33(1), 113ss, p. 113.

800 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 87-89 WYTTENBACH, 2017, p. 84-85, cela permet de passer outre la conception vieillissante de génération : KOCH, 2006, p. 406, HERTIG RANDALL et HOTTELIER, *Introduction aux droits de l'homme*, Genève 2014, p. 53 WYTTENBACH, 2017, p. 84-85, et pour un document des organes des traités voir par exemple : CEDEF, *Recommandation générale n°28*, CEDAW/C/GC/28, § 9.

801 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 68.

802 *ibid.*, p. 87-89 BOYLE, 2018, p. 6, CHATTON, Art. 3 CEDEF, in : CEDEF, *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire*, (Hottelier/Lempen/Hertig Randall, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 75ss, p. 81, BESSON et KLEBER, Art. 2. *The Right to Non-Discrimination*, in : *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary*, (Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 41ss, p. 50, NOWAK, 2005, p. 37-38.

NOLAN illustrent de manière claire cette typologie : « *[t]he obligation to respect prohibits the state from interfering with existing enjoyment of rights, for instance by arbitrarily destroying food or water sources. The obligation to protect tasks the state with ensuring that nonstate actors do not interfere with people's enjoyment of [human rights], such as by adopting and enforcing legislation to protect against abuses in the workplace by private companies. The obligation to fulfil implies that state parties are obliged to do whatever it takes to overcome obstacles to the full enjoyment of the right in question, including both the immediate and progressive duties it imposes* »⁸⁰³. Il convient d'ajouter que les obligations de mise en œuvre peuvent être encore divisées en plusieurs catégories. L'obligation de faciliter, l'obligation de promouvoir et l'obligation d'assurer ou fournir certaines prestations⁸⁰⁴. Selon certains auteurs, seule la sous-obligation *promotionnelle* n'est pas vraiment propre à un contrôle judiciaire. En particulier, une obligation d'assistance, découlant du troisième niveau, est considérée comme justiciable au moins dans des cas de vulnérabilité patente⁸⁰⁵. Nous reviendrons sur ces critères de justiciabilité au Chapitre 8.

L'obligation de respecter est dite négative alors que les autres niveaux sont appelés des obligations positives⁸⁰⁶. Cette terminologie tripartite pour définir les obligations a été développée dans le souci d'expliquer les obligations des DESC et des DCP et pour remplacer la dichotomie traditionnelle d'obligations positives et négatives⁸⁰⁷. Deux types d'obligations positives existent, les obligations expresses directement prévues dans les textes des conventions et les obligations positives issues de l'interprétation⁸⁰⁸. S'agissant de ces dernières, nous présenterons les critères applicables à leur détermination à la Sous-section 3. Cette obligation du troisième niveau de donner effet ou de mettre en œuvre implique que l'État garantisse la jouissance effective des droits humains en pratique. Cela signifie dans certaines circonstances

803 SCHMID et NOLAN, 'Do No Harm'? Exploring the Scope of Economic and Social Rights in Transitional Justice, in *The International Journal of Transitional Justice* 2014 8, 362ss, p. 366.

804 CESCR, Observation générale n°15, Le droit à l'eau (art.11 et 12), E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003, p. 25ss, WYTTENBACH, 2017, p. 86, WILSON, 2010, p. 1514, DUPONT et MATTHEY, Art.13 CEDEF, in : CEDEF, *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire*, (Hotelier/Lempen/Hertig Randall, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 91ss, p. 361.

805 CHATTON, 2019, p. 83, CHATTON, *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Genève, Zurich, Bâle 2013, p. 419ss.

806 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 87-89, BOYLE, 2018, p. 6, CHATTON, 2019, p. 81, BESSON et KLEBER, 2019, p. 50, NOWAK, 2005, p. 37-38.

807 KOCH, 2006, p. 406.

808 PÉTERMANN, 2014, p. 33-39.

l'adoption de législations ou la prise de mesures pour établir les bases légales, institutionnelles ou procédurales pour une réalisation complète du droit en question. En une phrase, l'État doit garantir la jouissance effective des droits humains en pratique et donc adopter des lois⁸⁰⁹ ou toutes autres mesures appropriées, comme des recours judiciaires⁸¹⁰. Ces obligations concernent tous les échelons de l'État. Pour comprendre quelles mesures sont visées par ces obligations il faut traiter séparément le niveau fédéral du niveau cantonal.

b. L'obligation de mise en œuvre au niveau cantonal

Par rapport aux cantons, il s'agit exclusivement de l'obligation de mise en œuvre au niveau législatif. Même si d'autres mesures sont envisageables, seules nous intéressent ici les prestations sociales définies par la législation cantonale, octroyées sous condition de ressources qui se rapportent aux personnes et versées en espèce⁸¹¹. Ainsi, la notion d'aide sociale telle que nous l'avons définie implique de cibler nos développements au niveau cantonal sur l'obligation de mise en œuvre exigeant des mesures législatives. Ces mandats législatifs chargent les législateurs des États parties à adopter des comportements actifs tendant à mettre en place des conditions juridiques, institutionnelles et procédurales qui permettent autant que possible que les droits humains soient effectifs pour tous les individus tels que notre famille Harmonie⁸¹². Ces conditions de mise en œuvre effective impliquent également de l'État qu'il fournisse certaines prestations monétaires ou en nature, comme des biens ou des services. Ici, les individus peuvent revendiquer ces prestations dans la mesure où l'État est capable de les fournir au vu de la disponibilité de ses ressources⁸¹³.

Une formule du CDH illustre bien ce qu'exige une obligation de mise en œuvre législative. Il rappelle que : « *si les droits énoncés dans le Pacte ne sont*

809 WYTTEBACH, 2017, p. 85-86, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 88-89.

810 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 3-5, BOYLE, 2018, p. 7, qui rappelle que cette obligation découle de celle de faciliter l'accès à des remèdes efficaces en cas de violation. AGNU, Résolution n°60/147, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, A/RES/60/147, §1, CESCR, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, §4, CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, §77-80, CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26 novembre 2010, § 5.

811 Voir à ce sujet le Chapitre 2, II et DUBACH, PESCH, PFISTER et OFS, 2007, p. 9, HOFER et OFS, 2006, p. 9.

812 SCHMID, 2016, p. 3.

813 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 88-89.

pas déjà protégés par les lois (...) internes, les États parties sont tenus, lorsqu'ils ont ratifié le Pacte, de modifier leurs lois (...) de manière à les mettre en conformité avec le Pacte »⁸¹⁴. Ces obligations législatives au niveau cantonal seront présentées de manière spécifique au Chapitre 5.

c. L'obligation de mise en œuvre au niveau fédéral

Il faut désormais préciser les obligations pesant sur le niveau fédéral de l'État. Les obligations du niveau fédéral dans le domaine qui nous intéresse ne doivent pas être recherchées sur le plan législatif. Les mesures prises par la Confédération doivent rester dans le cadre constitutionnel et nous avons exclu une éventuelle révision de la constitution dans le cadre de cette étude. Or, la Confédération ne dispose d'aucune compétence législative en matière d'aide sociale⁸¹⁵. Ces mesures doivent également pouvoir influencer les cantons. Nous allons nous concentrer sur des mesures de contrôle des droits cantonaux par la Confédération. Nous en avons choisi deux en particulier dans la forme de nos modes d'intégration normative⁸¹⁶. Nous reviendrons sur l'implication de ces mesures dans le Chapitre 9. Il s'agit ici de démontrer si le droit international exige de la Confédération qu'elle les prenne. Ces mesures devront être prises en cas d'une mise en œuvre inadéquate⁸¹⁷ des obligations cantonales précitées. Nous pourrions, ainsi, conclure à une exigence de prise de mesure de la Confédération impliquant une harmonisation⁸¹⁸. C'est pour appuyer cette obligation que nous analyserons le principe de l'interdiction de la discrimination basée sur le domicile⁸¹⁹. Ces notions rappelées, nous allons pouvoir exposer le contenu normatif général des obligations au niveau cantonal, puis sur cette base nous présenterons la manière de constater une obligation positive.

2. Les obligations immédiates

Pour appréhender le contenu normatif et la portée des obligations à charge des cantons, il convient tout d'abord de présenter les principes généraux découlant des traités choisis. Nous l'avons déjà évoqué en première partie, nous allons uniquement nous concentrer sur les obligations minimales parmi

814 CDH, Observation générale n°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 13.

815 Cf. Chapitre 1, III, D, 2.

816 Cf. Chapitre 2, I, C.

817 Cf. Chapitres 6 et 7.

818 Cf. Chapitre 4, I, B.

819 Cf. Chapitre 4, II, C.

les obligations des traités des droits humains à charge des cantons. Cette notion d'obligation minimale entretient un lien étroit avec celle d'obligation immédiate.

Pour comprendre la notion d'obligation immédiate, il nous faut premièrement présenter les principes de réalisation progressive et du maximum des ressources disponibles (Sous-section a). L'obligation de réalisation progressive est opposée aux obligations immédiates qui comprennent les obligations de prendre des mesures adéquates et raisonnables⁸²⁰ (Sous-section b), les obligations minimales (également appelé les obligations du noyau dur (Sous-section c)) et l'interdiction de la discrimination⁸²¹. Cette dernière obligation sera quant à elle abordée lors de la Section II de ce chapitre et permettra d'ajouter deux types d'arguments à l'exigence d'harmonisation. Enfin, nous expliquerons le lien entre ces obligations immédiates et la marge d'appréciation de l'État (Sous-section d), qui, nous l'avons dit, est un principe interprétatif important pour notre démarche.

Nous pourrons ensuite présenter notre méthode d'évaluation des lois cantonales selon une approche mixte utilisant le concept du noyau dur dans un premier temps, puis celui du test des critères raisonnables et adéquats (Chapitre 4, I, 3, b). Nous aurions pu, à l'image de CHOWDHURY, totalement laisser tomber la catégorie de noyau dur qui, il est vrai est ambigu et peut soulever des critiques, voire même de la gêne à être utilisé⁸²² et donc nous concentrer seulement sur les deux catégories restantes d'obligations immédiates. L'obligation immédiate de prendre des mesures en vue de la réalisation progressive des droits humains en lien avec le principe de la réalisation selon les ressources disponibles demande déjà d'un État riche comme la Suisse de réaliser immédiatement les obligations minimales du noyau dur⁸²³. En effet, en Suisse, au vu des ressources du pays⁸²⁴ et au vu du temps écoulé depuis l'entrée en vigueur du PIDESC et des autres traités que nous étudions⁸²⁵, le noyau dur coïncide au moins avec ce qui est exigé par l'obligation de prendre des mesures⁸²⁶. Ce concept a toutefois le mérite, comme nous le verrons, de

820 WILSON, 2010, p. 1507ss, CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 1ss.

821 BOYLE, 2018, p. 7.

822 Voir à ce sujet : CHOWDHURY, 2009.

823 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 2 et 10.

824 Cf. Chapitre 4, I, A, 2, a.

825 Ces dates sont : pour le PIDESC, le 18 septembre 1992, pour la CDE, le 26 mars 1997 et pour la CEDEF, le 26 avril 1997.

826 Dans le même sens WILSON, 2010, p. 1512-1513, qui considère que de telles mesures insuffisantes seraient considérées par le Comité DESC comme inadéquates.

souligner un plancher minimal clair des obligations en question permettant d'imposer un devoir élevé de justification aux cantons qui ne mettraient pas correctement en œuvre ces obligations minimales.

a. Les principes de réalisation progressive et du maximum des ressources disponibles

Pour expliquer le contenu normatif et la portée des obligations des droits humains dans le domaine de l'aide sociale, il faut prendre en compte deux notions fondamentales : la réalisation progressive et la réalisation selon les ressources disponibles. L'art. 2 § 1 du Pacte ONU I ou l'art. 4 § 1 CDE précise que les États ne sont tenus d'agir qu'au maximum de leurs ressources disponibles⁸²⁷. Il permet aux États de justifier une mise en œuvre insuffisante des DESC ou la prise de mesures régressives pour des raisons de pénurie de ressources⁸²⁸. Dans un État fédéral, cette notion de ressource disponible doit être comprise comme les ressources de l'État entier incluant tous les niveaux et non pas chaque canton séparément⁸²⁹. Ainsi, ce principe prend en compte que ces droits nécessitent des ressources tant financières que techniques pour être mis en œuvre⁸³⁰. Deuxièmement, les obligations internationales notamment du Pacte ONU I sont soumises au principe de la réalisation progressive, selon les mêmes articles⁸³¹. La réalisation progressive tient compte du fait que certaines obligations positives ne peuvent pas être réalisées complètement du jour au lendemain, mais seulement après un processus plus ou moins long⁸³².

Pendant, il existe des obligations à réaliser immédiatement. C'est ici qu'intervient la notion d'obligation minimale. Parmi ces obligations immédiates, on trouve l'obligation de prendre des mesures sans délai en vue d'une réalisation progressive, les obligations fondamentales minimales spécifiques au noyau dur de chaque droit et l'interdiction de la discrimination (art. 2 § 2

827 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 10, BOYLE, 2018, § 7 WILSON, 2010, p. 1507, CDE, Observation générale n°5, Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, § 7.

828 CESCR, Déclaration, L'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif du Pacte, E/C.12/2007/1, 21 septembre 2007, § 9-10.

829 WYTTENBACH, 2017, p. 71, BÄCHLER, A paraître, p. 12.

830 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 144-145.

831 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 9, CDE, Observation générale n°5, Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, § 7, BOYLE, 2018, § 6, WYTTENBACH, 2017, p. 86, voir également art. 3 CEDEF : CHATTON, 2019, p. 80.

832 WYTTENBACH, 2017, p. 89, SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 151, CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 9.

ONU D)⁸³³. Ainsi, malgré les principes de réalisation progressive et de l'utilisation au maximum des ressources disponibles, des actions immédiates doivent être prises en rapport avec ces différentes obligations⁸³⁴. Nous allons nous y attarder dans les prochaines sous-sections.

b. L'obligation de prendre des mesures raisonnables et adéquates

Le premier aspect des obligations immédiates est l'obligation de prendre des mesures sans délai, et ce, même si les obligations à la charge des États sont de nature progressive. Cela signifie qu'ils n'ont pas une totale liberté, mais ils doivent prendre des mesures qui soient raisonnables, adéquates et proportionnelles⁸³⁵. Nous reviendrons sur les critères d'évaluation des mesures à la Sous-section 3. Il faut souligner que les États, lorsqu'ils prennent ces mesures, doivent accorder une attention particulière aux groupes vulnérables, défavorisés ou démunis et doivent utiliser leurs ressources de manière optimale dans cette optique⁸³⁶. Nous reviendrons sur ces groupes à la Section II concernant la discrimination.

En plus de l'obligation de prendre des mesures adéquates en prenant en compte les groupes vulnérables, cette obligation immédiate de prendre des mesures implique une forte présomption de l'inadmissibilité de mesures régressives. Toute mesure délibérément régressive doit être justifiée de manière circonstanciée⁸³⁷. Dans ce cadre, un manque de ressources au sens de l'art.2 §1 précité, n'a pas d'incidence sur le caractère immédiat de l'obligation de prendre des mesures⁸³⁸. Ainsi, en cas de retard dans la mise en œuvre de ses obligations minimales, l'État doit, à l'instar des mesures régressives, le

833 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, §10, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, 48ss, WYTENBACH, 2017, p. 87, WILSON, 2010, p. 1509ss, CHATTON, 2019, p. 85ss.

834 HCDH, Rapport du 25 juin 2007, E/2007/82, Genève 2007a, § 15, CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 2.

835 HCDH, 2007a, § 18, CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 2, COURTIS, Standards to Make ESC Rights Justiciable: A Summary Exploration, in Erasmus Law Review 2009 2(4), 379ss, p. 391, CHATTON, 2019, p. 86.

836 WILSON, 2010, p. 1514, HCDH, 2007a § 35, Observations finales, Suède, E/C.12/SWE/CO/5, 1^{er} décembre 2008, § 30, Observations finales, Allemagne, E/C.12/1/Add.68, 24 septembre 2001a, § 41, CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/1/Add.30, 7 décembre 1998, § 23.

837 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 2-10, HCDH, 2007a, § 19, SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 152, BOYLE, 2018, p. 7, KRADOLFER, Justiziabilität sozialer Menschenrechte, in Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 2013, 521ss, p. 538ss, CHATTON, 2019, p. 86.

838 WILSON, 2010, p. 1507, CESCR, Déclaration, L'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif du Pacte, E/C.12/2007/1, § 4.

justifier. Il doit démontrer « *qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum* »⁸³⁹. Il faut donc distinguer entre une incapacité justifiée de prendre des mesures et le manque de volonté de l'État de prendre de telles mesures. Ce dernier constitue une violation des obligations du Pacte⁸⁴⁰.

Lors de l'examen de la justification de ce manque, le CESCR examine toute une série de critères, notamment le délai de la prise de ces mesures et si ces mesures tenaient compte de la situation des personnes défavorisées. De plus, il les examine au regard de critères objectifs propres au contexte du pays comme son niveau de développement, voire encore la situation économique actuelle du pays et la gravité du manquement présumé. Il examine en particulier la question de savoir si la situation a trait à l'exercice du minimum indispensable des droits reconnus dans le Pacte⁸⁴¹. Nous verrons cette obligation à la sous-section suivante, il suffit de retenir que l'inaccomplissement d'une telle obligation fondamentale crée une présomption de violation de l'obligation internationale⁸⁴², qui est difficilement réfragable pour les États développés au titre du manque de ressource⁸⁴³. WILSON rappelle que : « (...), [p]our un pays comme la Suisse, alléguer l'incapacité de prendre des mesures adéquates ne serait pas considéré par le Comité comme un argument valable, vu les ressources financières qui y sont disponibles »⁸⁴⁴. Ainsi, si les cantons ne prennent pas des mesures raisonnables et adéquates en particulier en rapport aux obligations minimales, que nous allons voir à la prochaine sous-section, la Confédération aura du mal à justifier cette incapacité.

c. Les obligations minimales

Le deuxième type d'obligations immédiates comprend les obligations minimales. Les États ont l'obligation immédiate et prioritaire de fournir « *l'essentiel de chacun des droits* ». Il s'agit de l'« *obligation fondamentale minimale* » ou

839 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 10, CESCR, Déclaration, L'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif du Pacte, E/C.12/2007/1, § 6.

840 WILSON, 2010, p. 1508, HCDH, 2007a, § 26.

841 CESCR, Déclaration, L'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif du Pacte, E/C.12/2007/1, § 8-10.

842 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 10.

843 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 111.

844 WILSON, 2010, p. 1512-1513. Selon les statistiques de l'OCDE, la Suisse est 3^{ème} s'agissant du PIB par habitant : OCDE, Produit intérieur brut (PIB), (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

le « *noyau dur* »⁸⁴⁵. La notion de noyau dur exige de l'État qu'il fournisse immédiatement un niveau essentiel de base des droits⁸⁴⁶. Le Comité estime dans son Observation générale n°3 que « *les États ont l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits du Pacte* »⁸⁴⁷. Il s'agit de l'obligation de prendre des mesures sans tarder en vue de réaliser le plein exercice des droits garantis. Ces mesures doivent être délibérées, concrètes, appropriées et ciblées⁸⁴⁸.

BOYLE, Professeure en protection internationale des droits humains à l'Université de Stirling, a expliqué de manière claire ce que cela signifie : « *[o]ver and above the duty to respect, protect and fulfil, or to progressively realise ESC rights, there is a requirement that all States must provide a basic level of rights enjoyment with immediate effect. This is called a minimum core. This can be understood as a non-negotiable absolute right to a basic level of subsistence below which no person should fall. The minimum core means providing a minimum essential level of benefits to all individuals and families that will enable them to acquire at least essential health care, basic shelter and housing, water and sanitation, foodstuffs, and the most basic forms of education* »⁸⁴⁹. Ce minimum est à mettre en œuvre de manière prioritaire par rapport à une réalisation plus extensive du droit. Il vise à donner un contenu normatif minimum aux droits humains traditionnellement considérés comme des DESC⁸⁵⁰. Enfin, cette notion de noyau dur est évolutive⁸⁵¹ et dépend de la situation particulière de chaque État⁸⁵². Pour cette raison, il se justifie donc de l'analyser en relation avec le contexte suisse. Nous le ferons au chapitre suivant qui traite des critères factuels de l'harmonisation. En résumé, les États ont l'obligation fondamentale minimum de garantir ce noyau dur s'agissant de chaque droit prescrit par les Conventions⁸⁵³ et cette obligation est d'effet immédiat. Nous

845 HCDH, 2007a, §20, CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23§10, voir aussi WILSON, 2010, 1514ss.

846 BOYLE, 2018, p. 7.

847 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, §10, le Comité estime que : « (...) un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ».

848 HERTIG RANDALL et HOTTELIER, 2014, p. 248-251.

849 BOYLE, 2018, p. 7.

850 CHOWDHURY, 2009, p. 4.

851 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 23.

852 HCDH, 2007a, §22.

853 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, §10.

nous pencherons sur le contenu spécifique de ces obligations minimales du niveau cantonal de l'État au Chapitre 5.

Nous avons présenté l'ensemble des obligations immédiates à charge de l'État, mis à part l'interdiction de la discrimination qui fera l'objet de la Section II de ce chapitre. Nous pouvons conclure cette section en rappelant le lien qu'entretiennent les obligations immédiates avec le principe de la marge d'appréciation rappelé au Chapitre 3, II, B, 2.

d. Le lien entre les obligations immédiates et la marge d'appréciation

Se concentrer sur les obligations immédiates permet de respecter la marge d'appréciation. Comme nous l'avons vu, les États disposent d'une grande liberté de choix des mesures internes de mise en œuvre des obligations internationales⁸⁵⁴. Toutefois, cette liberté n'est pas absolue et les États disposent d'une marge de manœuvre réduite pour les obligations concrètes et précises telles que celles non soumises à la réalisation progressive, comme les obligations minimales ou le principe de non-discrimination⁸⁵⁵, dont nous venons de parler. On comprend alors la raison pour laquelle nous allons nous concentrer principalement sur les obligations immédiates précédemment définies. Étant soucieux de respecter la marge d'appréciation des cantons conformément à notre définition de l'harmonisation et à nos méthodes d'interprétation, nous mettrons l'accent sur les obligations internationales ne laissant que peu de marge d'appréciation aux cantons. Ainsi, nous nous contenterons d'identifier la portée immédiate de chaque obligation positive afin de permettre de déterminer l'exigence minimale d'harmonisation découlant des droits humains internationaux.

Il convient, maintenant, d'expliquer dans quelles circonstances ces obligations positives immédiates naissent et comment nous pouvons les évaluer. Ces développements étant communs aux différents niveaux étatiques, ils feront l'objet de la sous-section suivante.

854 WYTENBACH, 2017, p. 89-90, 103 et 157-158, KÄLIN, 2010, p. 185, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2106, SUDRE, 1995, p. 375, SCHMID, 2016, p. 5, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, CESC, Observation générale n°3, E/1991/23, § 4, SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 158, ce qui rappelle le principe de subsidiarité évoqué précédemment. En effet, selon le CESC, cette liberté de choix permet « une démarche ouverte et souple qui permet de tenir compte des particularités des systèmes juridiques et administratifs de chaque État » : CESC, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 1, WYTENBACH, 2017, p. 157-158.

855 WILSON, 2010, p. 1509, HCDH, 2007a, § 27.

3. L'évaluation de la mise en œuvre des obligations découlant des standards minimaux

a. La terminologie : l'ingérence passive, les faits générateurs ou les omissions absolues et partielles

Les États, lorsqu'ils portent atteinte à un aspect positif d'un droit, commettent des faits générateurs d'obligations positives⁸⁵⁶. D'autres auteurs parlent d'ingérence passive constituée, dans le cadre d'une obligation de mise en œuvre, d'une abstention fautive de l'État, et notamment celle du législateur⁸⁵⁷. Au niveau fédéral, ces manquements sont attribuables aux organes de l'État responsables des mesures de contrôle. On parlera d'ingérence passive de la Confédération en rapport avec la nécessité de prise de mesure de contrôle.

Dans le cadre de notre thèse, au niveau des cantons, ces ingérences passives sont uniquement des manquements de l'État attribuables au législateur qui n'a pas adopté une norme requise⁸⁵⁸ ou l'a fait de manière insatisfaisante. Au sujet des obligations législatives, certaines cours constitutionnelles européennes utilisent des termes clairs à cet égard qui méritent d'être mentionnées. Il s'agit d'une part de l'omission absolue et d'autre part de l'omission partielle ou relative. La première traite de la situation où aucune norme n'existe et la deuxième traite de la situation où une loi a été adoptée, mais qui ne correspond pas ou que partiellement à l'obligation du législateur⁸⁵⁹.

Pour démontrer si ces faits générateurs, ingérences passives ou omissions partielles ou absolues emportent violation des obligations découlant des standards minimaux, nous analyserons les lois cantonales au regard d'une approche mixte utilisant le concept du noyau dur et celui du test des critères raisonnables et adéquats.

b. Les critères d'évaluation

Cette sous-section va présenter les critères d'évaluation applicables lors de l'examen des lois cantonales au regard des obligations internationales. Les noyaux durs des droits humains pertinents seront exposés au Chapitre 5 qui

856 PÉTERMANN, 2014, p.109.

857 SUDRE, 1995, p. 369ss, HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Athènes 2008, p. 248, PÉTERMANN, 2013, p. 97, WERRO, *La protection de la personnalité et les médias : une illustration de la rencontre du droit civil et du droit constitutionnel*, 2006, p. 190.

858 PÉTERMANN, 2014, p. 116.

859 EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, *General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence*, 2008, p. 23ss.

précisera les standards minimums des différents droits pertinents. Pour déterminer si les cantons ont correctement mis en œuvre ces noyaux durs dans leurs législations, ces lois seront ensuite évaluées à l'aide du critère du caractère raisonnable. Ainsi, pour déterminer si la mesure législative ou autre adoptée correspond aux obligations minimales identifiées, nous procéderons au test des critères raisonnables et adéquats⁸⁶⁰. Cette évaluation se déroulera aux Chapitres 6 et 7.

Cette manière d'évaluer les lois cantonales traduit une approche mixte utilisant le concept du noyau dur dans un premier temps, puis celui du test des critères raisonnables et adéquats. Ce test implique une analyse légale des buts poursuivis par l'État et une comparaison entre les moyens choisis pour les remplir. Nous pourrions conclure si le lien entre les buts et les moyens choisis est justifié ou au contraire si les moyens choisis sont trop restrictifs au regard du droit en question⁸⁶¹. Nous allons tout d'abord présenter le test des critères raisonnables et adéquats inspiré de la pratique de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, sur laquelle se base notre approche mixte (Sous-section (i)). Ensuite, nous expliquerons l'approche mixte, sur laquelle nous nous baserons, qui va mêler le test des critères raisonnables et adéquats avec le concept du noyau dur (Sous-section (ii)).

(i) *Le test des critères raisonnables et adéquats inspiré de la pratique de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud*

Le test des critères adéquats et raisonnables d'une mesure se rapproche du standard de contrôle prévu par le Protocole facultatif au PIDESC⁸⁶². Celui-ci a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 2008 et prévoit un droit pour les particuliers de porter des communications pour violation de leurs droits devant le CDESCR⁸⁶³. À son art.8 §4, il prévoit un critère intitulé en anglais « *reasonableness* » que nous traduirons par raisonnable. Cet article demande au Comité, lorsqu'il examine une potentielle violation des droits du Pacte après avoir été saisi par une communication, de : « (...) *consider the reasonableness of the steps taken by the State Party in accordance*

860 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 33-34.

861 *ibid.*, p. 33-34.

862 Selon BILCHITZ, « [*r*]easonableness review (...) involves an enquiry into the mode of reasoning of the government and the relationship between the measures adopted and constitutionally mandated purposes » : BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: the Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, New York 2008, p.149.

863 LANGFORD, *Closing the Gap, an Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2009 27(1), 1ss, p. 1.

with part II of the Covenant »⁸⁶⁴. Le terme « *reasonableness* » a été directement inspiré de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud⁸⁶⁵. Pour illustrer cette évaluation dans le domaine des droits humains intéressant particulièrement les personnes pauvres, nous pouvons citer une affaire de cette Cour. Dans l'affaire Khosa et autres, elle a estimé en matière d'aide sociale qu'une loi prévoyant le non-versement de toute aide aux résidents étrangers permanents n'était pas raisonnable même au vu des intérêts étatiques relatifs à l'immigration et au poids financier de telles prestations. Elle a estimé qu'au vu de l'impact sur la dignité et la vie des personnes d'un accès universel à une aide sociale, leurs intérêts étaient prépondérants⁸⁶⁶. SCHMID explique bien le raisonnement fait par la Cour. Celle-ci a rejeté l'argument voulant que le manque de ressource était la seule raison pour une mise en œuvre insuffisante de ces droits et a estimé que le gouvernement n'avait pas pu démontrer avoir pris toutes les mesures raisonnables pour utiliser toutes les ressources à sa disposition⁸⁶⁷. La Cour applique ainsi le standard de « *reasonableness* » pour évaluer la conformité de la loi précitée aux droits des résidents étrangers permanents⁸⁶⁸. Elle n'applique pas explicitement le principe de noyau dur des droits en exigeant un minimum rigide, mais estime que le test adéquat pour évaluer des droits soumis au principe de réalisation progressive est la raisonnablement de la prise de mesure par rapport aux ressources disponibles⁸⁶⁹. En somme, l'approche de la raisonnablement est, comme l'explique PIETERSE « (...) *based on the (...) requirement that measures adopted in pursuit of the progressive realisation of socio-economic rights must be reasonable and involves the scrutiny of laws and policies aimed at giving effect to the rights, for adherence to a number of requirements associated with good governance* »⁸⁷⁰.

864 Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, A/Res/63/117, 10 décembre 2008, art. 8 § 4.

865 SCHMID, *Thickening the Rule of Law in Transition: The Constitutional Entrenchment of Economic and Social Rights in South Africa*, in : *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in Post-Conflict States*, (Kristjansdottir/Nollkaemper/Ryngaert, édit.), Cambridge 2012, p. 59ss, p. 75 qui cite PORTER, *The Reasonableness of Article 8(4) Adjudicating Claims for the Margins*, in *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2009 27(1), 39ss, p. 49-50.

866 COUR CONSTITUTIONNELLE D'AFRIQUE DU SUD, *Affaire Khosa and autres c. Minister of Social Development et autres, Mahlaule et Another c. Minister of Social Development*, Case CCT12/03, 2004 (6) BCLR 569 (CC), 4 mars 2004, § 82.

867 SCHMID, 2012, p. 70

868 *ibid.*, p. 71.

869 Voir par exemple : COUR CONSTITUTIONNELLE D'AFRIQUE DU SUD, *Affaire Lindiwe Mazibuko et autres c. Ville de Johannesburg et autres*, Case CCT 39/09, 2009 ZACC 28, 8 octobre 2009, § 52-61 et SCHMID, 2012, p. 72-73.

870 PIETERSE, *On 'dialogue', 'translation' and 'voice': A reply to Sandra Liebenberg*, in : *Constitutional Conversations*, (Woolman/Bishop, édit.), Cape Town 2008, p. 331ss, p. 339.

Il est intéressant de noter que la jurisprudence de la Cour sud-africaine s'est inspirée des travaux du CDESCR⁸⁷¹, ce qui permet d'inclure plus aisément cette jurisprudence dans le raisonnement de notre thèse qui se fonde notamment sur les travaux de ce Comité. Le CDESCR, lorsqu'il examine une potentielle violation d'une mesure adoptée ou non par les États, examine si l'action de ces États est raisonnable, non discriminatoire et suffisante en rapport notamment aux situations des groupes défavorisés et marginalisés⁸⁷². Ainsi, ce critère de « *reasonableness* » est pertinent pour notre analyse. Il s'inscrit tant dans les travaux du CDESCR que dans le texte du protocole additionnel au PIDESC. Même si la Suisse ne l'a pas ratifié, ce critère nous permet une analyse claire et concrète des obligations énoncées aux chapitres précédents. De plus, cette approche semble conforme à la pratique du TF. Ces critères du caractère raisonnable et adéquat se retrouvent également dans la jurisprudence du TF lorsqu'il évoque la nécessité d'une pesée des intérêts en relation avec une obligation de protection du droit à la vie⁸⁷³.

(ii) *L'évaluation d'une violation par une approche mixte liant le caractère raisonnable d'une mesure et le noyau dur d'un droit*

Nous l'avons dit, nous allons adopter une approche un peu différente de celles qui sont précitées en commençant par déterminer le noyau dur et les standards minimaux de chaque droit pertinent au Chapitre 5. Le critère de la raisonnable sera ensuite utilisé aux Chapitres 6 et 7 pour pouvoir se fonder sur des critères clairement définis propres au contexte suisse. Les critères adéquats ou raisonnables ont un lien étroit avec le noyau dur des obligations des droits humains économiques, sociaux et culturels et fournissent les critères aux juges pour apprécier ce niveau minimal⁸⁷⁴. Ainsi, les obligations immédiates⁸⁷⁵ de prise de mesure et celles minimales s'agissant du noyau dur seront analysées de manière conjointe. Nous lierons ainsi le critère de la raisonnable et celui du noyau dur⁸⁷⁶ par cette approche mixte en deux temps.

Nous ne sommes pas le seul à mettre en avant le lien qu'entretiennent le critère du noyau dur et celui du caractère raisonnable d'une mesure. PIETERSE

871 PORTER, 2009, p. 51.

872 CDESCR, Déclaration, L'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif du Pacte, E/C.12/2007/1, § 8.

873 BESSON, 2003, p. 86, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 II 300, 3 mai 2000, consid. 5.

874 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 33-34.

875 Cf. Chapitre 4, I, A, 2.

876 Cette approche est inspirée de : INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 33, et CHOWDHURY qui utilise également une approche semblable et lie le concept de « *reasonableness* » et de noyau dur : CHOWDHURY, 2009, p. 18ss

rappelle que les concepts de noyau dur et celui du « *reasonableness* » sont des approches pouvant contribuer à la discussion sur le sens des droits humains traditionnellement considérés comme des DESC⁸⁷⁷. Même si la terminologie varie, ils se retrouvent souvent dans la jurisprudence et la doctrine et permettent d'apprécier le « *plancher minimal de protection* » des droits⁸⁷⁸. D'ailleurs selon SCHMID, le critère de « *reasonableness* » développé par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud est similaire au concept de noyau dur⁸⁷⁹. BILCHITZ lie également les deux concepts et estime que le test du caractère raisonnable peut conduire à la reconnaissance du noyau dur d'un droit⁸⁸⁰.

(iii) *Les justifications d'une approche mixte d'évaluation*

L'approche mixte pour évaluer la violation d'une obligation des droits humains est pertinente pour plusieurs raisons expliquées ci-dessous.

Premièrement, lier la raisonnabilité et le noyau dur permet de répondre aux critiques quant à la définition de ce concept du noyau dur⁸⁸¹ en proposant un critère clair qui est la raisonnabilité pour le définir, tout en respectant la marge d'appréciation des autorités étatiques par la flexibilité de ces critères⁸⁸². Cette approche respecte ainsi nos méthodes d'interprétation énoncées au Chapitre 3, II et l'autonomie cantonale même en utilisant le concept du noyau dur.

De plus, selon PIETERSE, LIEBENBERG estime que : « (...) *while a minimum core approach valuably captures part of the content of socio-economic rights and 'imposes a high burden of justification in contexts where people are deprived of the basic necessities of life', a reasonableness approach is better suited to a society committed to translation through dialogue. A reasonableness approach 'avoids closure and creates the on-going possibility of challenging various forms of socio-economic deprivations in the different contexts in which they arise'* »⁸⁸³. Ainsi, une approche liant les deux concepts permet, d'une part, d'imposer un devoir de justification élevé en présence de mise en œuvre du noyau dur des droits des personnes en situation de pauvreté. D'autre part, elle permet de laisser la porte ouverte aux débats concernant d'autres formes d'insuffisances socio-économiques puisque le concept de raisonnabilité « (...)

877 PIETERSE, 2008, p. 331.

878 BESSON, 2003, p. 85.

879 SCHMID, 2012, p. 72.

880 BILCHITZ, 2008, p. 145.

881 Certains auteurs ont souligné les difficultés que pose la définition du concept du noyau dur et proposent même de l'abandonner pour son manque de clarté. Voir à ce sujet CHOWDHURY, 2009, p. 5.

882 Du même avis : *ibid.*, p. 19.

883 PIETERSE, 2008, p. 340 et LIEBENBERG, *Socio-Economic Rights: The Reasonableness Review/Minimum Core Debate*, in : *ibid.* (édit.), p. 303ss, p. 320 et 325.

takes into account a number of considerations relevant to the claimant group, the nature of the service or resource in question as well as the historical, economic and social context »⁸⁸⁴. Nous le verrons, la situation des personnes concernées et le contexte d'application des droits humains en Suisse fonderont une part importante de l'argumentation de nos Chapitres 6 et 7.

Cette possibilité de prendre en compte le contexte d'application permet de préciser la portée des obligations. En effet, KRADOLFER l'explique bien : « [d]ie Unbestimmtheit, die eine Norm im Abstrakten aufweist, wird im Prozess der Rechtsanwendung durch kontextbezogene Elemente reduziert (...) »⁸⁸⁵. Ensuite, l'application du test de « *reasonableness* » qui est lié au concept de noyau dur implique de toute manière une analyse des faits de chaque cas⁸⁸⁶. La Cour constitutionnelle sud-africaine a confirmé cette affirmation et a souligné que la « [*r*]easonableness must be determined on the facts of each case »⁸⁸⁷. La CIDH utilise également le contexte d'application des garanties des droits humains pour définir ce concept⁸⁸⁸. Ainsi, cette approche contextuelle permettra de donner au concept du noyau dur « un contenu spécifique et essayer de transcrire un concept abstrait en garanties concrètes »⁸⁸⁹. Cette approche est conforme à nos méthodes d'interprétation ayant souligné l'importance du contexte⁸⁹⁰.

Deuxièmement, lier la raisonnable et le noyau dur permet également de ne pas entrer sur le terrain de la question de la restriction des obligations positives, très controversée en doctrine⁸⁹¹. Certains auteurs sont pour une application des conditions de restrictions aux obligations positives⁸⁹² et d'autres sont contre⁸⁹³. La jurisprudence du TF est fluctuante, soit il est d'avis

884 LIEBENBERG, 2008a, p. 320.

885 KRADOLFER, 2013, p. 535.

886 CHOWDHURY, 2009, p. 19.

887 COUR CONSTITUTIONNELLE D'AFRIQUE DU SUD, Affaire Gouvernement d'Afrique du Sud et autres c. Irene Grootboom et autres, Case CCT 11/00, 2000 (11) BCLR 1169, 4 octobre 2000, § 92.

888 BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 50.

889 Cette conception du noyau dur est préconisée par : CHOWDHURY, 2009, p. 18-19.

890 Cf. Chapitre 3, II, C, 3.

891 BESSON, 2003, p. 87, PÉTERMANN, 2014, p. 159. Sur cette controverse voir : AUBERT et MAHON, 2003, p. 120-121, MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in : Verfassungsrecht der Schweiz, (Schulthess, édit.), Zurich 2001, p. 621ss § 50-51.

892 WILDHABER, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Kommentierung des Artikels 8, Köln, Berlin etc. 1992, § 9, SUDRE, 1995, p. 380, BESSON, 2003, p. 87, COUREDÉ, Affaire Gül c. Suisse, n°23218/94, Opinion dissidente de M. le Juge Martens, approuvée par M. le Juge Russo, 19 février 1996, § 9.

893 CONNELLY, Problems of interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights, in International and Comparative Law Quarterly 1986 35(3), 567ss, p. 572 et 577, WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, in : Die neue Bundesverfassung (Zimmerli, édit.), Berne 2000, p. 131ss, p. 153-154, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 13.

que les conditions ne s'appliquent pas en matière de prestations positives découlant de droits humains sociaux⁸⁹⁴, soit il applique les conditions de l'art. 36 Cst. par analogie⁸⁹⁵. Cette question perd de son importance dans notre analyse puisque nous nous concentrons sur le caractère raisonnable et adéquat des obligations minimales qui selon les principes évoqués plus haut ne peuvent souffrir d'aucune restriction. Même lorsque le TF applique les conditions de restrictions par analogie aux droits sociaux, il estime que « (...) *par analogie aux libertés publiques, l'essence du droit fondamental doit être protégée dans tous les cas. Si, en pareil cas, une pesée des intérêts publics et privés en présence doit être effectuée, le principe de la proportionnalité peut entre autres permettre de fixer le seuil inférieur à ne pas franchir* »⁸⁹⁶. Ainsi, à l'image du TF dans cette dernière jurisprudence, nous utiliserons ces critères dont notamment le principe du caractère raisonnable et adéquat pour apprécier le seuil minimal à ne pas franchir dans le contexte suisse⁸⁹⁷. Nous pourrions donc déterminer l'existence de l'obligation d'harmonisation à charge de la Confédération dans les cas où ces seuils minimaux ne seraient pas atteints, comme nous le verrons à la Section I, B qui suit.

B. Une obligation de contrôle des standards minimaux à charge de la Confédération

Nous l'avons expliqué en première partie, l'État doit s'assurer que les standards minimaux sont atteints sur l'ensemble de son territoire. Cela signifie que l'État fédéral doit assurer la mise en œuvre du noyau dur de chaque droit et des autres obligations à effets immédiats exposées précédemment sur l'ensemble de son territoire⁸⁹⁸. Si l'État fédéral constate une insuffisance dans une mise en œuvre, il a l'obligation prendre les mesures appropriées⁸⁹⁹. Dans le cas contraire, la Confédération violerait ses obligations d'une mise en œuvre efficace et effective⁹⁰⁰. Nous renvoyons le lecteur aux développements du

894 Le TF estime que « [d]es restrictions juridiques des droits fondamentaux sociaux, considérées comme des standards minimaux, et donc par conséquent les restrictions [...] sont donc en principe exclues » : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 I 12, JdT 2004 I 9, 7 novembre 2002a, consid. 6.2 et 6.3, voir aussi : WEBER-DÜRLER, 2000, p. 151-152, PÉTERMANN, 2014, p. 159, AUBERT et MAHON, 2003, p. 121.

895 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 I 35, JdT 2004 I 711, 7 novembre 2002b, consid. 8.2, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 131 I 166, JdT 2007 I 75, consid. 5.2.

896 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 I 35, JdT 2004 I 711, consid. 8.2, voir dans le même sens : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 I 12, JdT 2004 I 9, consid. 6.4.

897 Cf. Chapitre 6, II, Chapitre 7, I, C et Chapitre 7, II, C.

898 WYTTENBACH, 2018, p. 53.

899 WYTTENBACH, 2017, p. 155.

900 *ibid.*, p. 153.

Chapitre 3 notamment sur les art. 26 et 27 CVT en lien avec les systèmes fédéraux. Cette obligation fondée sur le constat d'une mise en œuvre inadéquate des différents standards minimaux va nous permettre de conclure à l'exigence d'une prise de mesures pouvant conduire à une harmonisation. Les standards minimaux relatifs aux droits et dispositions applicables dans notre domaine seront présentés au Chapitre 5. Leur mise en œuvre sera analysée aux Chapitres 6 et 7. Ainsi, ces trois chapitres détermineront quand la Confédération devra prendre des mesures. C'est cette exigence de prise de mesure qui est analysée dans cette section. Cette obligation est reconnue par les organes des traités et les juridictions internationales (Sous-section 1). Toutefois, la terminologie utilisée par les organes n'est pas constante et mérite quelques discussions en relation avec notre définition de l'harmonisation retenue au Chapitre 2, I, pour retenir la plus pertinente (Sous-section 2 et 3).

1. Une obligation de contrôle de la bonne application du droit international au niveau des ordres juridiques locaux

La plupart des organes recommandent au moins que l'État fédéral veille à la bonne application des conventions au niveau des ordres juridiques locaux. Ainsi, une obligation repose sur la Confédération de s'assurer que les cantons respectent leurs obligations législatives internationales dans leur domaine de compétence⁹⁰¹. Cette obligation a été expressément rappelée par le Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme, sur le rôle des administrations locales dans la promotion et la protection des droits de l'homme, y compris l'intégration des droits de l'homme dans l'administration et les services publics locaux. Il a précisé que « *le gouvernement central peut être amené à prendre les mesures qui s'imposent au niveau local, en particulier établir des procédures et des contrôles pour faire en sorte que les obligations de l'État dans les domaines des droits de l'homme soient bien respectées* »⁹⁰². Nous pouvons citer quelques exemples.

Premièrement, le CDH a rappelé que tous les niveaux de l'État même régionaux ou locaux peuvent engager la responsabilité de l'État fédéral⁹⁰³. Il a précisé dans ce contexte à l'Allemagne que l'État devait « *mettre en place les mécanismes appropriés entre les autorités fédérales et provinciales pour mieux*

901 Du même avis : WYTENBACH, 2018, p. 63.

902 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME et COMITÉ CONSULTATIF SUR LE RÔLE DES ADMINISTRATIONS LOCALES DANS LA PROMOTION ET LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, Rapport intérimaire, A/HRC/27/59, 4 septembre 2014, § 26.

903 CDH, Observation générale n°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 4.

garantir la pleine applicabilité du Pacte»⁹⁰⁴. Il a également recommandé aux États-Unis de renforcer les mécanismes existants chargés de veiller à la réalisation des droits humains au niveau des autorités locales⁹⁰⁵. Il a recommandé au Brésil de « *mettre en place des mécanismes appropriés pour surveiller le fonctionnement de l'appareil judiciaire au niveau des États, de manière à se conformer à ses obligations internationales en vertu du Pacte* »⁹⁰⁶. Le CDH a également souligné s'agissant de la Suisse être préoccupé : « *de ce que le respect (...) des obligations qui lui incombent en vertu du Pacte sur toute l'étendue de son territoire risque d'être entravé par la structure fédérale qui est la sienne* »⁹⁰⁷. Enfin, il a estimé que le gouvernement fédéral du Canada avait la responsabilité de s'assurer que les provinces et territoires remplissent leurs obligations législatives découlant de la Convention⁹⁰⁸.

Deuxièmement, le CESC, également, a rappelé à l'occasion de l'analyse du 4^{ème} rapport de la Suisse que : « *la Confédération est responsable en dernier ressort d'assurer la mise en œuvre du Pacte relevant de sa juridiction* »⁹⁰⁹. Il l'avait déjà fait au cycle précédent, lorsqu'il avait recommandé à la Suisse de : « *(...) créer un mécanisme efficace pour veiller à ce que le droit interne soit compatible avec le Pacte* »⁹¹⁰.

Troisièmement, le CERD a également demandé à l'Autriche de : « *prendre les mesures juridiques et politiques nécessaires pour faire en sorte que toutes ses provinces fédérales et autorités locales observent et respectent les lois et les décisions adoptées pour mettre en œuvre les dispositions de la Convention* »⁹¹¹. Le même Comité a d'ailleurs souligné à la Confédération qu'elle devait utiliser et renforcer les mécanismes de surveillance existants pour s'assurer de la bonne application de la Convention par les cantons⁹¹².

Quatrièmement, le CEDEF a, dans le même, sens précisé au sujet des États fédéraux ou décentralisés qu'ils : « *doivent mettre en place des mécanismes permanents de coordination et de suivi pour s'assurer que la Convention est*

904 CDH, Observations finales, Allemagne, CCPR/CO/80/DEU, 4 mai 2004, § 12.

905 CDH, Observations finales, États-Unis d'Amérique, CCPR/C/USA/CO/4, 17 avril 2014, § 4d.

906 CDH, Observations finales, Brésil, CCPR/C/BRA/CO/2, 1^{er} décembre 2005, § 7.

907 CDH, Observations finales, Suisse, CCPR/CO/73/CH, 12 novembre 2001, § 6, CDH, Observations finales, Suisse, CCPR/C/CHE/CO/3, 3 novembre 2009, § 6.

908 CDH, Observations finales, Canada, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, § 11.

909 CESC, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 7.

910 CESC, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/2-3, § 5.

911 CERD, Observations finales, Autriche, CERD/C/AUT/CO/17, 22 septembre 2008, § 11.

912 CERD, Observations finales, Suisse, CERD/C/CHE/CO/6, § 8.

respectée»⁹¹³. Il l'a également rappelé à l'Autriche et a invité le gouvernement fédéral à : « *mettre en place un mécanisme efficace de coordination avec les Länder de façon à assurer l'application intégrale de la Convention dans l'ensemble du territoire autrichien* »⁹¹⁴.

Cinquièmement, le CDE s'attarde aussi sur la problématique des standards minimaux. Il s'exprime dans ce domaine face au Canada. De par la répartition de compétences, les provinces, à l'image des cantons suisses, sont pour une grande partie chargées de la mise en œuvre de la Convention ce qui peut conduire à l'insuffisance de réalisation des standards minimaux⁹¹⁵. Il a relevé que « (...) *l'application d'une bonne partie des dispositions de la Convention est du ressort des provinces et territoires et s'inquiète de ce que cela peut conduire, dans certains cas, à des situations où les normes minimales de la Convention ne sont pas appliquées à tous les enfants du fait de différences au niveau des provinces et territoires* »⁹¹⁶ et a recommandé à l'État de « *renforcer la coordination et le suivi et à en assurer l'efficacité, en particulier, entre les autorités fédérales, provinciales et territoriales (...)* »⁹¹⁷.

Finalement, nous pouvons mentionner l'avis des cours internationales. La CourEDH et la CIJ sont d'un avis similaire. La CourEDH n'a traité de la question des États fédéraux qu'indirectement⁹¹⁸ et se retient de se prononcer sur les structures fédérales⁹¹⁹. Nous l'avons mentionné en première partie, pour autant que les standards minimaux soient respectés, des individus ne pourraient pas faire valoir une pratique plus généreuse dans un autre État partie. Ainsi, elle analyse également le respect des standards minimaux⁹²⁰. Les obligations positives de la Convention exigent selon la Cour que toutes les personnes exerçant des fonctions étatiques respectent la CEDH⁹²¹. Par exemple lors de son arrêt *Assanidzé c. Géorgie*, la CourEDH a considéré qu'« *au regard de la Convention, seule se trouve en cause la responsabilité internationale de l'État, quelle que soit l'autorité nationale à qui est imputable le manquement à la Convention dans le système interne* »⁹²². La CIJ pareillement a admis

913 CEDEF, Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, § 39.

914 CEDEF, Observations finales, Autriche, CEDAW/C/AUT/CO/6, 2 février 2007, § 16.

915 WYTTEBACH, 2017, § 138.

916 CDE, Observations finales, Canada, CRC/C/15/Add.215, 27 octobre 2003, § 8.

917 *ibid.*, § 11.

918 WYTTEBACH, 2018, p. 58ss.

919 COUREDH, *Affaire R.M.D. c. Suisse*, n°19800/92, 26 septembre 1997, § 53.

920 WYTTEBACH, 2017, p. 142.

921 *ibid.*, p. 61.

922 COUREDH (GC), *Affaire Assanidzé c. Géorgie*, n°71503/01, § 146, WYTTEBACH, 2017, p. 25.

que l'État fédéral est responsable des actions de tous ses organes tels que ses entités fédérées⁹²³.

L'ensemble des comités, la CourEDH et la CIJ sont ainsi d'accord au moins sur l'importance du contrôle du respect des standards minimaux des droits au niveau des entités fédérées. Certains développements vont même plus loin et précisent que cette obligation doit se faire en vue d'une unification. Cette affirmation nous amène à la section suivante.

2. Une obligation de contrôle en vue d'une unification

Certaines recommandations présentes dans les documents des organes demandent qu'un contrôle de la bonne application du droit international soit fait en vue d'une **uniformisation** voire d'une **unification**⁹²⁴. Par exemple, le CDH face à la Suisse a estimé que l'**unification** des procédures pénales cantonales était un aspect positif⁹²⁵. Face à la Belgique, le CESCR a relevé avec préoccupation que : « *L'État partie manque de mécanismes adéquats pour coordonner les actions, tant au niveau fédéral que régional, visant à garantir le respect de ses obligations internationales dans le domaine des droits de l'homme, et pour en assurer l'uniformité* »⁹²⁶. Le CEDEF face à l'Autriche a rappelé à l'État de : « *veiller à ce que les mécanismes institutionnels de coordination entre l'État fédéral et les Länder soient efficaces et garantis, et permettent à la population de bénéficier de manière uniforme, dans toutes les provinces, de la législation et des plans d'action nationaux relatifs à l'égalité* »⁹²⁷. Le CRPD a même été jusqu'à recommander l'adoption de loi nationale **uniforme** à l'Australie⁹²⁸. Dans une Observation finale face à l'Inde, le CDE a recommandé à l'État de : « *revoir et de réviser l'ensemble de sa législation relative à l'enfance en vue d'harmoniser de manière cohérente et uniforme le cadre législatif des droits de l'enfant, au niveau fédéral et au niveau des États, avec les principes et dispositions de la Convention. L'État partie devrait faire en sorte que tous les textes de loi soient appliqués de la même façon à tous les enfants sur son territoire* »⁹²⁹.

Ces observations vont trop loin si on les compare avec notre définition de l'harmonisation posée au Chapitre 2 voulant préserver l'autonomie cantonale.

923 WYTTENBACH, 2018, p. 45, CIJ, Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), 27 juin 2001, § 115.

924 Nous surlignerons des termes qui reprennent cette idée d'uniformisation ou d'unification dans cette sous-section.

925 KÄLIN, 2012, p. 66, Observations finales, Suisse, CCPR/C/CHE/CO/3, § 3a.

926 CESCR, Observations finales, Belgique, E/C.12/1/Add.54, 1^{er} décembre 2000, § 5.

927 CEDEF, Observations finales, Autriche, CEDAW/C/AUT/CO/7-8, 22 mars 2013, § 13.

928 CRPD, Observations finales, Australie, CRPD/C/AUS/CO/1, 21 octobre 2013, § 40.

929 CDE, Observations finales, Inde, CRC/C/IND/CO/3-4, § 11ss.

En demandant une loi nationale, une unification ou uniformisation, la marge de manœuvre des cantons est réduite à néant. Nous sommes d'avis qu'une approche moins poussée est souhaitable et compatible avec les obligations internationales, ce qui nous amène à la prochaine section.

3. Une obligation de contrôle en vue d'une harmonisation

Certaines recommandations des organes adoptent une approche moins poussée que la précédente et mentionnent une obligation de contrôle en vue de l'application de **critères communs**, de **remédier aux disparités**, de **cohérence** ou **d'harmonisation** des régimes juridiques au sein de l'État⁹³⁰. Nous pouvons citer les exemples suivants.

a. Quelques exemples de recommandations demandant une harmonisation, mais pas nécessairement une uniformisation

Le CESCR a par exemple recommandé à la Suisse en particulier dans le cadre du droit à la sécurité sociale : « *de prendre les mesures nécessaires pour **harmoniser** les systèmes [cantonaux] et pour fixer des **critères minimaux et communs** concernant les niveaux de prestations sociales (...)* »⁹³¹. Il l'avait déjà fait au cycle précédent, lorsqu'il avait encouragé à une pratique des entités fédérées **harmonisées** pour garantir une égalité d'exercice des droits du Pacte dans tout l'État⁹³². Il avait à cette occasion spécifiquement recommandé à la Suisse de « *fixer des **normes communes** pour l'accès et le droit à l'aide sociale* »⁹³³. Pour un dernier exemple face à l'Allemagne, le CESCR a invité : « *l'État partie à prendre toutes les mesures voulues pour **remédier aux disparités** régionales entre Länder de l'est et Länder de l'ouest* »⁹³⁴.

Nous pouvons aussi mentionner le CERD et le CRPD. Le CERD a par exemple recommandé aux États-Unis de « *créer un mécanisme approprié chargé d'assurer la mise en œuvre **coordonnée** de la Convention aux niveaux fédéral, fédéré et local* »⁹³⁵. Le CRPD a rappelé au sujet du système fédéral de l'Autriche qu'il craignait que « *cela n'ait conduit à une **fragmentation inutile** des politiques, sachant en particulier que les Länder sont les prestataires des*

930 Nous surlignerons des termes qui reprennent cette idée d'harmonisation dans cette sous-section.

931 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 39.

932 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/2-3, § 5.

933 *ibid.*, § 12.

934 CESCR, Observations finales, Allemagne, E/C.12/DEU/CO/5, 12 juillet 2011, § 14.

935 CERD, Observations finales, États-Unis d'Amérique, CERD/C/USA/CO/6, 8 mai 2008, § 13.

services sociaux»⁹³⁶. Il a aussi constaté avec préoccupation face à l'Allemagne que : « *la mise en œuvre par l'État partie des obligations qui lui incombent au titre de la Convention sur l'ensemble de son territoire, s'est traduite par l'élaboration, au niveau des Länder, de plans d'action en faveur des personnes handicapées qui sont différents, tant en ce qui concerne leur contenu et leur orientation que l'adoption d'une approche **cohérente**, fondée sur les droits de l'homme qui soit conforme à la Convention* »⁹³⁷.

D'après la formulation du CEDEF, une implémentation **cohérente** et **harmonisée** est importante⁹³⁸. Il a rappelé cette importance en s'adressant à l'Australie : « *[l]e Comité demeure préoccupé par l'absence d'**harmonisation** ou de **cohérence** dans la façon dont la Convention est prise en compte et appliquée dans l'ensemble du pays, en particulier lorsque le traitement d'une question donnée relève de la compétence première de chaque État et Territoire* »⁹³⁹. Pour un autre exemple, face au Canada, il a estimé être « *préoccupé par le manque d'**harmonisation** de la législation aux niveaux fédéral, provincial et territorial quant à la détermination de la garde des enfants* »⁹⁴⁰ et rappelé au Canada que le « *Gouvernement fédéral est chargé de veiller à l'application de la Convention et d'offrir une direction aux gouvernements provinciaux et territoriaux dans ce cadre* » et a recommandé de mettre « *en place un mécanisme efficace visant à assurer le respect des principes de responsabilité et la mise en œuvre transparente et **cohérente** de la Convention sur l'ensemble de son territoire* »⁹⁴¹.

Dans le domaine de la lutte contre la pauvreté, le CDE a souligné l'importance de prendre des mesures afin de réduire les disparités régionales. Le CDE a encouragé l'Allemagne à « *prendre, < dans toutes les limites des ressources dont [elle] dispose, toutes les mesures nécessaires pour accélérer l'élimination de la pauvreté des enfants, notamment pour **éliminer les disparités** entre la partie orientale et la partie occidentale du pays* »⁹⁴² et la Croatie : « *[à] prendre toutes les mesures nécessaires < dans toutes les limites des ressources > dont [elle] dispose pour hâter l'élimination de la pauvreté des enfants, en particulier pour faire **disparaître les disparités** qui existent entre les différentes régions du pays* »⁹⁴³. Le CDE, face à la Suisse, a recommandé à l'État de « *de poursuivre et*

936 CRPD, Observations finales, Autriche, CRPD/C/AUT/CO/1, 30 septembre 2013, § 10.

937 CRPD, Observations finales, Allemagne, CRPD/C/DEU/CO/1, 13 mai 2015, § 5.

938 WYTENBACH, 2017, p. 135.

939 CEDEF, Observations finales, Australie, CEDAW/C/AUL/CO/7, § 16.

940 CEDEF, Observations finales, Canada, CEDAW/C/CAN/CO/8-9, 25 novembre 2016a, § 52.

941 *ibid.*, § 10-11.

942 CDE, Observations finales, Allemagne, CRC/C/15/Add.226, 26 février 2004a, § 51.

943 CDE, Observations finales, Croatie. CRC/C/15/Add.243, 3 novembre 2004, § 56.

intensifier ses efforts afin d'harmoniser intégralement ses lois fédérales et cantonales avec la Convention »⁹⁴⁴. Nous pouvons constater que certains termes restent vagues et imprécis mis à part peut-être la formulation du CESCR liant l'harmonisation à des critères minimaux⁹⁴⁵. Il est possible que les autres comités utilisent ces termes, plutôt vagues, différemment que nous. Toutefois, cette terminologie a l'avantage de rester ouverte aux différences cantonales en étant moins absolue que la terminologie liée à l'uniformisation expliquée précédemment tout en exprimant une volonté d'harmonisation.

b. Synthèse : une harmonisation fondée sur des critères minimaux communs

Ces différentes terminologies correspondent à notre définition de l'harmonisation demandant un « *rapprochement des droits cantonaux vers et autour de principes communs pour obtenir des normes équivalentes, mais pas forcément identiques visant à assurer un minimum en termes de droits et obligations garantis* »⁹⁴⁶. Un contrôle doit ainsi se faire en vue d'une harmonisation. Parmi ces différentes terminologies, les termes du CESCR face à la Suisse en octobre 2019 sont à cet égard-là plus clairs et précis. Il recommande l'instauration de standards minimaux communs en vue d'une harmonisation. Nous pouvons ainsi les reprendre comme définition de l'obligation de la Confédération voulant qu'elle ait l'obligation *de prendre les mesures nécessaires pour harmoniser les systèmes [cantonales] et pour fixer des critères minimaux et communs concernant les niveaux de prestations sociales* tout en n'exigeant pas une uniformisation des lois cantonales.

Cette affirmation s'inscrit d'une manière satisfaisante dans notre définition de l'harmonisation permettant des différences, mais pas en deçà du seuil des standards minimaux tout en étant conforme aux avis des organes qui demandent tous au moins un contrôle de la bonne application des conventions par les cantons. Cette bonne application est dans cette thèse limitée aux standards minimaux. Pour conclure, nous devons préciser que le droit à la sécurité sociale permet de mettre en œuvre les standards minimaux des différents droits que les cantons doivent respecter⁹⁴⁷. Dans le cadre des obligations fondamentales faisant partie du noyau dur de ce droit, le CESCR a précisé que les États devaient « *contrôler dans quelle mesure le droit à la sécurité*

944 CDE, Observations finales, Suisse, CRC/C/CHE/CO/2-4, 26 février 2015, § 9.

945 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 39.

946 Cf. Chapitre 2, I.

947 Cf. Chapitre 5.

sociale est réalisé ou ne l'est pas»⁹⁴⁸. Ainsi, cette obligation de contrôle fait partie des obligations immédiates de la Confédération.

Dans le domaine de l'aide sociale au sens large, qui est un domaine de compétence cantonale, la Confédération ne peut pas édicter de loi sans une réforme constitutionnelle, que nous ne traiterons pas ici. Pour mettre en œuvre des obligations internationales, l'État doit tout de même prendre dans son droit interne des mesures nécessaires, comme l'adoption de règles ayant un contenu conforme, la modification ou l'abrogation d'une loi contraire⁹⁴⁹. Les États doivent mettre en œuvre les obligations internationales en utilisant tous les moyens appropriés, en particulier des mesures législatives⁹⁵⁰. Sans possibilité de prendre ces mesures législatives, deux types de moyens principaux sont à disposition de la Confédération au sens de la Constitution : la surveillance fédérale et le contrôle judiciaire du TF. Selon WYTENBACH, dans ces domaines de compétences cantonales, une action inadéquate du législateur cantonal pourrait conduire la Confédération à prendre des mesures de surveillance, voire le TF dans le cas de normes justiciables à rendre un jugement⁹⁵¹. Dans le cadre de cette thèse, nous nous concentrerons principalement sur le contrôle judiciaire puis secondairement de la surveillance fédérale qui seront discutés au Chapitre 9.

Il y a donc une obligation de contrôle qui découle des standards minimaux et qui peut exiger une certaine harmonisation des droits cantonaux. Les standards minimaux des différents droits pertinents seront présentés au Chapitre 5. Toutefois, pour compléter l'argumentation juridique de l'exigence d'harmonisation, il convient, au préalable, d'analyser le principe de non-discrimination qui permettra d'ajouter des arguments.

948 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 59(f).

949 PERRIN, 1999, p. 823.

950 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 3-5, BOYLE, 2018, p. 7, AGNU, Résolution n°60/147, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, A/RES/60/147, § 1, CESCR, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 4, CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 77-80.

951 WYTENBACH, 2017, p. 294ss.

II. Une exigence d'harmonisation liée à l'interdiction de la discrimination

Cette section va présenter l'interdiction de la discrimination. Cette interdiction est le troisième aspect des obligations immédiates⁹⁵² précédemment présentées aux côtés de l'obligation de prise de mesure raisonnable et adéquate et des obligations minimales. Elle est pour notre démonstration le deuxième et le troisième critère juridique de l'exigence d'harmonisation. Tout d'abord, nous présenterons l'interdiction de la discrimination en général (Sous-section A). Ensuite, le principe d'interdiction de la discrimination au sein d'un seul canton pourra apporter un deuxième critère à l'exigence d'harmonisation (Sous-section B). Enfin, dans certaines circonstances, une discrimination pourrait se produire au niveau global par des différences entre les cantons, États ou provinces d'un État fédéral. Cette discrimination particulière fera l'objet de la Sous-section C et constituera notre troisième type d'argument juridique ou critère à l'exigence d'une harmonisation.

A. L'interdiction de la discrimination en général

Il s'agit du troisième aspect des obligations immédiates. Les États parties ont l'obligation au sens de l'art.2 § 2 du Pacte de garantir que les droits sont exercés sans aucune discrimination⁹⁵³. Cette sous-section complétera les différentes obligations immédiates de l'État en général quel que soit son niveau, qu'il soit fédéral ou cantonal que nous avons vues à la Section I, A du Chapitre 4.

1. La notion de l'interdiction de la discrimination

Comme nous l'avons déjà rappelé en introduction de ce chapitre, l'interdiction de la discrimination pourrait se comprendre à première vue comme un synonyme de l'égalité. Toutefois, ce n'est pas le cas, la discrimination est une

952 DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 361, CESCR, Déclaration, L'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif du Pacte, E/C.12/2007/1, § 7, CESCR, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009, § 7, CEDEF, Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, § 24.

953 DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 361, CESCR, Déclaration, L'appréciation de l'obligation d'agir « au maximum de ses ressources disponibles » dans le contexte d'un protocole facultatif du Pacte, E/C.12/2007/1, § 7, CESCR, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, § 7, CEDEF, Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, § 24.

notion plus étroite que comporte un élément de plus. C'est « *un traitement qui comporte un élément de dépréciation, d'avilissement et qui est réservé à une personne en raison de certains aspects de sa personnalité ou de son appartenance à un groupe déterminé* »⁹⁵⁴. Le TF reconnaît cet élément notamment au sujet de la pauvreté. Selon lui, la pauvreté peut conduire à un avilissement et à une stigmatisation à cause de la conception répandue en Suisse selon laquelle cette situation est le résultat d'une défaillance personnelle ou d'un échec dont on est responsable voire même d'une faiblesse morale⁹⁵⁵. Nous aborderons cette problématique plus en détail lorsque nous traiterons des critères de discrimination à la Section II, B, 1 du présent chapitre. Nous nous sommes concentrés sur l'interdiction de la discrimination plutôt que sur l'égalité en général pour avoir un argument fort pour appuyer notre hypothèse. En effet, l'interdiction de la discrimination implique une présomption d'illégitimité. Cette notion est ainsi plus exigeante que l'égalité et demande une motivation qualifiée de la part de l'État⁹⁵⁶.

La discrimination consiste à traiter différemment et défavorablement sans raison objective des personnes dans des situations similaires en se basant sur des motifs prohibés tels que la race le sexe ou toute autre situation liée à l'identité de la personne⁹⁵⁷, comme l'âge par exemple⁹⁵⁸. L'interdiction accessoire de la discrimination doit être respectée à tous les niveaux d'obligation mentionnés ci-dessus. Dans ce contexte, il est donc interdit de limiter ou de refuser une certaine protection ou prestation en fonction d'une de ces caractéristiques⁹⁵⁹. Cette obligation de mise en œuvre d'un accès sans discrimination pour tous les niveaux des droits fait aussi partie du noyau dur présenté précédemment⁹⁶⁰.

954 MAHON, 2014, p. 250.

955 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 49 ; JdT 2009 I p. 655, 16 décembre 2008, consid. 5.

956 MAHON, 2014, p. 251-252.

957 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 336, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 503 WALDMANN, 2015a, § 65, MARTENET, 2003, p. 395, BESSON et KLEBER, 2019, p. 59-60 CЕССR, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art.2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, § 13, CDH, Observation générale n°18: Non-discrimination, 10 novembre 1989, § 1-7, COUREDH, Affaire Clift c. Royaume-Uni, n°7205/07, 13 juillet 2010, § 59, CIDH, Avis consultatif, Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica, OC-4/84, 19 janvier 1984, § 56-57, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 138 I 305, 12 juin 2012, consid. 3.3.

958 CDH, Constataions, Communication n°1016/2001, Affaire Hinostroza Solís c. Pérou, CCPR/C/86/D/1016/2001, 16 mai 2006, § 6.3.

959 KÄLIN, 2010, p. 97.

960 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1101, CЕССR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 57.

S'agissant des sources, les art.14 CEDH, art.2 al.2 Pacte ONU I, art.2 al.1 et 26 ONU II ont des teneurs similaires, mais pas totalement identiques, quant à ces critères⁹⁶¹. Les développements propres à ces différentes sources seront toutefois analysés indifféremment et conjointement. Il est intéressant de mentionner ici que l'art.2 CDE prévoit, en plus des critères classiques, la situation des parents de l'enfant⁹⁶² ; critère pertinent nous le verrons pour notre analyse. Il y a lieu de préciser que les garanties de la non-discrimination du Pacte ONU I, de la CDE ou de la CEDH ne s'appliquent qu'en conjonction avec un autre droit garanti dans le même traité⁹⁶³. Nous reviendrons sur les liens du principe de non-discrimination avec les contenus normatifs spécifiques au Chapitre 5.

2. La discrimination indirecte et la discrimination dans les faits

L'interdiction de la discrimination va au-delà de la simple discrimination formelle, mais comprend aussi la discrimination indirecte⁹⁶⁴. La discrimination est indirecte lorsqu'une loi formulée en terme neutre affecte de manière disproportionnée un groupe de personnes lié à un motif prohibé sans justification raisonnable⁹⁶⁵. Elle peut également résulter d'une omission⁹⁶⁶. En effet, « [l]a discrimination peut apparaître quand les États ne prennent pas les dispositions législatives nécessaires pour garantir la pleine réalisation des droits (...) »⁹⁶⁷.

961 MARTENET, 2003, p. 389, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 504, c'est également le cas de l'art.8 Cst.

962 BESSON et KLEBER, 2019, p. 61.

963 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 174-175, CESC, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art.2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, § 7, BESSON et KLEBER, 2019, p. 53. Il convient de préciser, s'agissant de la CEDH eu cette affirmation n'est plus vraie si l'État a ratifié le protocole n°12, ce qui n'est pas le cas de la Suisse : MALINVERNI, Chapitre 1: Le Conseil de l'Europe, II. La Convention européenne des droits de l'homme, in : Introduction aux droits de l'homme, (Hertig Randall, édit.), Genève, Cowansville 2014, p. 397ss, p. 414.

964 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 341-345 MARTENET, 2019a, p. 51, WILSON et PATRY, Article 10 CEDEF, in : ibid.(Hertig Randall/Hottelier/Lempen, édit.), p. 251ss, p. 257, PREVITALI et MONTAVON, L'interdiction des discriminations, in : Droit constitutionnel suisse, (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 1453ss, p. 1459, CEDEF, Recommandation générale n°25 : Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales), 2004, § 6-7, CEDEF, Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, § 16, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 49; JdT 2009 I p. 655, consid. 4.1.

965 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 344-345.

966 MARTENET, 2019a, p. 51.

967 CEDEF, Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, § 10.

Ensuite, les États doivent également garantir l'égalité *de facto*⁹⁶⁸. Cette égalité dans les faits est aussi appelée égalité matérielle⁹⁶⁹. Selon le Juge PINTO DE ALBUQUERQUE, constitue une discrimination la loi « *qui ne prévoit pas de mesures positives quand elles se justifient par la situation d'inégalité factuelle où se trouve un groupe de personnes du fait d'une caractéristique identifiable* »⁹⁷⁰. Ainsi, l'interdiction de la discrimination exige l'adoption de mesures spéciales⁹⁷¹. Ces mesures sont dites spéciales, car elles sont prises dans le but d'accélérer la réalisation de cet objectif particulier d'égalité matérielle⁹⁷², réelle et effective⁹⁷³. Il s'agit d'une obligation à charge des États et non d'une simple possibilité d'action⁹⁷⁴. Pour appuyer cette exigence de prise de mesures spécifiques à l'égard de ces groupes vulnérables, il est intéressant de mentionner la pratique de la CIDH qui utilise le concept de vulnérabilité lié à celui de non-discrimination pour étendre la portée des obligations internationales⁹⁷⁵. La Cour interaméricaine estime que : « *not only should the States refrain from violating such rights, but also adopt positive measures, to be determined according to the specific needs of protection of the legal person, either*

968 MARTENET, 2019a, p. 57, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 517, WILSON et PATRY, 2019, p. 257-258, CEDEF, Recommandation générale n°25 : Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales), § 7-8, CEDEF, Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, § 9.

969 BESSON et KLEBER, 2019, p. 57.

970 COUREDHD (GC), Affaire Vallianatos et autres c. Grèce, n°29381/09 et n°32684/09, Opinion séparée du Juge Pinto de Albuquerque, 7 novembre 2013, p. 43ss.

971 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Berne 2009, p. 610-611, CESC, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art.2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, § 8 et 9, COURTIS et TOBIN, Art.28. The Right to Education, in: The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary, (Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 1056ss, p. 1077, COUREDHD (GC), Affaire Vallianatos et autres c. Grèce, n°29381/09 et n°32684/09, Opinion séparée du Juge Pinto de Albuquerque, p. 43ss.

972 HERTIG RANDALL, Art.4 CEDEF, in : CEDEF, La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif: commentaire, (Hottelier/Lempen/Hertig Randall, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 91ss, p. 100, CEDEF, Recommandation générale n°25 : Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales), § 21.

973 PREVITALI et MONTAVON, 2020, p. 1468ss.

974 HERTIG RANDALL, 2019, p. 101, CEDEF, Recommandation générale n°25 : Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales), § 24.

975 BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 56ss, ESTUPIÑAN-SILVA, La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, esquisse d'une typologie, in : La vulnérabilité saisie par les juges en Europe, (Burgorgue-Larsen, édit.), Paris 2014, p. 89ss, p. 104ss.

because of his personal condition or the specific situation he is in»⁹⁷⁶. Ce critère permet de demander des mesures spécifiques pour assurer une protection des personnes considérées comme vulnérables de par leurs conditions personnelles comme les enfants ou les femmes dans certaines circonstances ou en raison de vulnérabilités sociales comme la pauvreté⁹⁷⁷. Ainsi, une situation différente demande un traitement différent⁹⁷⁸.

L'égalité matérielle peut être réalisée par des mesures générales qui visent tous les groupes de la population, mais également en adoptant des mesures de discrimination positive spécifiquement en faveur de ceux qui sont défavorisés⁹⁷⁹. Les mesures de discriminations positives constituent une catégorie particulière des mesures positives visant une égalité de fait en général⁹⁸⁰. Ces mesures se basent ouvertement sur un motif de discrimination prohibé et vont plus loin que de simples mesures spéciales⁹⁸¹. Elles sont soumises à des conditions strictes et sont temporaires⁹⁸². Il ne faut pas les confondre avec les mesures spéciales précitées. Cette égalité matérielle consistera en un principe important tant pour les obligations au niveau fédéral que pour celles de niveau cantonal. Au niveau cantonal, la situation factuelle de ces groupes sera comparée à celle d'autres groupes au sein d'un même canton. Si les cantons ne respectent pas ces obligations au sein de leur propre territoire, la Confédération devra prendre des mesures au sens de l'exigence expliquée à la section précédente. Nous allons aborder l'interdiction de la discrimination au sein d'un même canton à la Sous-section B suivante.

Au niveau fédéral, les situations factuelles de certains groupes de la population (comme les enfants ou les personnes précarisées) seront comparées entre cantons. Cette interdiction de la discrimination non pas au sein d'un seul canton, mais entre ces cantons au niveau fédéral permettra d'apporter un argument supplémentaire pour appuyer l'exigence d'harmonisation fondée sur les standards minimaux et sur l'interdiction de la discrimination au

976 CIDH, *Affaire Ximenes-Lopes c. Brésil*, 4 juillet 2006, § 103.

977 Au sujet des enfants : CIDH, *Avis consultatif demandé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, OC-17/2002*, 28 août 2002, § 36 et 93, au sujet de femmes jeunes issues de milieux modestes : CIDH, *Affaire González et al. (« Cotton Field ») c. Mexico*, 16 novembre 2009, § 282, au sujet des situations de pauvreté : CIDH, *Affaire de la Communauté indigène Sawhoymaxa c. Paraguay*, 29 mars 2006, § 154.

978 TRIBUNAL FÉDÉRAL, *ATF 138 I 321*, consid. 3.2.

979 COUREDH (GC), *Affaire Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie, n°47848/08*, *Opinion séparée du juge Pinto de Albuquerque*, p. 70ss, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 516, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 59, BESSON et KLEBER, 2019, p. 58.

980 BESSON et KLEBER, 2019, p. 65.

981 *ibid.*, p. 66.

982 Par exemple : CDE, *Observations finales, Inde, CRC/C/15/Add.228*, 26 février 2004c, §31-32.

sein d'un même canton. Cette interdiction au niveau fédéral nécessite plus de précisions qui seront présentées à la Sous-section C.

B. L'interdiction de la discrimination au sein d'un seul canton

Trois notions sont importantes pour saisir l'obligation de l'interdiction de la discrimination qui pèse sur les cantons en matière d'aide sociale au sein de leur système juridique. Premièrement, nous devons évoquer les différents critères sur lesquels les lois cantonales peuvent être potentiellement discriminatoires (Sous-section 1). Ensuite, nous aborderons la conséquence de l'identification de tels critères : une présomption d'illégitimité (Sous-section 2). Enfin, nous aborderons un phénomène très présent en matière de pauvreté : la discrimination multiple (Sous-section 3). Ces notions présentées nous pourrions conclure dans une dernière sous-section à une obligation d'harmonisation au même titre que celle découlant de la mise en œuvre des standards minimaux expliquée en Section I, B de ce chapitre.

1. Les critères de discrimination pertinents au sein d'un canton

Il y a plusieurs critères de discrimination qui s'appliquent potentiellement à l'action des cantons en matière d'aide sociale. Nous allons passer en revue les principaux. Un désavantage imposé sur ces caractéristiques personnelles est considéré comme une atteinte à la dignité humaine⁹⁸³. Le sexe constitue bien évidemment un critère prohibé des plus suspects et est spécialement prévu à l'al. 3 de l'art. 8 Cst.⁹⁸⁴, par exemple. S'agissant des sources, nous renvoyons le lecteur à la section précédente. S'agissant des femmes, au titre de l'art. 2 CEDEF, et afin d'obtenir une égalité dans les faits, les États doivent privilégier les moyens appropriés qui permettent de parvenir le plus efficacement, le plus rapidement et le plus durablement à une élimination de la discrimination envers les femmes⁹⁸⁵. Des mesures sont exigées pour atteindre ce but d'égalité dans les faits⁹⁸⁶.

Il est important de parler également de l'âge. Ce critère vise en particulier les jeunes, mais pourrait également être invoqué par les personnes âgées⁹⁸⁷.

983 PREVITALI et MONTAVON, 2020, p. 1455, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 138 I 217, 13 juin 2012, consid. 3.3.3, CDE, Observation générale n°1, Paragraphe 1 de l'article 29 : Les buts de l'éducation, CRC/GC/2001/1, 17 avril 2001, § 10.

984 AUBERT et MAHON, 2003, § 18ss, MARTENET, 2003, p. 388.

985 MARTENET, 2019a, p. 57.

986 *ibid.*, p. 57, HERTIG RANDALL, 2019, p. 96, CEDEF, Recommandation générale n°25 : Premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (Mesures temporaires spéciales), § 7-8, CEDEF, Recommandation générale n°28, CEDAW/C/GC/28, § 9 et § 20.

987 AUBERT et MAHON, 2003, § 15.

L'art.2 CDE interdit la discrimination spécifiquement envers les enfants. Il a été adopté face au manque d'efficacité des prohibitions générales de la discrimination pour lutter contre la discrimination des enfants⁹⁸⁸. Cet article protège non seulement les enfants des discriminations qui leur sont directement adressées, mais également celles qui sont basées sur la situation des parents. Des mesures concrètes en pratique doivent donc être prises pour lutter contre la discrimination des enfants notamment dans le contexte des droits économiques, sociaux et culturels⁹⁸⁹.

Ensuite, la situation économique et sociale fait partie des motifs prohibés au sens de l'art.2 ONU⁹⁹⁰ et de ceux prohibés par l'art.2 CDE⁹⁹¹. La situation sociale qui inclut la situation économique, financière, professionnelle, voire familiale, est un critère sensible et suspect et demande une attention particulière, des précautions particulières et une justification. Une distinction fondée sur elle peut affecter la dignité humaine⁹⁹². Ces critères pourront donner une présomption d'illégitimité qui pourra si elle est confirmée entraîner une obligation de prise de mesure de la Confédération en vue d'une harmonisation au même titre que pour une mise en œuvre insuffisante des standards minimaux.

2. La présomption d'illégitimité

L'importance de ces critères est controversée. Certains auteurs contestent que la situation socio-économique soit un critère prohibé de la même importance que d'autres. Ils estiment que les critères de la situation économique ou encore l'âge n'impliquent pas nécessairement une présomption d'illégitimité, contrairement à la race et au sexe par exemple qui méritent une attention plus grande⁹⁹³. Cependant, il ne nous semble pas justifié de suivre cette

988 BESSON et KLEBER, 2019, p. 48.

989 *ibid.*, p. 49-52, cette obligation de prise de mesure positive est reconnue par le CDE : par exemple : CDE, Observation générale n°5, Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art.4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, § 12, CDE, Observation générale n°11, Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention, CRC/C/GC/11, 12 février 2009, § 24, la CIDH a également reconnu que la vulnérabilité particulière des enfants exigeait la prise de mesure spécifique : CIDH, Avis consultatif demandé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, OC-17/2002, § 36 et 93.

990 CDESCR, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art.2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, § 35.

991 HODGKIN, NEWELL et UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3^e éd., Genève 2007, § 24-25.

992 MARTENET, 2003, p. 389, AUBERT et MAHON, 2003, § 16 AUER, MALINVERNI et HOTTE-LIER, 2013b, p. 505, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 54.

993 Voir MARTENET, 2003, p. 389, qui différencie les critères suspects des critères simplement sensibles ; voir aussi AUBERT et MAHON, 2003, § 15, qui différencie les critères absolument non pertinents des critères relativement non pertinents.

approche pour plusieurs raisons, en tout cas pour le critère de la situation socio-économique.

Premièrement, elle est aussi bien reconnue par le texte de la Constitution, la doctrine ou la jurisprudence et même par les organes des traités. Elle est expressément mentionnée à l'art. 8 al. 2 Cst. Elle concerne le fait que les personnes ont des positions sociales différentes, ce qui est essentiellement dû à des capacités financières et économiques différentes et protège ainsi directement les personnes en situation de pauvreté⁹⁹⁴. Cet aspect est reconnu par le TF qui estime que *« [a]vec d'autres éléments, [le critère de la situation sociale] fait référence à la capacité financière, qui peut avoir son importance quant au respect ou au mépris que l'on témoigne à une personne (...). Dans ce sens, la pauvreté et la dépendance financière peuvent conduire à un avilissement et à une stigmatisation dans la mesure où, selon une conception stéréotypée, répandue, ces situations sont le résultat d'une défaillance personnelle de la personne concernée, ou d'un échec dont elle porte la responsabilité, ou même d'une faiblesse morale »*⁹⁹⁵. La doctrine suisse aussi reconnaît que la pauvreté et ses conséquences comme la dépendance à l'aide sociale peuvent constituer un aspect de la situation sociale comme critère de discrimination⁹⁹⁶. Elle est aussi reconnue comme critère de discrimination par les organes des traités. Par exemple, Le CEDEF a également souligné que la discrimination liée à la pauvreté pouvait s'ajouter à la discrimination fondée sur le sexe⁹⁹⁷. Le CESCR reconnaît cette importance du critère de la situation économique et sociale. Il précise dans son Observation générale n°20 que c'est un motif prohibé de discrimination⁹⁹⁸.

Deuxièmement, il est important de prévoir une protection contre la discrimination des personnes en situation de pauvreté au vu de la conséquence qu'une telle discrimination a sur ces personnes. En effet, un double lien existe entre ces phénomènes. La pauvreté peut causer une discrimination, mais le

994 SUTER, *Armut und Diskriminierung: eine Untersuchung zum Diskriminierungsschutz für bedürftige Menschen in der Schweiz*, Zurich 2015, p. 229.

995 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 49; JdT 2009 I p. 655, consid. 5.

996 SUTER, 2015, p. 230, BIAGGINI, 2017a, p. 156, HANGARTNER, Bundesgericht, I. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 16.12.2008, X. c. Gemeinderat A./Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bzw. subsidiäre Verfassungsbeschwerde (ID_19/2007), in PJA 2009, 505ss, p. 508, AMSTUTZ, *Das Grundrecht auf Existenzsicherung: Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung*, Berne 2002, p. 351ss.

997 CEDEF, Recommendation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, 27 novembre 2017, § 40.

998 CESCR, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, § 35.

contraire est également vrai et la discrimination cause la pauvreté⁹⁹⁹. Selon GERDS, il est important de penser la pauvreté comme cause de la discrimination et non pas uniquement comme un résultat¹⁰⁰⁰. De plus, la pauvreté se transmet très souvent entre générations, ce qui rend ce phénomène d'autant plus inextricable pour les personnes concernées¹⁰⁰¹. Une protection efficace des personnes en situation de pauvreté permettrait prévenir ces cercles vicieux. Reconnaître la pauvreté comme motif de discrimination au même titre que les autres serait ainsi une étape logique d'un système des droits humains attentifs à cette question¹⁰⁰².

Enfin, cette importance de la situation économique et sociale en matière de discrimination peut s'inscrire dans la jurisprudence de la CourEDH. Elle a admis que l'incapacité à influencer une caractéristique personnelle est une raison pour analyser de manière circonstanciée une différence de traitement¹⁰⁰³. Or, nous sommes d'avis, comme NADAKAVUKAREN SCHEFER, qu'à l'image d'un enfant né hors mariage de l'affaire Mazurek c. France, l'on ne peut pas mettre la faute sur une personne en situation de pauvreté au vu des causes structurelles de la pauvreté¹⁰⁰⁴. Enfin, cette approche s'inscrit également dans la jurisprudence du TF. Il estime qu'il existe une présomption générale à l'encontre de l'ensemble des critères¹⁰⁰⁵. Cette vision est partagée par SCHWEIZER qui estime qu'une distinction basée sur n'importe quel critère doit donner lieu à une justification qualifiée¹⁰⁰⁶ ou à celle de PREVITALI et MONTAVON qui estiment que « [c]haque cas de discrimination est intolérable et les critères suspects ne se classent pas par ordre d'importance. Ils doivent être appréciés en tenant compte des effets qu'ils produisent dans un cas concret »¹⁰⁰⁷.

Ainsi, pour ces quatre raisons, nous suivons une approche qui ne fait pas de distinction entre les différents critères pour donner une importance égale au statut économique et social des individus dans l'examen de la discrimination. Le critère visant la situation économique et sociale est important

999 CESC, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, § 11.

1000 GERDS, 2012a, p. 142.

1001 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 8.

1002 NADAKAVUKAREN SCHEFER, 2013, p. 11-12.

1003 COUREDH, Affaire Mazurek c. France, n°34406/97, 1^{er} février 2000, § 54, NADAKAVUKAREN SCHEFER, 2013, p. 12.

1004 NADAKAVUKAREN SCHEFER, 2013, p. 12.

1005 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 II 377, 11 septembre 2000, consid. 6a, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 169, 13 mai 2013, consid. 7.2.3, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 138 I 305, consid. 3.3, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 49 ; JdT 2009 I p. 655, consid. 4.1.

1006 SCHWEIZER, 2014b, § 148 et § 154.

1007 PREVITALI et MONTAVON, 2020, p. 1463.

pour l'admission de mesure positive en faveur de ces groupes lorsque nous analyserons les droits cantonaux aux Chapitres 6 et 7. Par exemple, les prestations pour familles et celles liées à l'éducation permettent d'éviter le recours à l'aide sociale qui est stigmatisante pour les personnes en situation de pauvreté comme nous le verrons. De même, l'aide sociale au sens strict prévient les situations de pauvreté. Ainsi, si on arrive à démontrer que la situation économique, le sexe, ou l'âge est un critère prohibé, cela entraînera une présomption de violation qui exigera de la Confédération des mesures de contrôle en vue d'une harmonisation des droits cantonaux au même titre que celle en rapport avec les standards minimaux. On trouve ici notre deuxième type de critère démontrant l'existence d'une exigence d'harmonisation.

Une circonstance qui appuie la nécessité de cette prise de mesure est la notion de discrimination multiple que peuvent subir les personnes en situation de pauvreté.

3. Les discriminations multiples, l'intersectionnalité et la discrimination statistique

La situation d'une personne dépend de plusieurs caractéristiques potentiellement sources de discrimination et non d'une seule¹⁰⁰⁸. Par exemple, comme la pauvreté constitue une conséquence et un motif de la discrimination, les enfants en situation de pauvreté sont touchés par diverses formes de discriminations en raison de leur âge et de leur situation financière. Ces situations de discriminations multiples sont une cause de vulnérabilité particulière de ces enfants et méritent une attention particulière des États¹⁰⁰⁹. Nous l'avons dit¹⁰¹⁰, l'art.2 CDE demande une égalité certes formelle, mais également matérielle¹⁰¹¹. Cette affirmation est particulièrement pertinente au vu de l'importance de la pauvreté des enfants en Suisse¹⁰¹². Ainsi, au vu du risque qu'ils encourent de subir non seulement une discrimination en raison de leur âge, mais également fondée sur leur situation socio-économique s'ils sont en

1008 *ibid.*, p. 1461.

1009 BESSON et KLEBER, 2019, p. 63, HODGKIN, NEWELL et UNICEF, 2007, p. 20, CDE, Observation générale n°7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 septembre 2006, § 11, CDE, Observations finales, Pologne, CRC/C/POL/CO/3-4, 30 octobre 2015, § 16-17, CDE, Observations finales, Seychelles, CRC/C/SYC/CO/2-4, 23 janvier 2002, § 34-35, qui mentionne expressément la situation socio-économique, CESCR, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art.2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, §17.

1010 Cf. Chapitre 4, II, B.

1011 BESSON et KLEBER, 2019, p. 57.

1012 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 1.

situation de pauvreté, des mesures de soutien financier semblent d'autant plus nécessaires.

Nous l'avons dit¹⁰¹³, s'agissant des femmes, des mesures sont également nécessaires pour atteindre une égalité dans les faits. Ainsi, au même titre que les enfants, les situations de discrimination multiples basées sur le sexe et sur leur situation économique méritent une attention particulière. Des mesures sont donc d'autant plus exigées dans un domaine comme la lutte contre la pauvreté des femmes, où le critère du sexe peut s'ajouter à celui de la situation économique¹⁰¹⁴. Cette discrimination multiple ou croisée est complexe et a été soulignée tant par la doctrine que par le CEDEF. Les autres formes de discrimination doivent être considérées lors de l'analyse de la discrimination basée sur le sexe de par le cumul des effets négatifs que cela implique¹⁰¹⁵.

À cet égard, il est intéressant de mentionner les recherches sur la notion d'intersectionnalité pour mieux comprendre les discriminations que peuvent subir les personnes en situation de pauvreté. C'est une notion permettant de conceptualiser et prendre en compte les « *formes combinées de discrimination* »¹⁰¹⁶. Il convient de passer en revue quelques enseignements de cette conception. Les caractéristiques personnelles propres à un groupe de la population pouvant faire l'objet de discrimination ne sont pas forcément les mêmes pour tout le monde faisant partie de ce groupe. Par exemple, le genre féminin n'est pas perçu de la même manière selon sa religion, son ethnie ou son orientation sexuelle¹⁰¹⁷. De plus, des traitements moins favorables ne sont pas forcément liés à l'appartenance à un seul groupe, mais également à la situation particulière de la personne « (...) *at the intersection of multiple*

1013 Cf. Chapitre 4, II, B.

1014 Par exemple : la CIDH a souligné la vulnérabilité particulière de femme jeune issue de milieux modestes : CIDH, *Affaire González et al. (« Cotton Field ») c. Mexico*, § 282.

1015 MARTENET, 2019a, p. 71, WILSON et PATRY, 2019, p. 259, CEDEF, *Recommandation générale n°37 sur les aspects de la réduction des risques de catastrophe et des changements climatiques ayant trait à la problématique femmes-hommes*, CEDAW/C/GC/37, 13 février 2018, § 29, CEDEF, *Recommandation générale n°28*, CEDAW/C/GC/28, § 18, CEDEF, *Recommandation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation*, CEDAW/C/GC/36, § 40, mentionnant la pauvreté : CEDEF, *Observations finales, Guatemala*, CEDAW/C/GTM/CO8-9, 22 novembre 2017, § 11a, mentionnant la situation socio-économique : CEDEF, *Constatations, Communication n°17/2008, Affaire Pimentel c. Brésil*, CEDAW/C/49/D/17/2008, 27 septembre 2011, § 7.7.

1016 ROUX, *L'égalité entre (toutes) les femmes et les hommes, Les mutations du droit vers la protection contre les discriminations multiples et intersectionnelles*, in *La Revue des droits de l'homme* 2015 7, 1ss, p. 2.

1017 A ce sujet voir : STOLJAR, *Discrimination and Intersectionality*, in : *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, (Lippert-Rasmussen, éd.), Londres 2017, p. 68ss, p. 68ss.

dimensions of oppression »¹⁰¹⁸. Ainsi les désavantages subis par les individus peuvent être influencés par le fait que la personne appartienne à plusieurs groupes sociaux défavorisés¹⁰¹⁹. On a donc un élément en plus qu'une simple combinaison de critère. ROUX résume bien cette idée lorsqu'elle cite BILGE et expose que « *l'intersectionnalité va au-delà d'une simple reconnaissance de la multiplicité des systèmes d'oppression opérant à partir de ces catégories et postule leur interaction dans la production et la reproduction des inégalités sociales* »¹⁰²⁰. C'est le cas de femmes et enfants en situation de pauvreté.

Enfin, il convient de mentionner une dernière notion qui peut également expliquer le type de discrimination que subissent les personnes en situation de pauvreté. Il s'agit de la discrimination statistique. Elle a pour effet de « *rejeter un individu en raison de défauts qu'on lui prête parce que les membres de son groupe d'appartenance sont supposés – à tort ou à raison – avoir souvent ces défauts* »¹⁰²¹. La discrimination statistique constitue ainsi une discrimination envers des individus si ceux-ci « *bien qu'ils ne présentent pas eux-mêmes le trait associé au groupe auquel ils appartiennent, sont néanmoins désavantagés en raison de leur appartenance à celui-ci* »¹⁰²². Cette discrimination statistique menace les personnes démunies en Suisse. En effet, la vision répandue en Suisse de la pauvreté qui est rappelée par le TF dans un ATF déjà cité, voulant que « (...) *ces situations [soient] le résultat d'une défaillance personnelle de la personne concernée, ou d'un échec dont elle porte la responsabilité, ou même d'une faiblesse morale* »¹⁰²³, pourrait être la base de telles discriminations statistiques envers les personnes démunies de notre société. Certaines personnes n'ont que peu, voire pas de responsabilité du tout, par rapport à leur situation économique¹⁰²⁴. Celles-ci risquent d'être discriminées. Cette forme de discrimination s'ajoute aux autres formes déjà citées.

La discrimination envers les personnes en situation de pauvreté pose donc des questions complexes et la Confédération devra être plus attentive lors du contrôle des droits cantonaux lorsqu'elle examinera la bonne mise en

1018 *ibid.*, p. 69.

1019 *ibid.*, p. 69.

1020 ROUX, 2015, p. 5 et les références citées.

1021 PARODI, De la discrimination statistique à la discrimination positive, Remarques sur l'inférence probabiliste, in *Revue de l'Observatoire français des conjonctures économiques* 2010 1, 63ss, p. 64. Sur cette notion voir aussi : RÜEGGER, *La discrimination statistique entre pertinence et arbitraire*, in *Revue de philosophie économique* 1/2007 8, 73ss, p. 76-77.

1022 RÜEGGER, 2007, p. 78.

1023 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 49 ; JdT 2009 I p. 655, consid. 5.

1024 Les causes structurelles de la pauvreté liées par exemple au marché du travail jouent en effet un grand rôle : SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 48 et 90ss.

œuvre des droits des personnes en situation de pauvreté et en particulier des enfants et des femmes. Pour ces groupes de la population, une exigence d'harmonisation pourra ainsi plus facilement être démontrée.

4. Une obligation de prise de mesures en vue d'une harmonisation

Ces obligations découlant du principe de non-discrimination sont de nature immédiate. La mise en œuvre au sein des cantons des obligations découlant de l'interdiction de la discrimination doit être contrôlée par la Confédération au même titre que la mise en œuvre des obligations découlant des standards minimaux, comme nous l'avons expliqué en Section I de ce chapitre. Un non-respect de ces obligations implique ainsi également une exigence d'harmonisation telle que décrite au Chapitre 4, I, B. L'interdiction de la discrimination au sein d'un seul canton doit être analysée en relation avec les différents droits prévus par les conventions. Il faut donc garder à l'esprit ces principes lors de l'analyse des droits cantonaux au vu des standards minimaux spécifiques que nous allons présenter au Chapitre 5. Elle constitue donc le deuxième type d'argument pour admettre l'existence de l'exigence d'harmonisation. Nous pouvons désormais passer au troisième type d'argument juridique : la discrimination entre cantons.

C. L'interdiction de la discrimination entre cantons différents

Premièrement, nous présenterons les avis de la doctrine, de la jurisprudence et des organes des traités en rapport avec une discrimination entre entités fédérées (Sous-section 1). Ensuite, nous présenterons la liberté d'établissement qui est nécessaire pour comprendre dans quels cas l'interdiction de la discrimination s'applique (Sous-section 2). À l'aide des notions de ces deux sous-sections, nous pourrions définir l'obligation de la Confédération en rapport avec l'interdiction de la discrimination (Sous-section 3), ce qui permettra comme nous l'avons dit au Chapitre 2, I, B, 2, d'apporter au débat constitutionnel de l'interdiction de la discrimination entre cantons un angle de droit international. Cette approche permettra de préciser ce débat uniquement dans un cadre restreint : pour des groupes de la population très spécifiques qui disposent d'une liberté de choix restreinte du domicile et dans des circonstances particulières, c'est-à-dire uniquement en cas de non-respect d'obligations minimales des droits humains. Ce ne sera qu'un élément supplémentaire du raisonnement pour appuyer l'existence d'une exigence d'harmonisation dans ces circonstances particulières.

L'approche de notre argumentation est ainsi avant tout un raisonnement se fondant sur la légalité et non sur l'égalité. Il permet de prendre en compte

les avis des comités et de la doctrine internationale sur l'interdiction de la discrimination dans un système fédéral en ajoutant dans le cas de non-respect des standards minimaux un raisonnement qui compare les régimes cantonaux avec d'autres uniquement pour certains groupes de la population. Nous pouvons maintenant exposer ces différents avis.

1. La discrimination entre collectivités fédérées

La discrimination entre collectivités fédérées a été considérablement discutée par la doctrine dont nous avons déjà longuement présenté les avis au Chapitre 1, III, D, 3. La doctrine ne l'admet pas. Cependant, nous avons mentionné au Chapitre 2, I, B, 2, lorsque nous avons présenté la méthode de démonstration de l'exigence d'harmonisation que certains auteurs de doctrine considéraient que cette approche pouvait soulever des difficultés.

Dans la continuité de ces arguments, certains auteurs de doctrine évoquent même des inégalités de traitement entre individus de différents cantons lorsque les prestations ne sont pas les mêmes et que ces personnes sont dans des situations de besoins similaires¹⁰²⁵. On arrive dans ces situations aux limites du fédéralisme qui devient source d'inégalité de traitement¹⁰²⁶. S'agissant de la jurisprudence de la CourEDH, nous l'avons exposée précédemment, les différences entre entités fédérées sont possibles aussi longtemps que les standards minimaux sont respectés¹⁰²⁷. Les organes des traités se sont penchés sur l'harmonisation dans l'application des droits humains au sein d'États décentralisés ou fédéraux, comme nous l'avons mentionné précédemment¹⁰²⁸. Ces développements vont dans le sens de la présente argumentation. Toutefois, certaines observations finales, générales ou constatations montrent qu'ils vont parfois plus loin et mentionnent même la notion de **discrimination**¹⁰²⁹. Nous allons donc revenir à l'analyse de la pratique des comités, mais cette fois-ci spécifiquement en lien avec la notion de discrimination¹⁰³⁰ et d'égalité entre collectivités fédérées. Nous commencerons par présenter la

1025 GNAEGI, 2012, p. 223, LEGRAND-GERMANIER, 2003, p. 109. Le CF aussi estime aussi que le fait que des personnes ne touchent pas les mêmes prestations d'un canton à l'autre alors qu'elles ont les mêmes besoins peut être perçu comme des inégalités de droit et de traitements : CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 10, EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 3-4.

1026 LEGRAND-GERMANIER, 2003, p. 107, WEBER-DÜRLER estime aussi que des différences sans justification dans les faits soulèvent des problèmes d'inégalité : WEBER-DÜRLER, 2004, p. 13.

1027 WYTENBACH, 2018, p. 76, cf. aussi Chapitre 4, I, B, 1.

1028 Cf. Chapitre 1, III, C, 2 et Chapitre 4, I, B, 3.

1029 Cf. à ce sujet : WYTENBACH, 2018, § 71ss.

1030 Nous soulignerons les termes en lien avec la discrimination dans cette sous-section.

pratique du CDE (Sous-section a) puis celle des autres organes (Sous-section b). Enfin, nous présenterons une limite à l'application de la discrimination entre collectivités fédérées afin de prendre en compte les avis de la doctrine rappelés au paragraphe précédent (Sous-section c).

a. La pratique du CDE

WYTTENBACH estime que c'est le CDE qui est l'organe des traités des droits humains allant le plus loin dans sa critique du fédéralisme en lien avec la discrimination¹⁰³¹. Par exemple, selon le CDE, les différentes mises en œuvre législatives des garanties de la convention au sein des collectivités d'un État fédéral peuvent conduire à une **discrimination** de la jouissance des droits de l'enfant¹⁰³². Nous pouvons citer le CDE dans une observation finale face à la Belgique. Il a précisé qu'il restait « (...) *préoccupé par l'absence de toute conception globale des droits de l'enfant et a fortiori de toute concrétisation d'une telle conception sous forme de plan d'action national ; par le fait que l'existence de différentes lois régissant différentes juridictions administratives peut aboutir à une **discrimination** en termes de jouissance des droits de l'enfant entre les différentes régions de l'État partie (...)* »¹⁰³³. Il a rappelé également à l'Argentine que « (...) *les inégalités touchant les provinces du nord-est et du nord-ouest peuvent être source de **discrimination*** »¹⁰³⁴ et aux Émirats arabes unis que : « *l'application de lois différentes selon la juridiction territoriale risque de se traduire par des **discriminations*** »¹⁰³⁵. Le CDE a souligné au gouvernement du Canada de « *renforcer la coordination et le suivi et à en assurer l'efficacité, en particulier, entre les autorités fédérales, provinciales et territoriales (...) en vue de limiter et si possible d'éliminer toute possibilité de disparité ou de **discrimination** dans la mise en œuvre de la Convention* »¹⁰³⁶. Pour un dernier exemple, le CDE a estimé face à l'Islande que les disparités dans le domaine de la protection des enfants entre régions administratives pouvaient causer des **discriminations** entre enfants habitant dans des endroits différents¹⁰³⁷. Ceci démontre que le CDE interprète l'interdiction de la discrimination comme étant applicable pour des enfants habitants dans des collectivités fédérées différentes.

1031 WYTTENBACH, 2017, p.135, WYTTENBACH, 2018, p. 78.

1032 WYTTENBACH, 2017, p.136.

1033 CDE, Observations finales, Belgique, CRC/C/15/Add.178, § 10.

1034 CDE, Observations finales, Argentine, CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 juin 2010, § 31.

1035 CDE, Observations finales, Émirats Arabes Unis, CRC/C/15/Add.183, 13 juin 2002b, § 7

1036 CDE, Observations finales, Canada, CRC/C/15/Add.215, § 11.

1037 CDE, Observations finales, Islande, CRC/C/15/Add.50, 13 février 1996, § 16.

b. La pratique des autres organes

Le CDE n'est cependant pas le seul Comité à utiliser le terme de discrimination face à la structure fédérale d'un État. Le CEDEF s'est joint à ce Comité pour affirmer dans leur recommandation générale conjointe que des garanties doivent être mises en place pour faire en sorte que la décentralisation ou le transfert des responsabilités n'entraîne pas de **discrimination** en matière de protection des femmes et des enfants contre les pratiques préjudiciables dans différentes régions et zones culturelles¹⁰³⁸. Le CESCR a aussi utilisé la notion de **discrimination** entre Länder de l'est et l'ouest d'Allemagne en matière de sécurité sociale¹⁰³⁹. Le Comité a vivement encouragé l'État partie à prendre rapidement des mesures efficaces pour prévenir à l'avenir toute discrimination entre les Länder de l'est et ceux de l'ouest quant au niveau des prestations sociales et à remédier aux situations de **discrimination** existant en la matière¹⁰⁴⁰. Ceci démontre que l'application de discrimination entre collectivités fédérées n'est pas étrangère aux autres comités tout en montrant que le CDE semble plus insistant et clair sur cette question s'agissant des enfants.

Nous avons passé en revue la pratique de différents acteurs concernant l'applicabilité de l'interdiction de la discrimination entre entités fédérées. Nous pouvons maintenant aborder la limite de cette application à la sous-section suivante.

c. Une discrimination entre cantons limitée à des circonstances particulières

Il convient d'expliquer finalement la limite à l'application de l'interdiction de la discrimination entre cantons que nous retiendrons pour tenir compte des avis de la doctrine exposés précédemment. La doctrine soit la rejette¹⁰⁴¹, soit l'applique uniquement dans certaines circonstances¹⁰⁴². En effet, nous n'allons examiner la discrimination au niveau fédéral entre cantons uniquement lorsque le domicile peut être considéré comme une caractéristique prohibée. La vision du CDE revient à considérer que les règles de compétences fédérales et le domicile peuvent constituer une caractéristique prohibée au sens

1038 CEDEF/CDE, Recommandation générale/observation générale conjointe n°31 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n°18 du Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 4 novembre 2014, § 46.

1039 CESCR, Observations finales, Allemagne, E/C.12/DEU/CO/5, § 22.

1040 *ibid.*, § 14, WYTTENBACH, 2017, p. 99.

1041 Cf. Chapitre 1, III, D, 3.

1042 Cf. Chapitre 2, I, B, 2.

des mots « *toute autre situation* » de l'art.2 al.1 CDE, 14 CEDH, 2 et 26 ONU II et 2 ONU I¹⁰⁴³.

Or, cette démarche n'est admissible que si le domicile n'est pas librement choisi. Dans ces cas, le domicile devient ici une caractéristique prohibée¹⁰⁴⁴, dans certains cas très spécifiques où cette liberté de choix fait défaut. Or, la liberté d'établissement est garantie dans le système suisse. Quels sont ces cas particuliers, disposant d'une liberté de choix limitée ? Nous nous concentrons sur les enfants et les personnes en situation de pauvreté. Nous présenterons leur situation dans la sous-section suivante après avoir défini la notion de la liberté d'établissement. En nous focalisant sur des circonstances très particulières liées au choix du domicile, nous pouvons argumenter que cette vision de l'interdiction de la discrimination pourrait s'inscrire dans la jurisprudence du TF prévoyant un rôle, certes limité, mais un rôle tout de même du principe de l'égalité sur le plan intercantonal¹⁰⁴⁵.

2. La liberté du choix du domicile

a. La garantie de la liberté d'établissement

Le libre choix du domicile est une garantie qui, dans un État fédéral, revêt une importance significative¹⁰⁴⁶. Au niveau constitutionnel, cette garantie est prévue par l'art.24 Cst. Cet article ne s'applique qu'aux Suisses et Suissesses¹⁰⁴⁷. Au niveau international, cette garantie n'a pas d'équivalent direct, mais il existe certaines dispositions qui se recoupent avec la protection de l'art.24 Cst¹⁰⁴⁸. On la trouve à l'art.13 DUDH, à l'art.12 du Pacte ONU II et à l'art.2 du Protocole additionnel n° 4 à la CEDH¹⁰⁴⁹. La Suisse n'a pas ratifié ce protocole additionnel à la CEDH¹⁰⁵⁰ et a émis une réserve à l'art.12 ONU II en rapport avec la législation sur les étrangers¹⁰⁵¹. Nous nous concentrerons, nous l'avons dit, uniquement sur les citoyens et citoyennes suisses. La liberté d'établissement a une portée tant intercantonale qu'à l'intérieur du canton¹⁰⁵².

1043 WYTTEBACH, 2017, p.152-153, WYTTEBACH, 2018, p. 79.

1044 WYTTEBACH, 2017, p.153-154, WYTTEBACH, 2018, p. 80.

1045 Par exemple: TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 124 IV 44, 10 février 1998, consid. 2c.

1046 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p.363, EGLI, Art.24, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014, § 4.

1047 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p.365, RUDIN, Art.24 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 16.

1048 RUDIN, 2015, § 8.

1049 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p.366, RUDIN, 2015, § 9-10.

1050 RUDIN, 2015, § 11, EGLI, 2014, § 15.

1051 EGLI, 2014, § 16.

1052 BIAGGINI, 2017c, § 4, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p.365.

C'est le droit de s'établir et de séjourner en un lieu quelconque du territoire suisse, ainsi que le quitter librement. C'est une garantie de la libre circulation des personnes sur le territoire suisse. Chaque personne peut ainsi choisir librement son domicile n'importe où en Suisse. Ainsi, les communes et les cantons doivent autoriser les ressortissants suisses à s'établir sur le territoire. Cette liberté demande également à la Confédération suisse, aux cantons et aux communes de permettre à tout Suisse de s'établir dans n'importe quel lieu du pays ainsi que de ne pas limiter les déménagements¹⁰⁵³. Cette composante est particulièrement importante pour la situation des personnes précarisées. Avant de nous arrêter sur ces personnes, nous allons présenter le cas des enfants dans la section suivante. En effet, en lien avec la garantie d'établissement, nous allons examiner les différents groupes de personnes disposant d'une liberté de choix restreinte du domicile. Ces groupes sont ceux particulièrement concernés par notre domaine choisi de l'aide sociale au sens large : les enfants et les personnes en situation de pauvreté. D'autres groupes de la population concerné par l'aide sociale peuvent également se trouver dans de telles situations, tels les requérants d'asile. Nous ne les traiterons pas, leur situation excédant le cadre de cette thèse¹⁰⁵⁴.

Enfin, il convient de mentionner que d'autres groupes de la population peuvent subir des restrictions du choix de leur domicile comme certains fonctionnaires¹⁰⁵⁵ ou des personnes faisant l'objet de procédure ou condamnation pénale¹⁰⁵⁶. Toutefois, contrairement aux enfants, aux personnes en situation de pauvreté ou aux requérants d'asile, ils ne sont pas particulièrement concernés par notre domaine de recherche choisi de l'aide sociale au sens large, ni particulièrement vulnérables. Nous n'analyserons donc pas leurs situations et nous nous concentrerons sur les groupes de la population les plus concernés par l'aide sociale et par notre argumentation qui se focalise sur les personnes vulnérables : les personnes en situation de pauvreté et les enfants¹⁰⁵⁷. Cette vulnérabilité particulière de ces groupes de la population par rapport à la jouissance des droits humains face à la pauvreté en Suisse justifie de les étudier en particulier et de renforcer notre argumentation à leurs égards par

1053 RUDIN, 2015, § 13 et 18, EGLI, 2014, § 7, BIAGGINI, 2017c, § 4, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 369-370, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 153, 27 mars 2009, consid. 2.2.2, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 128 I 280, 6 septembre 2002 consid. 4.1.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 127 I 97, 29 juin 2001, consid. 4c.

1054 Cf. Chapitre 2, II, E.

1055 RUDIN, 2015, § 29 et 36ss.

1056 *ibid.*, § 31ss.

1057 Pour une analyse d'autres groupes de la population qui jouissent d'une liberté restreinte de leur domicile voir : WYTTEBACH, 2018, p. 80.

l'analyse de l'interdiction de la discrimination entre cantons. Une autre raison justifiant de se focaliser sur les personnes en situation de pauvreté, comme nous le verrons en Sous-section c, est que la liberté d'établissement leur est d'une importance toute particulière au vu notamment de certaines pratiques cantonales de concurrence négative en matière d'aide sociale. Nous pouvons maintenant présenter plus en détail les groupes qui disposent d'une liberté restreinte de leur domicile que nous avons choisi.

b. Les groupes de la population disposant d'une liberté de choix limitée du domicile

Les enfants et les personnes en situation de pauvreté ne disposent pas d'une liberté complète de leur choix de domicile. Premièrement, les enfants ne disposent pas du libre choix du domicile en raison de leur âge et de la dépendance au choix de leurs parents¹⁰⁵⁸. En effet, le Code Civil suisse¹⁰⁵⁹ prévoit que l'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère. Ce régime entraîne, ainsi, une restriction de la liberté d'établissement pour les enfants¹⁰⁶⁰. De plus, en raison de leur âge ils ne peuvent pas dans les faits choisir leur domicile¹⁰⁶¹.

Deuxièmement, les personnes en situation de pauvreté ont une liberté de choix du domicile restreinte à cause de leurs possibilités d'actions limitées, par exemple par les liens familiaux ou les offres du marché du travail¹⁰⁶². Ont-ils vraiment une liberté de choix dans leur domicile ? En effet, les personnes pauvres ont dans les faits une liberté de choix du domicile plus faible que les personnes plus riches et doivent se rabattre sur des logements de moins bonne qualité¹⁰⁶³. De plus, il a été démontré que plus la situation économique et sociale est basse, moins les personnes sont mobiles et déménagent¹⁰⁶⁴. Face à l'éventuelle concurrence positive du système fédéral énoncée par WYTTEBACH, elle la relativise dans les cas où la liberté de choix des individus est limitée par exemple par les liens familiaux ou les offres du marché du travail¹⁰⁶⁵. Or, ceci est d'autant plus le cas pour les personnes dans le besoin. En effet, les personnes pauvres sont plus facilement seules et isolées

1058 WYTTEBACH, 2017, p. 154.

1059 Code civil suisse (CC), RS n°210, 10 décembre 1907, art. 25.

1060 EGLI, 2014, § 23, BIAGGINI, 2017C, § 12.

1061 WYTTEBACH, 2018, p. 80.

1062 WYTTEBACH, 2017, p. 146.

1063 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 132.

1064 TABIN, KELLER, HOFMANN et RODARI, Le « tourisme social » : mythe et réalité : l'exemple de la Suisse latine, Lausanne 2004, p. 111.

1065 WYTTEBACH, 2017, p. 146.

socialement¹⁰⁶⁶. Dès lors, leurs liens familiaux pèsent d'autant plus lourd dans leur choix à un éventuel déménagement qui risquerait de les isoler davantage. De plus, le phénomène de concurrence négative que nous avons vu en parlant des limites du fédéralisme en matière d'aide sociale démontre également que non. Ce serait même le contraire, des personnes pauvres peuvent être forcées de choisir d'autres lieux de domicile plus favorables en matière sociale.

c. L'importance de la liberté d'établissement pour les personnes démunies

La liberté d'établissement a eu une grande importance dans le domaine de la pauvreté. Par le passé, avant 1975, les personnes précarisées pouvaient se faire retirer leur permis d'établissement pour indigence et ne jouissaient ainsi pas de la liberté d'établissement¹⁰⁶⁷. Le 7 décembre 1975, le peuple suisse a accepté la révision des articles 45 et 48 de la Constitution fédérale abolissant les restrictions à la liberté d'établissement¹⁰⁶⁸. L'art.115 Cst. actuel reprend en substance le contenu de cette révision¹⁰⁶⁹. Ce principe a été concrétisé dans la Loi fédérale en matière d'assistance des personnes dans le besoin¹⁰⁷⁰, qui établit que les citoyens suisses sont soutenus par le canton de domicile¹⁰⁷¹. Ainsi, l'expulsion du canton des personnes en situation de pauvreté est interdite¹⁰⁷². Admettre une discrimination basée sur le domicile permet de garantir une liberté d'établissement totale pour les personnes en situation de pauvreté. En effet, à l'heure actuelle seule une certaine harmonisation semble pouvoir leur rendre une liberté d'établissement plus grande face à la concurrence négative présente en Suisse dans le domaine de l'aide sociale. À cet égard, nous le verrons au Chapitre 8, l'interdiction des mesures régressives est d'une importance particulière.

1066 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 137.

1067 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 364, RUDIN, 2015, § 2.

1068 GNAEGI, 2012, p. 216-217, RUDIN, 2015, § 3-4.

1069 RIEDI HUNOLD, 2014, § 1ss.

1070 Loi fédérale en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS), RS n°851.1, art.12 al.1.

1071 CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur la révision de la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin, FF 1990 I 46, 1989, p. 60.

1072 RUDIN, 2015, § 22, EGLI, 2014, § 7, BIAGGINI, 2017c, § 4, BIAGGINI, 2017f, § 5, voir également : Loi fédérale en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS), RS n°851.1, art.10, qui concrétise ce principe.

d. L'exemple de la commune de Rorschach

Un exemple frappant de ce phénomène en lien avec le choix du domicile a été relaté dans un article de la *Wochenzeitung*. Le maire de la commune de Rorschach à Saint-Gall est intervenu personnellement pour faire expulser un bénéficiaire de l'aide sociale de la commune, suivant la pratique répandue de certaines municipalités pour réduire les coûts liés à l'aide sociale en subordonnant l'autorisation d'établissement dans la commune et donc au versement d'une aide sociale à l'existence d'un contrat de bail. Cette condition est déjà problématique, mais le maire est allé même plus loin en intervenant auprès du bailleur d'une personne précarisée pour la résiliation du bail¹⁰⁷³. Cette personne a dû retourner s'installer en ville de Saint-Gall. Cette pratique n'est pas isolée et INGRID HESS, porte-parole de la CSIAS, a déclaré avoir connaissance de cas similaires¹⁰⁷⁴. Dans de tels cas, certains auteurs estiment être en présence d'une violation de la liberté d'établissement précitée¹⁰⁷⁵. Le Canton de Saint-Gall l'a d'ailleurs reconnu dans ses directives concernant la pratique de la conférence saint-galloise de l'aide sociale que : « *[j]eder Schweizer und jede Schweizerin hat das verfassungsmässig garantierte Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen (Art. 24 BV). Die Niederlassungsfreiheit wird auch durch das Abschiebeverbot gewährleistet (Art. 10 ZUG und Art. 25 SHG). So dürfen Behörden eine bedürftige Person nicht veranlassen, aus dem Wohnkanton (bzw. der Wohngemeinde) wegzuziehen, um damit ihre Leistungen einstellen zu können* »¹⁰⁷⁶. D'autres considèrent qu'une violation est présente en tout cas lorsque la municipalité agit elle-même en tant que propriétaire ou lorsqu'elle accompagne ses demandes d'autres mesures rendant difficile la conclusion du bail par les propriétaires¹⁰⁷⁷. Le Conseil fédéral a également admis que la concurrence négative peut conduire les bénéficiaires de prestations sociales à changer de domicile¹⁰⁷⁸.

Il n'en demeure pas moins que face à ces pratiques, les personnes en situation de pauvreté ne bénéficient donc que très marginalement d'une liberté de choix du domicile. Dans ce cas, lorsque la concurrence fédéraliste est

1073 FAGETTI, *Auf unfaire Weise aktiv geworden*, *Wochenzeitung* n°41/2018, 11 octobre 2018.

1074 *ibid.*

1075 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 7-8.

1076 KOS, *SKOS-Richtlinien und Praxishilfe der KOS*, 1er janvier 2018, art. A.5.1.

1077 RUDIN, 2015, § 23.

1078 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 59.

désactivée¹⁰⁷⁹ pour certaines personnes, l'autonomie des États fédérés conduisant à de grosses différences est moins pertinente. Des mesures fédérales la limitant peuvent être justifiées même au regard du principe de subsidiarité¹⁰⁸⁰. Cette affirmation est confirmée par l'importance que la liberté d'établissement a eue pour les personnes précarisées historiquement. Nous pouvons maintenant exposer l'obligation à charge de la Confédération dans ces situations.

3. Une obligation de prise de mesure renforcée

Dans les situations précitées où la liberté du choix du domicile fait défaut, ces personnes n'ont aucun *opting-out* pour choisir une autre collectivité. Le domicile ou le lien à la collectivité devient ici un certain critère factuel et juridique immuable pour ces personnes. Dans ce sens, ces personnes peuvent être discriminées par l'État fédéral qui ne prend pas de mesure pour lutter contre les différences de traitement dans chaque État membre¹⁰⁸¹. L'État doit vérifier avec une diligence particulière si les mesures entre entités fédérées sont comparables à l'égard de ces groupes. Si ce n'est pas le cas, il doit prendre des mesures correctrices de ces inégalités¹⁰⁸². Selon WYTTENBACH, avec qui nous sommes d'accord, dans ces circonstances, une exigence de mesures harmonisatrices est justifiée même eu égard aux considérations relatives à l'autonomie cantonale¹⁰⁸³. De plus, cette prise en compte de l'absence de choix des enfants et des personnes précarisées nous semble conforme à l'obligation de prendre en compte leur vulnérabilité telle que l'a théorisée la CIDH¹⁰⁸⁴. Enfin s'agissant des enfants, leur reconnaître une protection particulière au niveau du principe de discrimination permet de prendre en compte la vision particulièrement stricte du CDE face au fédéralisme.

Il convient ainsi de conclure ici qu'une obligation d'interdiction de la discrimination pèse sur la Confédération s'agissant des personnes en situation de pauvreté et des enfants. Des mesures de contrôle des droits cantonaux sont nécessaires lorsque les différences de traitement entre cantons sont telles qu'elles impliquent une discrimination fondée sur le domicile à l'égard de ces groupes de la population qui disposent d'une liberté limitée de

1079 Voire même est inversée en cas de concurrence négative.

1080 WYTTENBACH, 2017, p. 157.

1081 *ibid.*, p. 154.

1082 *ibid.*, p. 156, WYTTENBACH, 2018, p. 80-81.

1083 WYTTENBACH, 2018, p. 81.

1084 Cf. Chapitre 4, II, A, 2 et *ibid.*, p. 80, admet également que les enfants sont vulnérables aux disparités au sein de l'État.

choix de leur domicile. Cette circonstance permettra d'ajouter un argument à l'admission d'un contrôle fédéral. L'obligation de la prise de mesure décrite à la Section I, B en rapport avec les standards minimaux et à la Section II, B en rapport avec l'interdiction de la discrimination au sein d'un seul canton, est ainsi renforcée dans les cas de limitations du choix du domicile.

Nous avons défini l'obligation fédérale d'harmonisation et comment l'admettre en matière de mise en œuvre insuffisante des standards minimaux et de l'interdiction de la discrimination au sein d'un canton. Ensuite, nous avons expliqué comment renforcer l'argument de son admission par l'analyse de l'interdiction de la discrimination entre cantons différents. Nous pouvons maintenant passer à l'analyse du contenu normatif des standards minimaux des obligations de l'État au niveau cantonal pour continuer notre argumentation sur l'exigence d'harmonisation.

Chapitre 5 :

Le contenu normatif des standards minimaux des droits pertinents

Nous allons préciser le contenu normatif des standards minimaux des différents droits pertinents pour notre démonstration. Ce chapitre complète ainsi les notions générales de la Section I, A du Chapitre 4 relatives aux standards minimaux. Ces compléments sont nécessaires pour admettre le premier argument pour l'exigence d'un contrôle de la Confédération en vue d'une harmonisation expliquée à la Section I, B du Chapitre 4.

Nous allons évoquer les obligations minimales spécifiques selon une structure par domaine des droits humains. Ces obligations seront présentées selon trois domaines qui se recoupent avec les trois groupes de prestations sous conditions de ressources choisies. Le premier domaine traitera des dispositions en lien avec la garantie du standard minimal d'existence en général (Section I). Le deuxième traitera des dispositions garantissant un standard minimum de vie pour les familles, femmes et enfants (Section II). Quant au troisième, il regroupera les dispositions garantissant des prestations de l'État dans le domaine de l'éducation (Section III). Cela nous permettra de cibler les éléments importants de chaque droit humain étudié en fonction de domaines se recoupant avec nos prestations sous conditions de ressources choisies. En effet, l'aide sociale au sens strict met en œuvre principalement les droits humains garantissant un standard minimum de vie en général. Les prestations complémentaires familles et les avances sur pensions permettent de mettre en œuvre les garanties s'adressant aux familles, femmes et enfants. Finalement, les bourses d'études peuvent constituer une mesure en rapport avec les garanties du droit à l'éducation. Enfin, les prestations financières d'aide sociale au sens large constituent des mesures de mise en œuvre de l'accessibilité financière de chacun de ces domaines des droits humains. Cette raison justifie d'analyser l'art.9 PIDESC de manière séparée dans une Section IV.

I. Les droits relatifs au standard minimum de vie en général

Le minimum vital social a pour but de permettre aux personnes en situation de pauvreté de mener une existence dans la dignité¹⁰⁸⁵. Après avoir présenté les dispositions pertinentes (Sous-section A), il convient avant toute chose de s'attarder sur la notion de dignité humaine (Sous-section B). Ensuite, nous aborderons le contenu des droits à l'alimentation, à l'eau, à l'habillement, au logement, à la santé et à la culture de manière conjointe dans une Sous-section C. Ces développements nous permettront, dans une dernière sous-section, de définir le contenu normatif de l'obligation minimale de ces droits que doivent mettre en œuvre les cantons sur leur territoire. La mise en œuvre par les cantons de ces obligations minimales en matière de niveau de vie suffisant sera analysée principalement au Chapitre 6.

A. Les dispositions pertinentes

Nous allons présenter les obligations des droits humains en lien avec la garantie d'un standard minimum de vie qui vont s'appliquer à l'aide sociale au sens strict. Nous présenterons les lois cantonales en détail dans le chapitre suivant. Au stade actuel de l'analyse, nous pouvons nous contenter de quelques rappels. Nous avons présenté l'aide sociale comme dernier filet de la sécurité sociale en Suisse et comme devant fournir un minimum social. Le minimum social comprend la couverture des besoins matériels de base qui sont composés des frais de logement, des frais médicaux de base et d'un forfait pour l'entretien. Ce minimum comprend, de plus, des prestations circonstancielles déterminées selon la situation individuelle, comme des frais spéciaux liés à une maladie¹⁰⁸⁶.

Plusieurs garanties des droits humains ont une influence sur ces prestations garantissant un standard minimum de vie. Nous nous concentrerons ici sur les garanties du PIDESC. Les autres traités applicables comme la CDE et la CEDEF seront analysés dans la section relative aux standards minimaux pour familles, femmes et enfants¹⁰⁸⁷. La garantie d'un minimum vital ou

1085 CSIAS, *Le minimum vital social de l'aide sociale*, Document de base, Berne 2017a, p. 10.

1086 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 182.

1087 Même si certains aspects garantissant le standard minimum pour les familles, mères et enfants et le droit à l'éducation se retrouvent également dans le forfait pour l'entretien et les prestations circonstancielles de l'aide sociale au sens strict, nous considérons qu'il est plus commode de les analyser par la suite par souci de non-répétition. Dans le chapitre suivant, les éléments de l'aide sociale au sens strict se recoupant avec la protection offerte par les PCR dans le domaine de la famille et de l'éducation seront traités conjointement à ces prestations.

social au sens de l'aide sociale au sens strict concerne essentiellement quatre droits humains du Pacte : le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte I¹⁰⁸⁸), le droit à un standard minimum de vie (art.11 ONU I, dont le droit à l'alimentation et le droit à l'eau¹⁰⁸⁹ ainsi que le droit au logement¹⁰⁹⁰), le droit à la santé (art.12 du Pacte)¹⁰⁹¹ et le droit à la culture (art.15 du Pacte)¹⁰⁹². Nous allons présenter ces garanties en commençant par la garantie de la dignité humaine, qui constituera un des principes devant guider l'interprétation des autres garanties.

B. La dignité humaine

On l'a dit, les prestations sociales veulent permettre une existence dans la dignité. Mais qu'implique ce principe ? C'est en effet une notion très indéterminée¹⁰⁹³. La dignité humaine ne fait pas l'objet d'une disposition expresse du Pacte ONU I. Cependant, elle a été reconnue par la DUDH reprise par le préambule du Pacte ONU I. Il commence par cette phrase : « *[c]onsidérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Bon nombre de garanties qui nous intéressent y sont très intimement liées comme le droit à une nourriture suffisante¹⁰⁹⁴, le droit à l'eau¹⁰⁹⁵, le droit au logement¹⁰⁹⁶, le droit à la santé¹⁰⁹⁷ ou

1088 Au vu, notamment, de l'exigence de la mise en place de systèmes non contributifs tels que l'aide sociale, cf. CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 48-50.

1089 Au vu, notamment, que le budget de l'aide sociale prévoit un forfait pour l'entretien sensé couvrir ces dépenses alimentaires (eau et nourriture), cf. CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.2.1.

1090 L'aide sociale prévoit un poste pour le coût du logement : cf. *ibid.*, art. B.3.

1091 Au vu par exemple, des besoins de bases qui prennent en compte des frais médicaux, cf. *ibid.*, art. A.3.

1092 Le droit à la culture est également en partie mis en œuvre par le budget de l'aide sociale, puisque le forfait pour l'entretien comprend les coûts pour les loisirs et les hobbies (cf. *ibid.*, art. B.2.1, et que l'aide sociale vise une intégration sociale et culturelle, cf. *ibid.*, art. D.1-1.

1093 MANAÏD., 2013, p. 10.

1094 CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, 12 mai 1999, § 4, RAPPORTEUR SPÉCIAL ZIEGLER, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, A/59/385, 27 septembre 2004, § 5.

1095 CESCR, Observation générale n°15, Le droit à l'eau (art.11 et 12), E/C.12/2002/11, § 1.

1096 CESCR, Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23, 1991, §7.

1097 CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, 11 août 2000, § 1.

le droit à la sécurité sociale¹⁰⁹⁸. Elle est également considérée comme étant le fondement, la source ou la base des droits humains en général¹⁰⁹⁹.

Concrètement cette proximité entre la dignité humaine et les autres droits humains signifie qu'elle est indispensable à leur interprétation. Selon le Conseil fédéral, « [l]a garantie de la dignité humaine constitue le noyau et le point de départ d'autres droits fondamentaux, détermine le contenu de ces droits et constitue une valeur indicative pour les interpréter et les concrétiser »¹¹⁰⁰. La CourEDH estime dans le même sens que : « [l]a Convention européenne des Droits de l'Homme doit se comprendre et s'interpréter comme un tout. Les droits de l'homme constituent un système intégré visant à protéger la dignité de l'être humain »¹¹⁰¹. Le CESCR estime également que les droits énoncés dans le Pacte découleraient de la dignité inhérente à la personne humaine¹¹⁰². Nous allons donc analyser le contenu des droits du Pacte ONU I tout en gardant à l'esprit que la dignité humaine est, dans le cadre de la garantie d'un minimum vital ou social, un principe indispensable pour guider notre interprétation.

À ce titre, un parallèle peut être dessiné avec la notion de noyau fondamental ou noyau dur des droits humains dont nous avons parlé au Chapitre 4, I, A. La dignité humaine peut être vue comme un niveau social minimal qui reflète le concept de noyau dur. L'appréciation du seuil du contenu minimum d'un droit est basée sur la dignité humaine¹¹⁰³. C'est notamment le cas pour le minimum de garantie dans le domaine de l'assistance publique qui est devenu une composante centrale de la dignité humaine¹¹⁰⁴. Ainsi, les droits sociaux sont liés à la dignité humaine, puisqu'ils visent à garantir le minimum de besoins élémentaires¹¹⁰⁵. Cette affirmation rejoint nos développements du Chapitre 1. Nous avons démontré que la dignité humaine était violée quand une personne se trouvait abandonnée dans une situation de détresse existentielle¹¹⁰⁶. Cette approche est visible dans les Constitutions

1098 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 1.

1099 EDELMAN, 1997, p. 185, FABRE-MAGNAN, 2007, p. 6, RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, p. 104, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, § 15.

1100 CONSEIL FÉDÉRAL, 1996, p. 142.

1101 COUREDH, Affaire Refah Partisi (Parti de la prospérité), et autres c. Turquie, n°41340/98, n°41342/98, n°41343/98, n°41344/98, 31 juillet 2001, § 43.

1102 CESCR, Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23, § 7.

1103 BOYLE, 2018, p. 8, COURTIS, 2009, p. 389-390.

1104 DUPRÉ, *The Age of Dignity: Human Rights and Constitutionalism*, Oxford 2015, p. 103ss.

1105 ROMAN, 2012, p. 97.

1106 BELSER et MOLINARI, 2015, § 2ss.

allemande, colombienne et brésilienne par exemple, mais également suisse¹¹⁰⁷. C'est également le cas de l'art. 12 Cst. Nous pouvons citer son texte qui montre le lien entre dignité et seuil minimal d'existence : « [q]uiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ». Ce droit découle ainsi directement de la dignité humaine¹¹⁰⁸. Enfin, nous rappelons ici que nous avons présenté l'interdiction de la discrimination comme liée à la dignité humaine¹¹⁰⁹. Ainsi cette notion sera également importante pour l'interprétation de cette interdiction.

Nous pouvons ainsi retenir à ce stade que la dignité humaine peut être utilisée pour interpréter la notion de noyau dur des droits humains. PORTER estime d'ailleurs que cette notion doit guider l'interprétation du caractère raisonnable consacré dans le Protocole additionnel au PIDESC¹¹¹⁰. Ainsi, cette garantie doit également être prise en considération pour l'appréciation du caractère raisonnable des mesures lors de l'analyse des droits cantonaux aux Chapitres 6 et 7. Elle permettra de soutenir dans certains cas l'existence d'une exigence d'harmonisation si la dignité humaine n'est pas mise en œuvre de manière satisfaisante. Ayant rappelé cette notion nous pouvons maintenant passer à l'analyse des contenus normatifs des différents droits humains applicables à notre domaine.

C. Les droits à un niveau de vie suffisant, à la santé et à la culture

Les droits à un niveau de vie suffisant, à la santé et à la culture sont liés entre eux et seront analysés conjointement. Par exemple, la violation du droit à l'alimentation peut entraver l'exercice d'autres droits humains, comme le droit à la santé, à la vie, à l'eau au logement et à la sécurité sociale. Les droits humains sont en effet interdépendants. Un accès à l'eau insuffisant et l'absence de logement ne permet pas de bien préparer sa nourriture ce qui entraîne une mauvaise alimentation ce qui cause des problèmes de santé qui peuvent

1107 BOYLE, 2018, p. 8.

1108 GÄCHTER et WERDER, Art. 12 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, éd.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a, § 6, MASTRONARDI, Art. 7, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, éd.), 3^e éd., Zurich 2014, § 54, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 I 367; JdT 1997 I 278, 27 octobre 1995, consid. 2b.

1109 Par exemple : CDE, Observation générale n°1, Paragraphe 1 de l'article 29 : Les buts de l'éducation, CRC/GC/2001/1, § 10.

1110 PORTER, 2009, p. 51.

mettre la vie en péril¹¹¹¹. Nous analyserons également le droit à la culture dont la réalisation entre également dans le budget de l'aide sociale. Ce droit est lié au droit à un niveau de vie suffisant¹¹¹².

Ces différents droits impliquent des obligations positives et négatives sous les formes de l'obligation de respecter, protéger et mettre en œuvre¹¹¹³. Les obligations minimales de mise en œuvre nous intéressent pour prouver l'existence d'une exigence d'harmonisation. Nous l'avons vu au chapitre précédent, cette obligation se divise en trois types d'obligation : faciliter, promouvoir et assurer ou fournir¹¹¹⁴. Afin de respecter cette obligation, les cantons sont tenus d'utiliser tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives qui doivent notamment prévoir des prestations financières si l'accessibilité économique à ces droits l'exige¹¹¹⁵. C'est cet aspect qui doit être mis en œuvre par l'aide sociale au sens strict de droit cantonal. Ainsi après une brève définition de chacun des droits, nous nous concentrerons sur l'aspect d'accessibilité économique commun à tous ces droits pour définir le contour des obligations minimales pertinentes pour l'aide sociale au sens strict des différents droits cantonaux qui seront analysés au Chapitre 6. Si leur mise en œuvre n'est pas assurée de manière satisfaisante, une exigence d'harmonisation au sens du Chapitre 4 pourra être argumentée.

1111 Pour des explications de ces liens : au sujet du droit à l'alimentation : CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, § 4, HCDH et FAO, Le droit à une alimentation suffisante, fiche d'information n°34, Genève, New York 2010, p. 7, pour le droit à la santé : CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 1 et § 3, HCDH et OMS, Fiche d'information n°31, Le droit à la santé, Genève, New York 2009, p. 6ss, pour le droit au logement : HCDH et ONU-HABITAT, Fiche d'information n°21 (rév. 1), Le droit à un logement convenable, Genève, New York 2010, p. 10ss, pour le droit à l'eau : CESCR, Observation générale n°15, Le droit à l'eau (art.11 et 12), E/C.12/2002/11, § 3, HCDH, ONU-HABITAT et OMS, Fiche d'information n°35, Le droit à l'eau, Genève, New York 2011, p. 13ss.

1112 CESCR, Observation générale n°21, Droit de chacun à participer à la vie culturelle (art.15 §1 a du Pacte), E/C.12/GC/21, 21 décembre 2009, § 2.

1113 S'agissant de l'art.9 ONU I : CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 43, SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 629-630, s'agissant de l'art.11 ONU I : CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, § 15, s'agissant de l'art.12 ONU I : CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4 § 33, s'agissant de l'art.15 ONU I : CESCR, Observation générale n°21, Droit de chacun à participer à la vie culturelle (art.15 §1 a du Pacte), E/C.12/GC/21, § 48.

1114 Par exemple, s'agissant de l'art.9 ONU I : CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 47, ou s'agissant de l'art.12 ONU I : CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 33, ou s'agissant de l'art.15 ONU I : CESCR, Observation générale n°21, Droit de chacun à participer à la vie culturelle (art.15 §1 a du Pacte), E/C.12/GC/21, § 51.

1115 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 104-105

Premièrement, nous présenterons les droits découlant de l'art.11 ONU I. Sa portée est large¹¹¹⁶. Les cantons doivent prêter assistance aux individus pour la garantie de ce droit¹¹¹⁷. L'on peut détacher deux catégories de droits de cette disposition : le droit à la nourriture et à l'eau d'une part et d'autre part le droit au logement et à l'habillement¹¹¹⁸. Ensuite, les droits à la santé et à la culture feront l'objet de sous-sections distinctes.

1. Le droit à l'alimentation et à l'eau

S'agissant du droit à l'alimentation, le CESCR souligne que la garantie de ce droit est aussi d'actualité dans les pays développés, car un des problèmes principaux n'est pas le manque de nourriture, mais plutôt l'accès à celle-ci en raison entre autres de la pauvreté¹¹¹⁹. Le droit à l'alimentation n'est pas seulement le droit à être nourri, mais plutôt le droit de se nourrir dans la dignité. Ce droit est le droit d'avoir un accès régulier, permanent et libre, soit directement, soit au moyen d'achats monétaires à une nourriture qualitativement et quantitativement suffisante¹¹²⁰. Afin de garantir cette nourriture, la notion d'accessibilité économique est donc primordiale¹¹²¹. Cela implique que les dépenses d'un ménage pour un régime alimentaire adéquat ne doivent pas être telles qu'elles entraveraient celles d'autres besoins élémentaires¹¹²². Selon le Haut-Commissariat aux droits de l'homme : « (...) *l'accessibilité économique à l'alimentation peut être garantie par (...) des prestations sociales d'un montant suffisant pour couvrir les frais de nourriture et d'autres besoins élémentaires* »¹¹²³. Ainsi des systèmes de protection sociale doivent être mis en place¹¹²⁴ pour des prestations financières aux individus¹¹²⁵.

1116 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 862.

1117 CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, § 15.

1118 Voir la structure selon SAUL, KINLEY et MOWBRAY : SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 867ss.

1119 CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, § 5.

1120 HCDH et FAO, 2010, p. 3-4.

1121 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 870, CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, § 13, CESCR, Observation générale n°15, Le droit à l'eau (art.11 et 12), E/C.12/2002/11, § 17, CESCR, Déclaration, La crise alimentaire mondiale, E/C.12/2008/1, 20 mai 2008, § 7, CESCR, Observations finales, Angola, E/C.12/AGO/CO/3, 1^{er} décembre 2008, § 29.

1122 CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, § 13, CETIM, *Le Droit à l'alimentation*, Genève 2006, p. 7.

1123 HCDH et FAO, 2010, p. 4.

1124 RAPPORTEUR SPÉCIAL ZIEGLER, 27 septembre 2004, § 5.

1125 CETIM, 2006, p. 16.

Ensuite, le droit à l'eau, bien qu'absent du texte du PIDESC est considéré comme un aspect essentiel du droit à un standard minimum de vie¹¹²⁶. Le CESCR estime que : « [l'eau] est essentielle à la vie et à la santé »¹¹²⁷. Il demande aussi des cantons des mesures à le rendre accessible économiquement. À ce sujet, le Comité rappelle que les services liés à l'eau doivent être d'un coût abordable pour tous et accessibles sans discrimination pour les couches de la population les plus marginalisées¹¹²⁸, de sorte que ces dépenses n'entraient pas « la possibilité d'acquérir d'autres biens et services essentiels »¹¹²⁹. L'obligation de mise en œuvre du droit à l'eau exige des États de verser des compléments de revenu et faire en sorte que ces services soient abordables pour tous y compris les groupes socialement défavorisés¹¹³⁰.

Les cantons doivent donc fournir des prestations financières pour mettre en œuvre le droit à l'alimentation et à l'eau. Dans ce cadre, l'aide sociale au sens strict doit permettre aux personnes bénéficiaires d'obtenir une nourriture suffisante en la rendant économiquement accessible. De même, ces prestations doivent permettre aux personnes concernées d'avoir accès économiquement à l'eau. Dans ce contexte, les cantons ont l'obligation minimale et immédiate de prendre des mesures pour réaliser le minimum essentiel, le noyau dur, de ces droits pour que les individus, aient accès à une nourriture et une eau adéquate¹¹³¹. Si ces obligations minimales ne sont pas mises en œuvre, une exigence d'harmonisation de la part de la Confédération pourra survenir.

2. Le droit au logement et à l'habillement

Le deuxième aspect de l'art.11 PIDESC est aussi concerné par les prestations d'aide sociale. Le droit au logement et le droit à l'habillement sont des moyens élémentaires de protection face aux éléments naturels¹¹³². Le droit à l'habillement est souvent mentionné en relation avec le droit au logement et n'a que

1126 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 899.

1127 CESCR, Observation générale n°15, Le droit à l'eau (art.11 et 12), E/C.12/2002/11, § 1.

1128 *ibid.*, § 12, CESCR, Observations finales, Angola, E/C.12/AGO/CO/3, § 30, HCDH, Rapport sur la portée et la teneur des obligations pertinentes en rapport avec les droits de l'homme qui concerne l'accès équitable à l'eau potable et à l'assainissement, contractées au titre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, A/HRC/6/3, 2007b§ 47.

1129 RAPPORTEUR SPÉCIAL EL HADJI, La réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement, Rapport du Rapporteur spécial, El Hadji Guissé, E/CN.4/Sub.2/2005/25, 2005, § 1.3(b) et 6.

1130 CESCR, Observation générale n°15, Le droit à l'eau (art.11 et 12), E/C.12/2002/11, § 27.

1131 CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, § 8, 13 et 17, HCDH, 2007b, § 34.

1132 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 924.

peu d'importance individuelle¹¹³³. Nous traiterons donc en priorité du droit au logement, bien que le forfait pour l'entretien ait des conséquences évidentes sur la capacité des gens à s'habiller correctement. Le droit au logement jouit d'une plus grande présence dans les débats internationaux en raison de sa nature qui est d'offrir un abri pour vivre ce qui est fondamental pour beaucoup d'aspects de l'existence et qui est intimement liée à d'autres droits humains¹¹³⁴. Le logement doit être considéré comme suffisant pour satisfaire cette garantie du pacte. Sept facteurs sont utilisés par le CESCR¹¹³⁵, comme la sécurité légale de l'occupation ; l'existence de services, matériaux, équipements et infrastructures ; la capacité de paiement ; l'habitabilité ; l'accessibilité ; la facilité d'accès ; l'emplacement et le respect du milieu culturel. Ces sept facteurs représentent le seuil pour déterminer si le droit au logement est respecté¹¹³⁶. La capacité de paiement suppose notamment que le coût financier du logement pour les individus ou les ménages devrait se situer à un niveau qui ne menace ni ne compromette la satisfaction d'autres besoins fondamentaux¹¹³⁷.

S'agissant de l'accessibilité financière, le CESCR rappelle que « *les États parties devraient prévoir des allocations de logement en faveur de ceux qui n'ont pas les moyens de payer un logement, et des modalités et niveaux de financement du logement qui reflètent fidèlement les besoins en la matière* »¹¹³⁸. La législation doit permettre « *d'assurer l'accès des pauvres (...) à des logements abordables* »¹¹³⁹ et prévoir notamment des aides financières à l'attention des personnes défavorisées¹¹⁴⁰, qui ne soient pas nettement inférieures aux loyers moyens¹¹⁴¹. Cet aspect d'accessibilité économique est d'une grande importance. En effet, une cause majeure du sans-abrisme dans beaucoup de pays est le coût prohibitif des logements¹¹⁴². Ainsi, les cantons, à l'aide notamment de l'aide sociale au sens strict, devraient garantir l'accessibilité économique

1133 *ibid.*, p. 924-925.

1134 *ibid.*, p. 926.

1135 CESCR, Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23, § 8.

1136 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 929.

1137 CESCR, Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23, § 8.

1138 *ibid.*, § 8.

1139 RAPPORTEUSE SPÉCIALE ROLNIK, Rapport de la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur le droit à un logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, A/67/286, 10 août 2012, p. 7.

1140 CESCR, Observations finales, Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, 4 janvier 2008, § 34.

1141 CESCR, Observations finales, Canada, E/C.12/CAN/CO/4, E/C.12/CAN/CO/5, 22 mai 2006, § 28.

1142 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 938.

aux personnes défavorisées de logement respectant les critères précités tout en ne compromettant pas les autres besoins fondamentaux comme le droit à la nourriture. Ces mesures doivent être prises immédiatement, la capacité de paiement faisant partie des obligations fondamentales minimales de ce droit¹¹⁴³. Si une mise en œuvre imparfaite devait être constatée au Chapitre 6, une obligation de prise de mesure de la Confédération devra être envisagée.

3. Le droit à la santé

Ensuite, nous devons nous arrêter sur l'art.12 PIDESC qui garantit le droit à la santé. Il exige que toute personne ait le droit de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint¹¹⁴⁴. Le droit à la santé comprend le droit d'accès à un système de protection de la santé qui garantisse à chacun, sur un pied d'égalité, la possibilité de jouir du meilleur état de santé possible¹¹⁴⁵. Toutefois, il ne se limite pas aux seuls soins de santé, mais il englobe une grande diversité de facteurs socio-économiques de nature à promouvoir des conditions dans lesquelles les êtres humains peuvent mener une vie saine¹¹⁴⁶. Il suppose également un soutien financier pour ce qui est des personnes en situation de précarité¹¹⁴⁷. En effet, un des éléments essentiels du droit à la santé est l'accessibilité financière. Les installations, biens et services en matière de santé doivent être accessibles à tous. Ce qui demande une accessibilité économique qui peut être mise en œuvre par des prestations sociales¹¹⁴⁸, comme par un système d'assurance maladie¹¹⁴⁹. Ici il s'agit de garantir la capacité des usagers du système de santé de l'État de payer pour avoir accès aux services disponibles¹¹⁵⁰, sans que ces coûts aient un impact négatif sur

1143 Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23, § 10, RAPPORTEUR SPÉCIAL KOTHARI, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à un logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, E/CN.4/2002/59, 2002, § 28.

1144 CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 1.

1145 *ibid.*, § 8.

1146 *ibid.*, § 4, nous l'avons vu, il est par exemple lié à une alimentation saine et suffisante.

1147 RAPPORTEUR SPÉCIAL HUNT, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, E/CN.4/2006/48, 2006b, § 4-6, RAPPORTEUR SPÉCIAL HUNT, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, A/61/338, 2006a, § 49.

1148 CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 12, WILSON, Social determinants of health from a rights-based approach, in: Realizing the right to health, (Clapham/Robinson, édit.), Zurich 2009, p. 60ss, p. 62.

1149 RAPPORTEUR SPÉCIAL HUNT, 2006b, § 74.

1150 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1007.

d'autres besoins essentiels au sens de l'art.11 PIDESC¹¹⁵¹. Pour ramener ces considérations à notre domaine, lorsque ces coûts ne sont pas couverts par ces régimes, les cantons doivent par l'aide sociale au sens strict couvrir ce type de dépense pour satisfaire à cette obligation. En effet, l'ensemble de la population doit être couvert¹¹⁵². Et cette obligation est immédiate pour ce qui est du niveau essentiel du droit, l'accès, sans discrimination aux services sanitaires et aux médicaments essentiels faisant partie du noyau dur du droit à la santé¹¹⁵³. Ici aussi, si les cantons ne mettent pas en œuvre ces obligations de manière suffisante, une exigence d'harmonisation surviendra.

4. Le droit à la culture

Un autre article est pertinent dans le cadre de l'aide sociale au sens strict. Il s'agit de l'art.15 ONU I qui garantit le droit à la culture. Selon le CESCR, le contenu normatif de ce droit comprend le droit à la contribution à la vie culturelle¹¹⁵⁴. Et l'accessibilité à ce droit se doit également d'être financière. Le Comité rappelle à cet égard qu'il est essentiel que l'accès des personnes qui vivent dans la pauvreté soit assuré et facilité¹¹⁵⁵. L'obligation de mise en œuvre de ce droit inclut d'ailleurs l'accès garanti pour tous, sans discrimination fondée sur la situation financière ou toute autre considération de condition sociale, aux musées, bibliothèques, cinémas, théâtres et activités, services et manifestations à caractère culturel¹¹⁵⁶. Cette obligation peut notamment être assurée par des prestations d'aide étatique aux personnes ne disposant pas de moyens suffisants pour participer aux activités culturelles qui les intéressent¹¹⁵⁷. Ainsi, les cantons par l'aide sociale au sens strict doivent également faciliter l'accès aux personnes défavorisées à la culture. À cet égard, des mesures doivent être prises immédiatement en vue de la réalisation de ce droit en garantissant au moins le minimum fondamental de son contenu¹¹⁵⁸ et si tel n'est pas le cas la Confédération devra prendre des mesures en vue d'une harmonisation.

1151 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/1/Add.30, § 36.

1152 WILSON, 2009, p. 62-63, CESCR, Observations finales, Inde, E/C.12/IND/CO/5, 8 août 2008, § 38.

1153 CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 30 et 43, MARKS, *Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health*, in : *Realizing the right to health*, (Clapham, édit.), Zurich 2009, p. 82ss, p. 92, RAPPEUR SPÉCIAL HUNT, 2006b, § 56.

1154 CESCR, Observation générale n°21, Droit de chacun à participer à la vie culturelle (art.15 § 1 a du Pacte), E/C.12/GC/21, § 15.

1155 *ibid.*, § 16 let.b).

1156 *ibid.*, § 54 let.d).

1157 CESCR, Observations finales, Brésil, E/C.12/BRA/CO/2, 12 juin 2009, § 33.

1158 CESCR, Observation générale n°21, Droit de chacun à participer à la vie culturelle (art.15 § 1 a du Pacte), E/C.12/GC/21, § 44.

D. Synthèse : l'accessibilité financière sans discrimination

Nous l'avons mentionné, ces garanties prévoient des obligations fondamentales faisant partie du noyau dur nécessitant une réalisation immédiate¹¹⁵⁹. Au vu des développements précédents, nous pouvons conclure que ces droits demandent tous la garantie d'un minimum d'accessibilité financière. Les cantons doivent mettre en œuvre ce minimum d'accessibilité financière. Si tel n'est pas le cas, des mesures de contrôle en vue d'une harmonisation de la part de la Confédération seraient justifiées et exigées. Cette accessibilité financière peut être réalisée par l'aide sociale au sens strict de droit cantonal que nous analyserons au Chapitre 6 au vu des liens qu'entretiennent ces différents droits. Pour illustrer leurs liens s'agissant des droits à la nourriture, à l'eau, au logement et à la santé, il est intéressant de se référer à l'Observation générale n°14 qui liste à son § 43 des obligations fondamentales à effet immédiat dans le contexte du droit à la santé¹¹⁶⁰. Tout d'abord, les États, ici les cantons, doivent : « (...) assurer l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim (...) assurer l'accès à des moyens élémentaires d'hébergement, de logement et d'assainissement et à un approvisionnement suffisant en eau salubre et potable (...), et fournir les médicaments essentiels »¹¹⁶¹. La mise en œuvre des différents minimaux des droits étudiés est à réaliser de manière conjointe. Des prestations doivent être prévues pour mettre en œuvre ces minimaux et la Confédération doit prendre des mesures si tel n'est pas le cas.

Le principe de non-discrimination renforce cette obligation de contrôle. Nous renvoyons aux éléments discutés par rapport à la discrimination fondée sur la situation socio-économique. Il convient de retenir que cette obligation immédiate s'applique pour ces droits étudiés ici¹¹⁶² et qu'elle peut

1159 Par exemple : pour le droit à la santé : CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 30, pour le droit à l'eau : CESCR, Observation générale n°15, Le droit à l'eau (art.11 et 12), E/C.12/2002/11, § 17, pour le droit à la culture : CESCR, Observation générale n°21, Droit de chacun à participer à la vie culturelle (art.15 § 1 a du Pacte), E/C.12/GC/21, § 44.

1160 CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 43, SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1007-1008.

1161 CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 43.

1162 CESCR, Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23§ 6 et 10-11, CESCR, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 30, CESCR, Observation générale n°12, Le droit à une nourriture suffisante (art.11), E/C.12/1999/5, § 16 et 18, CESCR, Observation générale n°21, Droit de chacun à participer à la vie culturelle (art.15 § 1 a du Pacte), E/C.12/GC/21, § 44.

impliquer la prise de mesures pour permettre un accès sans discrimination aux groupes de la population dans une situation socio-économique défavorable. Ainsi, les obligations minimales et le principe de non-discrimination demandent aux cantons de prendre immédiatement des mesures permettant de garantir l'accessibilité économique au moins concernant le noyau dur de ces droits. Cette accessibilité économique requise pour la jouissance de ces différents droits peut être mise en œuvre au moins en partie à l'aide des prestations de l'aide sociale pour les personnes bénéficiaires. Ainsi, même si d'autres mesures peuvent exister, nous pouvons conclure à ce stade que les exigences internationales demandent de l'aide sociale au sens strict de droit cantonal qu'elle contribue à l'accessibilité financière de ces droits. Nous verrons au Chapitre 6 si tel est le cas. Si tel n'est pas le cas, l'existence d'une exigence d'harmonisation pourra être argumentée.

Ces dispositions doivent être complétées par d'autres pour des groupes de la population disposant d'une protection particulière : les familles, femmes et enfants. Nous allons donc analyser les obligations minimales des droits humains qui les concernent dans la sous-section suivante. Si elles ne sont pas mises en œuvre correctement, la Confédération devra prendre des mesures en vue d'une harmonisation des droits cantonaux.

II. Les droits relatifs au standard minimum de vie spécifiquement pour les enfants, femmes et familles

Nous présenterons dans cette section les obligations minimales qui concernent la protection particulière des familles, femmes et enfants. Cette protection particulière est mise en œuvre en complément de l'aide sociale au sens strict par les prestations pour famille que nous avons choisies de traiter : les prestations complémentaires famille et les avances sur pension alimentaire. Nous vérifierons qu'elles mettent en œuvre de manière satisfaisante ces obligations au Chapitre 7, I. Après avoir présenté les sources applicables (Sous-section A), nous aborderons la protection particulière des enfants (Sous-section B), puis des femmes (Sous-section C) et enfin des familles (Sous-section D).

A. Les dispositions pertinentes

Les femmes sont bien plus touchées par la pauvreté et ses conséquences que les hommes¹¹⁶³. Les enfants également sont particulièrement touchés par la pauvreté¹¹⁶⁴. Une protection particulière à l'égard de ces groupes est nécessaire. Nous avons déjà vu cette protection particulière lors de l'analyse des obligations générales au Chapitre 4 lorsque nous avons analysé le principe de non-discrimination. En sus de ces obligations générales, il existe plusieurs dispositions s'appliquant spécifiquement aux enfants, mères et familles s'agissant de la garantie de leur minimum vital, mis à part les articles 9 et 11, 12 et 15 ONU I qui s'appliquent bien évidemment également pour les familles. L'art.10 PIDESC protège spécifiquement les familles et les enfants. Il établit des droits spécifiques pour les familles, les mères et les enfants. Mais en même temps il se recoupe avec ces autres droits, particulièrement l'art.9 ONU I, pour ces catégories de personnes¹¹⁶⁵. Ces trois groupes vulnérables font l'objet des trois paragraphes différents de l'art.10. Ensuite, la CDE accorde une attention particulière aux enfants en leur garantissant tant des droits humains traditionnellement considérés comme des DESC que comme des DCP dans tous les domaines qui ont des effets ou enjeux pour eux¹¹⁶⁶. Finalement, la CEDEF se concentre sur les droits des femmes en soulignant l'importance de la non-discrimination et l'égalité des sexes et genres en droit et en fait¹¹⁶⁷.

1163 WILSON, 2009, p. 61, CESCR, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, § 5, CEDEF, Observations finales, Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, 25 novembre 2016, § 42, ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Quatrième et cinquième rapports périodiques des États parties attendus en 2014, CEDEF, CEDAW/C/CHE/4-5, 2015, § 160-161, elles sont particulièrement affectées par exemple par l'insécurité alimentaire et la malnutrition : HCDH et FAO, 2010, p. 17ss, ou par la mauvaise qualité du logement : HCDH et ONU-HABITAT, 2010, p. 18ss.

1164 WILSON, 2009, p. 61, CESCR, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, § 5, ils sont particulièrement affectés par exemple par le manque d'eau : HCDH, ONU-HABITAT et OMS, 2011, p. 23, les carences alimentaires : HCDH et FAO, 2010, p. 20, et à la mauvaise qualité du logement : HCDH et ONU-HABITAT, 2010, p. 21ss.

1165 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 723.

1166 ZERMATTEN, Chapitre 4: La Convention relative aux droits de l'enfant, in : Introduction aux droits de l'homme, (Hertig Randall, édit.), Genève, Cowansville 2014, p. 315ss, p. 317ss.

1167 SCHULTZ, Chapitre 2 : La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, in : *ibid.* édit.), p. 282ss, p. 282ss.

B. La protection particulière des enfants

Certaines dispositions protègent de façon spécifique les enfants en plus des dispositions générales sur la discrimination¹¹⁶⁸. Premièrement, l'art.10 §3 PIDESC protège l'ensemble des enfants et des jeunes. Il demande aux États de prioriser les besoins des enfants. L'art.10 §3 PIDESC est lié à bon nombre de dispositions de la CDE¹¹⁶⁹. Nous allons donc nous concentrer sur la CDE. Une notion fondamentale concernant la protection des droits des enfants doit être expliquée. Il s'agit de l'intérêt supérieur de l'enfant qui permettra de définir le contour des obligations minimales à charge des cantons concernant les enfants.

1. La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'art. 3 CDE prévoit expressément cet intérêt supérieur de l'enfant, mais il est implicite à l'art.10 PIDESC¹¹⁷⁰. L'art.3 CDE exige, tout d'abord, au §1 la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale lors de décisions ou actions le concernant. C'est un principe tant interprétatif qu'un droit matériel. Cette exigence de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant pose des problèmes d'interprétation complexes¹¹⁷¹. Ce droit est important pour notre démonstration puisqu'il est considéré comme directement applicable¹¹⁷². La signification de cette notion est toutefois très indéterminée et fait l'objet de critiques sur ce point¹¹⁷³. Le CDE estime qu'elle est dynamique et flexible et a précisé que son évaluation devait se fonder sur l'identification et l'évaluation d'éléments pouvant orienter l'analyse de cette notion¹¹⁷⁴. Un élément est particulièrement important. Il s'agit de la préservation

1168 Cf. Chapitre 4, II, B.

1169 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 808ss.

1170 *ibid.*, p. 748.

1171 EEKELAAR et TOBIN, Art. 3. The Best Interests of the Child, in: The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary, (Tobin, éd.), Oxford 2019, p. 73ss, p. 74-77, CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 § 1), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, p. 2.

1172 CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 § 1), CRC/C/GC/14, p. 2, cf. Chapitre 8, IV, 3.

1173 EEKELAAR et TOBIN, 2019, p. 83, WAYNE, The Best Interests of the Child: A Silent Standard, Will You Know It When You Hear It?, in *Journal of Public Child Welfare* 2008 1, 33ss, p. 41.

1174 CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 § 1), CRC/C/GC/14, p. 7ss, EEKELAAR et TOBIN, 2019, p. 84.

et du maintien des relations familiales qui mériteront des explications dans la sous-section 4 relative à l'assistance aux familles¹¹⁷⁵.

Nous devons nous arrêter sur le champ d'application et le poids à accorder aux intérêts de l'enfant dans notre domaine concernant des prestations financières de l'État.

2. Le champ d'application et le poids de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'art. 3 § 1 CDE s'applique non seulement à toutes les décisions, mais à toutes les autres actions de l'État et les omissions¹¹⁷⁶. C'est-à-dire que cet article s'applique également dans les procédures législatives qui ont une incidence sur la situation des enfants¹¹⁷⁷. Si elles sont cantonales, la Confédération doit s'assurer du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. De plus, cette obligation concerne même les décisions concernant la répartition des compétences entre différents niveaux du gouvernement si une réforme a lieu¹¹⁷⁸. Plus les actions ont une incidence sur les enfants, plus une prise en compte détaillée et accrue de l'intérêt de l'enfant est exigée notamment dans le domaine du droit de la famille¹¹⁷⁹. Ainsi, cette notion s'applique à nos lois d'aide sociale au sens large au vu de l'importance qu'ont ces prestations pour la situation des familles. Elle s'applique donc aux législateurs cantonaux lorsqu'ils décident d'adopter ces lois ou pas.

Nous pouvons maintenant passer au poids à accorder à cette notion d'intérêt supérieur. Le CDE explique qu'« [a]fin de démontrer qu'a été respecté le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale, toute décision concernant un ou des enfants doit être motivée, justifiée et expliquée »¹¹⁸⁰. Ainsi, une mise en balance des intérêts en présence soigneuse est exigée dans laquelle l'intérêt de l'enfant a été considéré comme une considération primordiale, voire même ayant plus de poids que d'autres

1175 Pour cette liste voir : CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3 § 1), CRC/C/GC/14, p. 8.

1176 *ibid.*, p. 4. EEKELAAR et TOBIN, 2019, p. 77.

1177 EEKELAAR et TOBIN, 2019, p. 78, KUHNLEIN, Les droits fondamentaux et le principe de subsidiarité en protection de l'adulte et de l'enfant, in Zeitschrift für Kindes und Erwachsenenschutz 2019, 99ss p. 106, CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 § 1), CRC/C/GC/14, p. 5, CDE, Observations finales sur les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques de l'Albanie, CRC/C/ALB/CO/2-4, 7 décembre 2012, § 30(a). CDE, Observations finales, Australie, CRC/C/AUS/CO/4, 28 août 2012, § 32.

1178 WYTENBACH, 2018, p. 57.

1179 CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3 § 1), CRC/C/GC/14, p. 4, EEKELAAR et TOBIN, 2019, p. 78-79.

1180 CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3 § 1), CRC/C/GC/14, § 97.

considérations. Cette affirmation est justifiée notamment par la vulnérabilité particulière des enfants¹¹⁸¹. Ainsi, les mesures des cantons doivent prendre en considération ces aspects pour être jugées raisonnables au vu du noyau dur des droits des enfants. Dans le cas contraire, la Confédération devra prendre des mesures de contrôle en vue d'une possible harmonisation.

3. L'intérêt supérieur et les droits des enfants

Cette priorité pour l'intérêt de l'enfant est particulièrement visible dans les formulations de la CDE du droit à la santé et du droit à un standard minimum de vie (art.24 et 27 CDE), qui sont plus précises que les formulations du PIDESC (art.12 et 11 PIDESC)¹¹⁸². Ces deux articles de la CDE méritent ainsi que l'on se penche en particulier sur leur contenu normatif. Nous allons analyser brièvement le droit à la santé (art.24 CDE), le droit à un standard minimum de vie (art.27 CDE), dans la mesure où ils peuvent offrir des arguments supplémentaires pour la protection de ce groupe de la population. Ces développements permettront d'appuyer nos conclusions de nécessité de mesures de soutien financier en faveur des enfants.

L'art. 24 CDE est inspiré de l'art.12 PIDESC et exige notamment des États qu'ils prennent en compte les besoins spéciaux des enfants en rapport avec leur droit à la santé et adoptent des mesures législatives appropriées¹¹⁸³. Ce droit à une place centrale lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁸⁴. Les enfants ont des besoins spécifiques et sont particulièrement vulnérables à certains problèmes comme la malnutrition¹¹⁸⁵. Par rapport à notre domaine, les cantons doivent assurer au titre du droit à la santé l'accessibilité à une nourriture essentielle, spécifiquement pour les enfants¹¹⁸⁶ ; cette accessibilité devant également être économique¹¹⁸⁷.

L'art. 27 CDE garantit un standard minimum de vie spécifique pour les enfants. Son contenu se recoupe avec les dispositions du PIDESC. L'art.27 précité garantit premièrement le droit à une nourriture, à un logement et à

1181 EEKELAAR et TOBIN, 2019, p. 96-99. Sur cet aspect de primordialité voir aussi: TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 2C_499/2010, 26 août 2010, consid. 5.2.

1182 DIXON et NUSSBAUM, *Children's Rights and Capabilities Approach: The Question of Special Priority*, in *Cornell Law Review* 2012 97(3), 549ss, p. 568-569.

1183 TOBIN, Art.24. *The Right to Health*, in: *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary*, (Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 902ss, p. 928-929.

1184 CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3 §1), CRC/C/GC/14, p.10.

1185 HCDH et OMS, 2009, p.17.

1186 TOBIN, 2019, p. 944, CDE, Observations finales, Guyana, CRC/C/15/Add.224, 26 février 2004b, § 42c.

1187 CDE, Observations finales, Israël, CRC/C/15/Add.195, 9 octobre 2002, § 44.

des habits adéquats¹¹⁸⁸. En effet, la disposition adopte une formulation spécifique aux enfants en mentionnant expressément leur développement¹¹⁸⁹. Ainsi, elle a une portée plus large qu'un simple niveau matériel de bien-être et vise les conditions suffisantes pour un développement adéquat de l'enfant¹¹⁹⁰. La situation particulière des enfants doit ici être prise en compte. Par exemple, un logement convenable a une forte influence sur le développement et le bien-être des enfants et sur leurs capacités de jouir de bon nombre de droits humains. Un logement inadéquat, exigü, bruyant ou surpeuplé peut entraver de manière significative leur développement, leur santé et leur capacité d'apprentissage¹¹⁹¹. Se fondant sur cette garantie, le CDE a maintes fois rappelé l'importance de combattre la pauvreté des enfants¹¹⁹². Dans ce contexte le CDE a souvent mentionné comme mesures adéquates des prestations de soutien financier aux familles¹¹⁹³ et l'établissement de systèmes de sécurité et protection sociale adapté au contexte national¹¹⁹⁴ et efficace face à la pauvreté et à

1188 NOLAN, 2019, p. 1028ss.

1189 *ibid.*, p. 1023ss.

1190 *ibid.*, p. 1035-1036, CDE, Observation générale n°7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, § 26, CDE, Observation générale n°13, Le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence, CRC/C/GC/13, 18 avril 2011, § 5, CDE, Observation générale n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, 6 décembre 2016, § 67, CDE, Observation générale n°21 sur les enfants en situation de rue, CRC/C/GC/21, 21 juin 2017, § 49, CDE, Observations finales, Japon, CRC/C/JPN/CO/3, 22 juin 2010, § 67.

1191 HCDH et ONU-HABITAT, 2010, p. 21ss.

1192 NOLAN, 2019, p. 1033, CDE, Observation générale n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, § 66-67, CDE, Observation générale n°21 sur les enfants en situation de rue, CRC/C/GC/21, § 51, CDE, Observation générale n°7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, § 26, qui mentionne l'importance d'un soutien matériel aux parents pour ce faire, CDE, Observations finales, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008 § 64, CDE, Observations finales, Mongolie, CRC/C/MNG/CO/3-4, 4 mars 2010, § 57.

1193 NOLAN, 2019, p. 1034, CDE, Observation générale n°20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, CRC/C/GC/20, § 67, qui mentionne une sécurité financière élémentaire de revenu, CDE, Observations finales, Japon, CRC/C/JPN/CO/3, § 67 : « *les aides financières et autres [doivent permettre] aux enfants d'avoir la vie familiale dont ils ont besoin pour leur bien-être et leur développement* », CDE, Observations finales, Mauritanie, CRC/C/MRT/CO/2, 17 juin 2009, § 64, CDE, Observations finales, Érythrée, CRC/C/ERI/CO/3, 23 juin 2008, § 65 : l'État doit « *intensifier ses efforts pour allouer des ressources humaines et financières suffisantes afin d'apporter un soutien et une assistance matériels, en particulier aux familles* », CDE, Observations finales, Bhoutan, CRC/C/BTN/CO/2, 8 octobre 2008, § 57 : l'État doit : « *renforcer ses efforts pour allouer des ressources humaines et financières suffisantes en vue de fournir soutien et assistance matérielle, en prêtant une attention particulière aux familles* ».

1194 CDE, Observations finales, Cameroun, CRC/C/CMR/CO/3-5, 6 juillet 2017, § 37.

la vulnérabilité des enfants¹¹⁹⁵. Les cantons doivent donc prévoir ce type de prestations pour mettre en œuvre les droits des enfants. S'agissant des prestations financières pour réaliser ces droits, elles sont généralement versées aux parents qui ont la responsabilité en premier lieu de s'occuper de leurs enfants¹¹⁹⁶. Nous renvoyons à la sous-section concernant les familles pour ces développements.

C. La protection particulière des femmes

À côté des dispositions générales sur la discrimination¹¹⁹⁷ et face à l'inégalité des hommes et des femmes par rapport à la pauvreté et à ses conséquences¹¹⁹⁸, l'art.13 CEDEF est très important pour la garantie des droits humains des femmes. Il a pour but la promotion de l'autonomie économique des femmes. Cette disposition concrétise la volonté spécifiée dans le préambule de la CEDEF de lutter contre la pauvreté des femmes et de promouvoir leur indépendance économique¹¹⁹⁹. Cet article étant subsidiaire, il ne concerne que les domaines non abordés par d'autres dispositions de la CEDEF. Il concerne avant tout le droit à la sécurité sociale au sens large qui comprend notamment non seulement les éléments de l'art.9 PIDESC, mais également ceux de l'art.11 PIDESC¹²⁰⁰. Les cantons dans ce contexte ont des obligations générales et spécifiques au titre de cette disposition. Au même titre que l'art.3 CEDEF, les cantons ont l'obligation générale de prendre toutes les mesures pour éliminer la discrimination homme femme sous toutes ses formes¹²⁰¹.

Ensuite, la lettre a de l'art.13 CEDEF prévoit expressément le droit égal aux prestations familiales. Cette notion comprend toutes les prestations en nature ou en espèces ayant pour but d'améliorer la condition sociale des familles et qui n'ont pas de lien avec une activité lucrative salariée¹²⁰². Cette lettre est ainsi particulièrement pertinente pour les avances sur pension et

1195 CDE, Observations finales, Togo. CRC/C/TGO/CO/3-4, 8 mars 2012, § 62.

1196 NOLAN, 2019, p.1046.

1197 Cf. Chapitre 4, II, A et B.

1198 Cf. Chapitre 5, II, A.

1199 DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 357-358, cette autonomie est primordiale pour la lutte contre la pauvreté : CESCR, Déclaration, Question de fond concernant la mise en œuvre du PIDESC : la pauvreté et le PIDESC, E/C.12/2001/10, § 5.

1200 DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 358-359, RUDOLF, Art.13 CEDAW, in : The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women: a Commentary, (Freeman, édit.), Oxford 2012, p. 335ss, p. 342ss.

1201 DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 360, voir aussi Chapitre 4, II, B.

1202 *ibid.*, p. 362ss, RUDOLF, 2012, p. 349.

pour les prestations complémentaires pour familles qui entrent dans cette définition¹²⁰³. Le CEDEF a expressément mentionné les recommandations de la CDAS sur les pensions alimentaires comme un moyen adéquat de mise en œuvre des obligations relative à la pauvreté et au bien-être des femmes. Il a également recommandé l'introduction d'une allocation familiale pour enfant en fonction des revenus et la garantie d'une pension alimentaire minimale pour les enfants en cas de séparation¹²⁰⁴. Ainsi, les cantons ne doivent pas prévoir des critères qui soient directement ou indirectement discriminatoires pour l'octroi de ces prestations¹²⁰⁵.

Ayant exposé les dispositions plaidant en faveur de prestations financières en particulier pour les femmes et les enfants, il convient désormais de parler de la famille en général.

D. La protection particulière des familles

En sus des dispositions protégeant les femmes et les enfants que nous venons de voir, les familles bénéficient d'une protection expresse et spécifique dans les conventions internationales des droits humains. Ces dispositions permettront de préciser un peu plus le contour des obligations minimales financières à charge des cantons.

1. L'art. 10 § 1 PIDESC

Premièrement, l'art. 10 § 1 PIDESC se concentre sur les enfants à charge des familles¹²⁰⁶. La notion de famille est large et n'implique pas forcément d'être en présence d'un mariage, mais certains critères minimaux sont nécessaires comme une vie commune, un lien économique et une relation. Ces critères permettent de conclure à une vie familiale effective. De plus, cette protection s'étend aussi aux familles sans enfants, mais est plus large pour celles avec

1203 Pour les PCFam, même si dans certains cantons, la loi exige un revenu minimal ou un taux minimal de travail, l'art. 11 CEDEF n'est pas pertinent malgré cette exigence. Le Conseil fédéral traite cette prestation également par rapport à l'art. 13 CEDEF : ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Quatrième et cinquième rapports périodiques des États parties attendus en 2014, CEDEF, CEDAW/C/CHE/4-5, § 162, DUPONT et MATTHEY considèrent quant à elles que l'art. 11 CEDEF n'est applicable uniquement que si la prestation est subordonnée à l'existence d'une activité lucrative salariée et non pas en cas d'activité indépendante : DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 362, comme les prestations complémentaires pour famille ne demandent qu'un taux ou un revenu minimum, voire un revenu hypothétique et non pas obligatoirement un revenu d'une activité salariée, notre approche est conforme à la doctrine suisse. Voir aussi *ibid.*, p. 371.

1204 CEDEF, Observations finales, Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, § 42-43.

1205 DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 363.

1206 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 772.

des enfants¹²⁰⁷. Cette disposition demande la protection et l'assistance les plus larges possible à la famille aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge¹²⁰⁸. Cette dernière phrase est importante pour notre domaine et requiert la prise de mesures pour soutenir les familles durant la période où elles sont responsables légalement des enfants¹²⁰⁹. En Suisse, en règle générale, l'obligation d'entretien des parents dure jusqu'à la majorité des enfants (art.277 al.1 CC), mais peut s'étendre jusqu'à l'achèvement d'une formation appropriée (art.277 al.CC)¹²¹⁰.

Il est difficile de définir quelles mesures doivent être prises en général. Cependant, une des plus communes nous intéresse particulièrement. Ce sont les prestations financières. Le CESCR a souligné dans son observation générale sur l'art.9 que ces aides financières sont cruciales pour réaliser le droit des enfants au sens des articles 9 et 10 ONU I¹²¹¹. Les aides financières sont une mesure parmi d'autres, il n'en demeure pas moins que ces prestations financières en espèces sont particulièrement adéquates. Elles permettent de mieux respecter la dignité des familles qui sont plus indépendantes¹²¹². Le CESCR estime que ces prestations doivent être capables d'assurer un niveau adéquat de standard de vie de la famille¹²¹³. Il a par exemple souligné, à propos de l'Irlande, la vulnérabilité des enfants et femmes célibataires avec enfants et a critiqué l'insuffisance des prestations de sécurité sociale dans ces domaines¹²¹⁴. Il a également recommandé à l'Islande de soutenir davantage les familles monoparentales¹²¹⁵. Ainsi, en vertu de cette disposition les cantons devront prévoir certaines prestations.

2. L'art. 27 § 3 et 4 CDE

Deuxièmement, l'art.27 § 3 CDE va également dans le sens d'une assistance sociale aux parents pour réaliser le standard minimum de vie de l'enfant¹²¹⁶. Au sens de l'art.27 § 3, les États ou dans notre cas les cantons ont l'obligation

1207 *ibid.*, p. 729-732.

1208 *ibid.*, p. 766.

1209 *ibid.*, p. 772.

1210 MEIER et STETTLER, Droit de la filiation, Zurich 2014, p. 785ss, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 114 II 205, 7 juillet 1988, consid. 3a.

1211 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 776, CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 18.

1212 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 777.

1213 *ibid.*, p. 777.

1214 *ibid.*, p. 777, CESCR, Observations finales, Irlande, E/C.12/1/Add.35, 14 mai 1999, § 13.

1215 CESCR, Observations finales, Islande, E/C.12/1/Add.89, 26 juin 2003, § 26.

1216 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 777.

d'assister matériellement les parents pour garantir le standard minimum au développement des enfants énoncé au § 1¹²¹⁷. Cette disposition exige la mise en œuvre « *en priorité d'un lieu de vie sûr, de nourriture, d'un accès aisé et gratuit aux soins médicaux* »¹²¹⁸. Ces mesures doivent être prises et évaluées en accord avec le contexte et les conditions nationales¹²¹⁹. Comme un manque de ressource financière est un des plus importants obstacles à la capacité des parents de fournir des conditions suffisantes au développement de leurs enfants et à la garantie de leurs droits humains¹²²⁰, des prestations financières sont une mesure adéquate et nécessaire¹²²¹. Ainsi, les cantons ont également en vertu de cette disposition l'obligation minimale de garantir un soutien financier. Enfin l'art. 27 § 4 CDE stipule que les États doivent prendre toutes les mesures adéquates pour garantir le recouvrement des pensions alimentaires¹²²². Le CDE adopte une formulation plus large lorsqu'il aborde l'obligation d'assistance matérielle minimale. Selon lui, « *dans le cas des familles recomposées ou monoparentales, les mesures prises par l'État pour garantir le versement d'une pension alimentaire pour l'enfant sont particulièrement importantes* »¹²²³ et ce jusqu'aux 18 ans de l'enfant¹²²⁴. Ainsi, ces affirmations soulignent l'importance des versements de la pension alimentaire et donc l'importance des avances sur pensions prévues par les droits cantonaux en Suisse.

Ayant exposé les obligations de soutien financier des cantons en général, nous pouvons présenter deux problématiques particulières qui permettent de préciser encore davantage le contenu normatif des obligations minimales des cantons à l'égard des familles en termes financiers. Il s'agit de la nécessité du maintien des relations familiales et de la nécessité de prise en charge des frais de garde.

1217 CDE, Observation générale n°7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1§, 20.

1218 CDE, Observation générale n°21 sur les enfants en situation de rue, CRC/C/GC/21, § 49.

1219 NOLAN, 2019, p. 1043, CDE, Observation générale n°21 sur les enfants en situation de rue, CRC/C/GC/21, § 49.

1220 NOLAN, 2019, p. 1046, RAPPORTEUR SPÉCIAL ALSTON, Rapport du Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/29/31, 2015, § 29-30.

1221 NOLAN, 2019, p. 1046.

1222 *ibid.*, p. 1049-1050.

1223 CDE, Observation générale n°21 sur les enfants en situation de rue, CRC/C/GC/21, § 49.

1224 NOLAN, 2019, p. 1050, CDE, Observations finales, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, CRC/C/VCT/CO/2-3, 13 mars 2017, § 38-39.

3. Deux cas particuliers : le maintien des relations familiales et les frais de garde des enfants

Une circonstance particulière peut avoir une influence sur ce soutien financier : la séparation des familles par le placement des enfants dans des institutions pour cause de raisons économiques. Les circonstances financières de la famille ne devraient pas être la seule raison de la séparation d'un enfant de sa famille, mais la famille devrait être assistée pour lui permettre de s'occuper de manière adéquate des enfants¹²²⁵. Le CEDS a bien résumé la problématique. Il a souligné dans une observation interprétative à propos des art.16 et 17 que « (...) le placement doit être une mesure exceptionnelle, et ne se justifie que si elle est basée sur les besoins de l'enfant, à savoir si son maintien dans l'environnement familial l'expose à un danger » et « (...) que les conditions financières ou les circonstances matérielles de la famille ne doivent pas être l'unique raison du placement ». Enfin, il a souligné que « [d]ans tous les cas, des solutions alternatives au placement devraient au préalable avoir été recherchées, et en tenant compte des points de vue et souhaits exprimés par l'enfant, ses parents ou autres membres de la famille »¹²²⁶. Le CDESCR a également traité de la problématique et a demandé par exemple à la Finlande d'« adopter toutes les mesures nécessaires pour garantir, dans la mesure du possible, le maintien des relations entre l'enfant et son ou ses parents »¹²²⁷. Il a recommandé au Canada de mettre en place notamment des aides financières pour assister les parents dans leur rôle pour prévenir de tels placements et séparations des familles¹²²⁸.

Par rapport à cette problématique, la CDE a une importance particulière¹²²⁹. Le placement des enfants doit être toujours l'*ultima ratio*, c'est-à-dire n'être utilisé qu'en dernier recours¹²³⁰. Le placement doit être proportionné et prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant¹²³¹. La préservation des relations familiales découlant de l'intérêt supérieur de l'enfant implique que des raisons économiques ne sauraient justifier la séparation

1225 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 742.

1226 CEDS, Conclusions 2011, Observation interprétative, article 16, 17-1, 2011_163_03/Ob/FR, 9 décembre 2011, p. 1ss.

1227 CDESCR, Observations finales, Finlande, E/C.12/FIN/CO/5, 16 janvier 2008, § 29.

1228 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 737-738, CDESCR, Observations finales, Canada, E/C.12/CAN/CO/4, E/C.12/CAN/CO/5, § 56.

1229 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 739.

1230 *ibid.*, p. 738, CDESCR, Observations finales, Ukraine, E/C.12/1/Add.65, 24 septembre 2001, § 30.

1231 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 739, CDH, Observation générale n°19: Article 23 (Protection de la famille), 27 juillet 1990, § 9.

d'un enfant d'avec ses parents¹²³². Nous pouvons mentionner dans ce cadre les Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants contenues dans une Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU. Ce document à son § 15 précise que : « [l]a pauvreté (...), ne [devrait] jamais servir de justification pour retirer un enfant à la garde de ses parents (...). Elles devraient plutôt être interprétées comme un signe qu'il convient d'apporter une assistance appropriée à la famille »¹²³³. Ainsi, l'art.3 CDE peut constituer une base juridique pour demander aux cantons une telle assistance sous la forme par exemple des prestations d'aide sociale que nous avons choisies pour éviter de tels placements.

Les mesures relatives à l'assistance aux parents qui ont la garde des enfants doivent également être mentionnées pour préciser le contour des obligations minimales des cantons. En effet, l'art.10 § 1 ONU I requiert des États qu'ils prennent des mesures pour soutenir le soin et l'éducation des enfants à leurs charges¹²³⁴. Même si c'est en premier lieu la famille qui a la responsabilité des soins et de l'éducation des enfants, l'État a tout de même une responsabilité d'assistance de la famille ¹²³⁵ et cette assistance dans ce cadre peut être une des mesures particulièrement importantes au sens de l'art.10 PIDESC¹²³⁶. De plus, l'art.10 § 1 exige un soutien aux familles elles-mêmes, lorsqu'elles sont responsables de l'éducation des enfants et non comme pour l'art.13 à la personne aux études¹²³⁷. Le CESCR a souvent été concerné par le manque d'institutions de garde qui soient non seulement disponibles et accessibles, mais aussi économiquement abordables¹²³⁸. De plus, le manque d'institutions de garde abordables et accessibles peut avoir une incidence par rapport à l'égalité des sexes¹²³⁹. Or, le CDE a souligné l'insuffisance de l'appui aux familles dans ce domaine en Suisse¹²⁴⁰. Il est important de prévoir des mécanismes financiers pouvant pallier ce problème. Ainsi, des prestations

1232 CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3 § 1), CRC/C/GC/14, p. 8.

1233 AGNU, Résolution n°64/142, Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, A/RES/64/142, 24 février 2010, § 15.

1234 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 772.

1235 *ibid.*, p. 773, CDH, Observation générale n°17: Article 24 (Droits de l'enfant), 7 avril 1989, § 6.

1236 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 779.

1237 *ibid.*, p. 784.

1238 *ibid.*, p. 779, CESCR, Observations finales, Italie, E/C.12/1/Add.103, 14 décembre 2004, § 44, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 40-41.

1239 CESCR, Observations finales, Allemagne, E/C.12/1/Add.68, § 26.

1240 CDE, Observations finales, Suisse, CRC/C/CHE/CO/2-4, § 44.

prenant en compte les coûts de ces places comme les prestations complémentaires famille¹²⁴¹ sont importantes également à ce titre.

Nous avons présenté les dispositions régissant les standards minimaux des personnes en général et celles offrant une protection particulière aux femmes, enfants et familles. Nous pouvons maintenant aborder le droit à l'éducation.

III. Le droit à l'éducation

L'art. 13 PIDESC garantit le droit à l'éducation. Il différencie l'éducation primaire, secondaire, technique, professionnelle, supérieure et l'éducation de base¹²⁴². L'art.10 CEDEF garantit l'éducation spécifiquement pour les femmes¹²⁴³. L'art.28 CDE garantit, quant à lui, spécifiquement le droit à l'éducation des enfants et mentionne également ces trois différents niveaux¹²⁴⁴. Il est lié à d'autres dispositions de la Convention comme l'art.29 CDE prévoyant les buts que doit poursuivre l'éducation des enfants¹²⁴⁵. En rapport aux enfants, il convient de mentionner également le droit à l'éducation précoce des enfants. Il est prévu par l'art.10 § 1¹²⁴⁶ et par l'art.28 CDE¹²⁴⁷.

L'éducation est primordiale pour le développement de la personnalité et est « *une des clefs à l'exercice des autres droits inhérents à la personne humaine* »¹²⁴⁸. Parmi les groupes de la population, ceux disposant de peu de moyens économiques, ou vivant dans la pauvreté, sont particulièrement vulnérables face au manque d'éducation¹²⁴⁹. Dans ce contexte, certaines

1241 Cf. Chapitre 7, I.

1242 Par soucis de simplification, il ne sera traité que des niveaux primaire, secondaire et tertiaire.

1243 WILSON et PATRY, 2019, p. 255.

1244 COURTIS et TOBIN, 2019, p. 1086ss.

1245 *ibid.*, p. 1059.

1246 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 784.

1247 COURTIS et TOBIN, 2019, p. 1065, CDE, Observation générale n°7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, § 5.

1248 WILSON et PATRY, 2019, p. 253, CDESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 1, CEDEF, Recommandation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, § 1, SINGH, Chapitre 13, Éducation, in : Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels, Tome 2, Règles du droit international social, (Thouvenin, édit.), Bruxelles 2013, p. 1745ss, p. 1758.

1249 En effet, selon le rapporteur spécial les coûts directs et indirects constituent d'ailleurs une des raisons principales d'abandon scolaire ou de renonciation à y aller : RAPPORTEUR SPÉCIAL SINGH, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, A/HRC/17/29, 2011, § 56, voir au sujet des enfants : CDE, Observations finales, Philippines, CRC/C/15/Add.259, 21 septembre 2005, § 68, CDE, Observations finales, Croatie. CRC/C/15/Add.243, § 57.

considérations fondamentales sont applicables à tous les niveaux d'éducation, dont une qui nous concerne particulièrement. Il s'agit de l'accessibilité financière. Selon le CESCR, cette notion implique deux éléments déterminants pour notre démonstration : la non-discrimination et l'accessibilité économique¹²⁵⁰ qui sont liées¹²⁵¹. Ces deux notions permettront de préciser le contenu normatif des obligations minimales du droit à l'éducation que les cantons doivent mettre en œuvre dans notre domaine. Nous les présenterons dans la Sous-section A. Ensuite, nous préciserons quelles sont les mesures envisageables pour les mettre en œuvre concrètement dans une Sous-section B. Enfin, dans une Sous-section C nous parlerons de la notion d'égalité des chances comme une composante des obligations minimales.

A. L'accessibilité financière et non discriminatoire

Le CEDEF estime, quant à lui, que l'éducation doit être accessible en pratique à toutes les femmes même celles appartenant à des catégories marginalisées et défavorisées et être d'un coût abordable pour toutes et tous¹²⁵². Selon le CDE, l'éducation doit être accessible économiquement et garantir l'égalité des opportunités d'éducation des enfants de l'État partie¹²⁵³ en ce sens que l'éducation doit être abordable pour tous¹²⁵⁴.

Un manque de ressource financière est un des obstacles significatifs à la garantie du droit à l'éducation¹²⁵⁵. S'agissant de l'enseignement primaire, la gratuité est une condition pour un accès non discriminatoire à l'enseignement primaire¹²⁵⁶. Ainsi, le noyau dur de ce droit comprend la gratuité de l'enseignement primaire pour les coûts tant indirects que directs¹²⁵⁷. Les

1250 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1096-1097, CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 6.

1251 RAPPORTEUR SPÉCIAL SINGH, 2011, § 56-62, SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1097.

1252 CEDEF, Recommandation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, § 20 et 36, WILSON et PATRY, 2019, p. 260.

1253 COURTIS et TOBIN, 2019, p. 1068.

1254 *ibid.*, p. 1061 et 1067-1068.

1255 NOLAN, 2019, p. 1046, RAPPORTEUR SPÉCIAL ALSTON, 2015, § 29-30.

1256 SINGH, 2013, p. 1761-1762.

1257 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1102, KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 409-410, WYTTENBACH, Art.19 BV, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, éd.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 4, dans le même sens : COURTIS et TOBIN, 2019, p. 1075, CESCR, Observation générale n°11, Plans d'action pour l'enseignement primaire (art.14 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/1999/4, 10 mai 1999, § 7, CEDEF, Recommandation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, § 36.

États doivent prendre à cet égard les mesures nécessaires pour assurer cette gratuité¹²⁵⁸. Ainsi, l'obligation d'un enseignement primaire gratuit doit être immédiatement mise en œuvre. Les cantons doivent mettre en œuvre cet aspect des obligations minimales du droit à l'éducation à défaut de quoi la Confédération doit prendre des mesures, et une exigence d'harmonisation pourra être argumentée. Les prestations d'aide sociale au sens large jouent un rôle important pour ce faire comme nous le verrons dans le chapitre suivant.

Quant aux niveaux secondaires et supérieurs de l'art.13 PIDESC, l'obligation de la gratuité est soumise au principe de réalisation progressive¹²⁵⁹. L'art.28 CDE également prévoit une obligation de mise en œuvre progressive¹²⁶⁰. C'est aussi le cas de l'éducation précoce¹²⁶¹. Toutefois, l'obligation de mise en œuvre d'un accès sans discrimination pour tous les niveaux fait partie du noyau dur¹²⁶². De même, le concept d'une éducation basée sur l'égalité des opportunités fait aussi partie de ce noyau¹²⁶³. Des prestations positives doivent être prévues pour les groupes défavorisés pour assurer des opportunités égales dans les faits¹²⁶⁴. Selon le Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, K. SINGH : « [g]arantir l'égalité des chances dans l'éducation constitue un principe fondamental qui se reflète dans les principales conventions relatives aux droits de l'homme »¹²⁶⁵. De plus, l'interdiction de la discrimination dans le domaine de l'éducation doit être interprétée à la lumière de la CDE¹²⁶⁶. Et selon cette convention, garantir la non-discrimination est un des aspects essentiels du droit à l'éducation des enfants¹²⁶⁷. Par exemple, ce Comité a demandé à la Mauritanie de prendre des mesures pour « améliorer l'accès au droit à

1258 CDE, Observations finales, Philippines, CRC/C/15/Add.259, § 70(b), CDE, Observations finales, Mauritanie, CRC/C/MRT/CO/2, § 66 (a).

1259 CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 6, Recommandation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, § 36, SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1102.

1260 COURTIS et TOBIN, 2019, p. 1072-1073.

1261 Le Comité : « encourager les États parties à mettre au point un programme constructif de promotion des droits des jeunes enfants » : CDE, Observation générale n°7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, § 5.

1262 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1101, CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 57.

1263 COURTIS et TOBIN, 2019, p. 1076.

1264 *ibid.*, p. 1077.

1265 RAPPORTEUR SPÉCIAL SINGH, 2011, p. 1 et § 62.

1266 WYTTEBACH, 2015, § 4, CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 34.

1267 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 110, CDE, Observation générale n°1, Paragraphe 1 de l'article 29 : Les buts de l'éducation, CRC/GC/2001/1, § 10.

l'éducation et à éliminer les disparités à cet égard, qu'elles soient régionales, socio-économiques ou fondées sur l'appartenance ethnique ou le genre »¹²⁶⁸. De même, selon le CEDEF, l'éducation est un facteur important pour renforcer l'égalité des sexes et le pouvoir d'action des femmes. Ce droit à l'éducation est même considéré comme l'un des plus importants de la CEDEF en tant qu'un des moyens primordiaux pour les femmes d'atteindre leur autonomisation et une égalité de traitement avec les hommes¹²⁶⁹. Ainsi il s'agira de vérifier si les cantons mettent œuvre un accès non discriminatoire, non seulement au niveau primaire, mais également à tous les autres niveaux d'éducation. Si tel n'est pas le cas, la Confédération devra prendre des mesures pour assurer la mise en œuvre des obligations minimales du droit à l'éducation telles que décrites ici et une exigence d'harmonisation pourra être argumentée.

B. Les mesures envisageables pour garantir l'accès au droit à l'éducation

Pour assurer un accès non discriminatoire à l'éducation, la gratuité est envisageable. D'autres mesures positives le sont également¹²⁷⁰. À cet égard, la mise en place d'aide à la formation et à l'éducation est indispensable aux personnes en situation de pauvreté¹²⁷¹. Ces bourses permettent de contribuer de manière effective à l'élargissement de l'accès à l'éducation et de garantir l'égalité et la non-discrimination des personnes en situation de pauvreté¹²⁷². Selon le CDESCR, l'établissement d'un système adéquat de bourses « *doit être rapproché des dispositions du Pacte sur la non-discrimination et l'égalité et doit favoriser, dans des conditions d'égalité, l'accès à l'éducation des personnes appartenant à des groupes défavorisés* »¹²⁷³. Ce système permet d'atténuer les différences basées sur la situation économique et sociale. Des prestations

1268 CDE, Observations finales, Mauritanie, CRC/C/MRT/CO/2, § 66 (b).

1269 WILSON et PATRY, 2019, p. 252-253, CEDEF, Recommandation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, § 1, CEDEF, Observations finales, Sierra Leone, CEDAW/C/SLE/CO/5, 17 juin 2007, § 30, CEDEF, Observations finales, Népal, CEDAW/C/NPL/CO/4-5, 11 août 2011, § 28.

1270 SINGH, 2013, p. 1762.

1271 RAPPORTEUR SPÉCIAL SINGH, 2011, § 56.

1272 *ibid.*, § 60-62, CDESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 26, CDE, Observations finales, Îles Cook, CRC/C/COK/CO/1, 22 février 2012, § 53-54(g), CDE, Observations finales, Chine, CRC/C/CHN/CO/2, 24 novembre 2005 § 71 et 73, CDE, Observations finales, Chine, CRC/C/CHN/CO/3-4, 29 octobre 2013a, § 78(b).

1273 CDESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 27.

d'aides financières aux familles en général permettent aussi d'améliorer cette accessibilité à l'éducation¹²⁷⁴.

S'agissant spécifiquement des femmes, la lettre d de l'art.10 CEDEF prévoit spécifiquement les mêmes possibilités en ce qui concerne l'octroi de bourses et autres subventions pour les études. Cette disposition est importante pour notre domaine, attendu que l'absence de gratuité du système éducatif a plus de conséquences pour les femmes¹²⁷⁵. Cela peut « *oblige[r] les parents aux revenus modestes à choisir lequel de leurs enfants pourra aller à l'école, le choix se portant dans bien des cas sur les garçons plutôt que sur les filles* »¹²⁷⁶. De même, des coupes dans les services sociaux ont « *des conséquences négatives pour les filles et les femmes, en particulier celles issues des familles les plus pauvres, qui se trouvent ainsi privées d'éducation* »¹²⁷⁷. Ainsi, l'absence de gratuité peut avoir un impact plus important sur les femmes. Des mesures doivent être prises pour réduire les coûts de l'éducation comme l'octroi de bourses pour éviter cet impact plus conséquent pour les femmes¹²⁷⁸. À cet égard, l'octroi de bourses aux femmes ou à leur famille est donc primordial¹²⁷⁹. Ainsi, l'art.10 CEDEF s'applique pour les bourses octroyées aux parents pour leurs enfants en formation¹²⁸⁰. Les cantons doivent donc mettre en place des aides à la formation et à l'éducation pour mettre en œuvre les obligations minimales du droit à l'éducation telles que décrites précédemment.

C. La capacité du système d'éducation à garantir l'égalité des chances

Nous avons pu préciser le contour des obligations minimales en Sous-section A et en Sous-section B l'importance d'un système de bourse pour les mettre

1274 CDE, Observations finales, Algérie, CRC/C/15/Add.269, 12 octobre 2005, § 67(a), CDE, Observations finales, Philippines, CRC/C/15/Add.259, § 70(a), CDE, Observations finales, Bosnie-Herzégovine, CRC/C/BIH/CO/2-4, 29 novembre 2012, § 63(b).

1275 WILSON et PATRY, 2019, p. 274, BANDA, Art.10 CEDAW, in: The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women: a Commentary, (Freeman, éd.), Oxford 2012, p. 253ss, p. 265, CEDEF, Observations finales, Fidji, A/57/38, 2002, § 60.

1276 CEDEF, Recommandation générale n°36 (2017) sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, § 37.

1277 *ibid.*, § 38.

1278 *ibid.*, § 39(c), CEDEF, Observations finales, Suède, CEDAW/C/SWE/CO/8-9, 10 mars 2016, § 32 et 33(b), CEDEF, Observations finales, États fédérés de Micronésie, CEDAW/C/FSM/CO/1-3, 9 mars 2017, § 33(a), CEDEF, Observations finales, Vanuatu, CEDAW/C/VUT/CO/4-5, 9 mars 2016, § 27(b).

1279 BANDA, 2012, p. 265, WILSON et PATRY, 2019, p. 274.

1280 DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 362, note de bas de page n°43.

en œuvre. En nous fondant sur ces développements et pour finir de définir le contour des obligations minimales du droit à l'éducation, nous pouvons affirmer que le système d'éducation doit être capable de garantir l'égalité des chances, au vu de l'importance de cette égalité qui est considérée comme fondamentale pour le droit à l'éducation et qui fait partie du noyau dur de ce droit. Nous pouvons argumenter que même si la gratuité doit être réalisée progressivement pour le niveau secondaire et supérieur, la capacité du système d'éducation à favoriser l'égalité des chances au sein d'un État fait, elle, partie du noyau dur du droit à l'éducation à prendre immédiatement. Il s'agira de déterminer si les systèmes d'éducation cantonaux permettent réellement de réaliser cette égalité ou si des mesures de la Confédération et une harmonisation sont exigées.

Ensuite, l'accessibilité à l'éducation précoce est importante d'un point de vue de la discrimination, puisque les enfants vivant dans des familles en situation de pauvreté n'ont souvent pas accès à l'éducation précoce, ce qui induit des retards d'apprentissages par rapport aux enfants de familles plus privilégiées¹²⁸¹. Ainsi, les cantons doivent prévoir des mesures encourageant cet apprentissage précoce et des prestations de soutien des familles pauvres peuvent à cet égard être bénéfiques. Le CDE demande aux États de *«faire en sorte que tous les jeunes enfants reçoivent une éducation au sens le plus large du terme (...), dans laquelle les parents, la famille élargie et la communauté jouent un rôle de premier plan et à laquelle contribuent les programmes éducatifs destinés à la petite enfance proposés par l'État, la communauté ou des institutions de la société civile»*¹²⁸². Il a considéré qu'il est important de garantir un accès à l'éducation précoce à tous les enfants¹²⁸³, notamment *«en envisageant d'offrir une prise en charge gratuite ou abordable»*¹²⁸⁴. À cet égard, le CDE a par exemple invité les Philippines à *«permettre à tout enfant de bénéficier de l'éducation préscolaire en la rendant financièrement à la portée des familles pauvres»*¹²⁸⁵. Ainsi, les cantons doivent réaliser également cette égalité à l'aide de l'encouragement précoce au titre des obligations minimales du droit à l'éducation. L'obligation d'un accès non discriminatoire à l'éducation a donc également un impact sur les prestations cantonales pour familles qui jouent un rôle important en la matière comme nous le verrons au Chapitre 7.

1281 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 3.

1282 CDE, Observation générale n°7, Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, CRC/C/GC/7/Rev.1, § 30.

1283 CDE, Observations finales, Slovénie, CRC/C/SVN/CO/3-4, 8 juillet 2013, § 61(a).

1284 CDE, Observations finales, Canada, CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 72.

1285 CDE, Observations finales, Philippines, CRC/C/15/Add.259, § 70(d).

IV. Le droit à la sécurité sociale

Afin de préciser les obligations fondamentales concernant l'accessibilité financière des droits applicables en termes de standards minimaux, il est indispensable d'analyser le droit à la sécurité sociale. Le droit à la sécurité sociale est prévu par différentes dispositions internationales. L'interprétation de l'art.9 PIDESC est aussi liée à d'autres traités des droits humains comme la CEDEF ou la CDE¹²⁸⁶. S'agissant de la CDE, l'art.26 CDE garantit spécifiquement aux enfants le droit de bénéficier de la sécurité sociale par leurs parents et doit être interprété de manière compatible avec l'art.9 PIDESC¹²⁸⁷. Il est toutefois autonome et ce droit vise tous les enfants. Il n'est ainsi pas limité aux seules familles¹²⁸⁸. Ensuite par rapport à la CEDEF, nous l'avons mentionné, l'art.13 CEDEF concerne le droit à la sécurité sociale au sens large qui se recoupe avec la garantie d'un standard minimal de vie, mais également avec le droit à la sécurité sociale¹²⁸⁹. Il est également couvert en partie par l'art.11 let.e CEDEF¹²⁹⁰. Ces garanties seront ainsi analysées conjointement.

L'accessibilité financière des droits énoncés précédemment peut être assurée par des prestations liées au droit à la sécurité sociale. Ce droit joue un rôle important dans la réalisation des art.10, 11, 12 et dans une certaine mesure également pour l'art.13 PIDESC¹²⁹¹. En somme, la sécurité sociale est un moyen indispensable pour assurer les standards minimaux des droits du Pacte ONU I¹²⁹². Des prestations financières semblent nécessaires au vu du fait qu'un manque de ressource financière est un des plus importants obstacles à la jouissance des droits humains tant civils et politiques que sociaux et économiques¹²⁹³. L'analyse du droit à la sécurité sociale est donc liée aux autres

1286 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 623-624.

1287 LANGFORD et KHALIQ, Art.26. The Right to Social Security, in : The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary, (Tobin, édit.), Oxford 2019, p. 986ss, p. 989.

1288 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 778.

1289 DUPONT et MATTHEY, 2019, p. 359, RUDOLF, 2012, p. 342ss.

1290 LEMPEN, Article 11 CEDEF, in : CEDEF, La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif : commentaire, (Hertig Randall/Hottelier/Lempen, édit.), Genève, Zurich, Bâle 2019, p. 287ss, p. 310, RADA, Art.11 CEDAW, in : The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women: a Commentary, (Freeman, édit.), Oxford 2012, p. 279ss, p. 294.

1291 CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, § 28.

1292 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 611.

1293 RAPPORTEUR SPÉCIAL ALSTON, 2015, § 26-30.

garanties¹²⁹⁴. Il convient, toutefois, de souligner que les droits analysés précédemment sont distincts du droit à la sécurité sociale. Il se peut que ce dernier droit soit respecté alors que les autres droits ne le sont pas et inversement. Par exemple, le droit à l'éducation semble aller plus loin que le droit à la sécurité sociale qui ne garantit que des prestations financières pour une éducation élémentaire¹²⁹⁵. Inversement, des mesures prises pour faciliter la réalisation d'autres droits ne sauraient se substituer à la création de systèmes de sécurité sociale¹²⁹⁶. Toutefois, le droit à la sécurité sociale a fait l'objet de beaucoup de discussions quant aux standards minimaux qui devraient être fournis. L'analyse du droit à la sécurité sociale peut servir de base de réflexion quant à l'adéquation et le caractère raisonnable des prestations de l'aide sociale au large concernant le noyau dur des art. 11, 12 et 15 ONU, voire même concernant le droit à l'éducation et permettra d'apporter des précisions pour comprendre le contenu normatif des obligations minimales que les cantons doivent mettre en œuvre dans notre domaine.

Le droit à la sécurité sociale implique divers types d'obligations minimales¹²⁹⁷. Les États ou les cantons pour nous ont l'obligation fondamentale d'assurer au minimum l'essentiel du droit à la sécurité sociale. Pour définir ces niveaux essentiels de prestations liés aux obligations fondamentales minimales, nous pouvons nous référer à l'Observation générale n° 19 du CESCR¹²⁹⁸ et à la notion de socles de protection sociale pour la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels¹²⁹⁹. Ces socles ont été définis par une Résolution du Conseil des droits de l'homme¹³⁰⁰ et par une Déclaration de l'OIT¹³⁰¹. Ils ont été expliqués par le CESCR à la lumière du droit à la sécurité sociale¹³⁰².

1294 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 623, CESCR, Observation générale n° 19, Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 28, par exemple la sécurité sociale est un moyen indispensable pour se procurer des aliments nécessaires au droit à l'alimentation : HCDH et FAO, 2010, p. 8. Elle est aussi un moyen permettant de rendre accessible le coût de la santé aux plus pauvres : WILSON, 2009, p. 62.

1295 CESCR, Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation (art. 13), E/C.12/1999/10, § 59(a).

1296 CESCR, Observation générale n° 19, Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 28.

1297 *ibid.*, § 40.

1298 *ibid.*, § 59-60.

1299 AGNU et CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Rapport du Secrétaire général sur la question de la réalisation, dans tous les pays, des droits économiques, sociaux et culturels, A/HRC/28/35, 22 décembre 2014, § 21.

1300 *ibid.*, § 2.

1301 CONFÉRENCE GÉNÉRALE DE L'OIT, Recommandation n° 202 concernant les socles de protection sociale, 2012, FF 2013 I 6271, 2012, § 4-5.

1302 CESCR, Déclaration, Les socles de protection sociale : un élément essentiel du droit à la sécurité sociale et des objectifs de développement durable, E/C.12/2015/1, 15 avril 2015, § 7 et 8.

À l'aide de ces documents, plusieurs aspects de ce droit peuvent être présentés pour nous permettre de préciser le contenu normatif des obligations minimales à charge des cantons. Nous expliquerons premièrement le principe de l'accès universel. Puis nous évoquerons des considérations quant aux montants et enfin par rapport à l'objectif de réduction de la pauvreté que poursuit cette garantie.

A. La création d'un système non contributif de prestations qui soit accessible

Les prestations d'aide sociale doivent être accessibles à chacun. Le CESCR rappelle que « *les socles de protection sociale nécessitent l'adoption d'un ensemble de garanties fondamentales en matière de sécurité sociale propres à assurer l'accès universel* »¹³⁰³. Ce principe d'accès universel est repris par l'OIT¹³⁰⁴ et le Conseil des droits de l'homme¹³⁰⁵. La conséquence de cette obligation est la création d'un système non contributif de prestations à côté de systèmes contributifs. En effet, il n'est guère possible qu'un système d'assurance parvienne à couvrir chacun de façon adéquate. Or, chacun doit être couvert par le système de sécurité sociale en particulier les personnes défavorisées. L'art.9 ONU I exige que les États instituent « *des régimes non contributifs ou d'autres mesures d'assistance sociale pour aider les individus et les groupes incapables de verser des cotisations suffisantes pour assurer leur propre protection* »¹³⁰⁶. Ainsi, pour assurer le principe de couverture de chacun, les systèmes non contributifs sont nécessaires¹³⁰⁷. Cette obligation est donc particulièrement importante pour l'aide sociale au sens strict. En effet, même si d'autres mesures peuvent être mises en place par les cantons pour réaliser les art.11, 12 et 15 PIDESC, un système non contributif de prestations tel que l'aide sociale reste indispensable. De plus, ce système est particulièrement important pour le droit à la sécurité sociale et l'interdiction de la discrimination des femmes, dû au fait qu'elles perçoivent des revenus souvent inférieurs

1303 *ibid.*, § 7.

1304 CONFÉRENCE GÉNÉRALE DE L'OIT, Recommandation n°202 concernant les socles de protection sociale, 2012, FF 2013 I 6271, § 4.

1305 AGNU et CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, 22 décembre 2014, § 3.

1306 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 48-50.

1307 *ibid.*, § 23, CEDEF, Observations finales, Chili, E/C.12/1/Add.105, 1^{er} décembre 2004, § 19 et 42, CESCR, Observations finales, Angola, E/C.12/AGO/CO/3, § 23, CESCR, Observations finales, Kenya, E/C.12/KEN/CO/1, 1^{er} décembre 2008, § 21, CESCR, Observations finales, Brésil, E/C.12/BRA/CO/2, § 19.

à ceux des hommes¹³⁰⁸. Les États doivent porter une attention particulière à leurs situations¹³⁰⁹.

Ensuite, ce système non contributif doit être accessible. En effet, en tant que système faisant partie de la sécurité sociale, une aide sociale non contributive doit être conforme aux éléments essentiels du droit à la sécurité sociale¹³¹⁰. Ainsi, l'accessibilité implique également des conditions d'octroi raisonnables, proportionnées et transparentes et que le retrait, la réduction et la suppression des prestations soient limités, reposent sur des motifs raisonnables et fassent l'objet d'une procédure régulière et de dispositions législatives nationales¹³¹¹. Cet aspect du droit est souvent critiqué par le Comité, lorsqu'il constate une couverture trop restreinte¹³¹². Il a par exemple demandé au Salvador de « *mettre en place les mécanismes nécessaires pour étendre le bénéfice de la couverture sociale* »¹³¹³ ou aux Antilles néerlandaises d'« *accorder l'assistance sociale à tous ceux qui en ont besoin, en particulier aux personnes et groupes les plus défavorisés et marginalisés pour qu'ils puissent atteindre un niveau de vie suffisant* »¹³¹⁴. Ainsi, les avances sur pension et les prestations familles jouent un rôle primordial pour l'accès aux prestations sociales des femmes, des enfants et des familles comme nous le verrons au Chapitre 7. Le CESCR souligne que : « *plusieurs des garanties fondamentales qui font partie des socles nationaux de protection sociale, dont (...) les allocations familiales (...) et les pensions, contribuent à l'établissement de prestations universelles* »¹³¹⁵. Des prestations de sécurité sociale ciblées sont nécessaires pour la garantie des droits des femmes et des enfants. De plus, elles permettent « *d'améliorer nettement le niveau d'instruction des enfants, ainsi que leur état de santé et leur état nutritionnel* »¹³¹⁶. Enfin, les prestations famille et les contributions d'entretien permettent en outre de « *réduire les inégalités entre les sexes en allégeant le fardeau des femmes, qui continuent d'assumer une part disproportionnée des*

1308 LEMPEN, 2019, p. 312, CEDEF, Recommandation générale n°27 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'êtres humains, CEDAW/C/GC/27, 16 décembre 2010, § 20.

1309 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 31, CEDEF, Observations finales, Chili, E/C.12/1/Add.105, § 42.

1310 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 4 let. b) et § 5.

1311 *ibid.*, § 24.

1312 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 638.

1313 CESCR, Observations finales, El Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, 27 juin 2007, § 33.

1314 CESCR, Observations finales, Antilles néerlandaises, E/C.12/NLD/CO/3/Add.1, 31 janvier 2008, § 35.

1315 CESCR, Déclaration, Les socles de protection sociale : un élément essentiel du droit à la sécurité sociale et des objectifs de développement durable, E/C.12/2015/1, § 9.

1316 AGNU et CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, 22 décembre 2014, § 31.

tâches ménagères»¹³¹⁷. Cette obligation fait partie du noyau dur à réaliser immédiatement¹³¹⁸. Les cantons ont donc une obligation minimale d'institution de systèmes non contributifs accessibles. Si tel n'est pas le cas, une exigence d'harmonisation pourra être argumentée par l'obligation de la Confédération de prendre des mesures à l'égard des cantons défaillants. Nous pouvons maintenant nous arrêter sur les montants.

B. Le montant des prestations

1. Un montant adéquat pour l'exercice du minimum des droits humains

S'agissant des montants, les cantons doivent mettre en place un système de sécurité sociale qui garantit au minimum un niveau essentiel de prestations permettant aux personnes et familles de « (...) *bénéficier au moins des soins de santé essentiels, d'un hébergement et d'un logement de base, de l'approvisionnement en eau et de l'assainissement, de denrées alimentaires et des formes les plus élémentaires d'enseignement* »¹³¹⁹. On comprend aisément par cette citation le lien entre la sécurité sociale et les autres droits que nous avons mentionnés plus haut. Les prestations demandées par l'art.9 ONU I doivent être adéquates s'agissant de leur montant et leur durée afin que chacun puisse exercer ses droits¹³²⁰. L'OIT cite également ces garanties élémentaires et les lie avec une sécurité élémentaire de revenu pour toute personne qui doit leur permettre de vivre dignement¹³²¹. Ainsi, les niveaux essentiels de chaque droit analysé précédemment et la dignité humaine doivent être garantis par la sécurité sociale. Ces socles correspondent aux prestations minimales nécessaires pour garantir les autres droits que nous avons analysés. Ces montants de prestations sont un autre aspect souvent jugé inadéquat par le CESCR¹³²². De plus, ces socles nationaux doivent porter une attention particulière aux

1317 CESCR, Déclaration, Les socles de protection sociale : un élément essentiel du droit à la sécurité sociale et des objectifs de développement durable, E/C.12/2015/1, § 9.

1318 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 59.

1319 *ibid.*, § 59-60, *ibid.*, § 59(a).

1320 *ibid.*, § 22.

1321 CONFÉRENCE GÉNÉRALE DE L'OIT, Recommandation n°202 concernant les socles de protection sociale, 2012, FF 2013 I 6271, § 5(a) et § 8(b).

1322 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 638, CESCR, Observations finales, Angola, E/C.12/AGO/CO/3, § 23, CESCR, Observations finales, Canada, E/C.12/CAN/CO/4, E/C.12/CAN/CO/5, § 27, 28 et 53, CESCR, Observations finales, Russie, E/C.12/1/Add.94, 12 décembre 2003, § 22.

groupes vulnérables ou défavorisés¹³²³ et « *prendre des mesures ciblées en vue de la mise en œuvre des régimes de sécurité sociale, en particulier de ceux destinés à protéger les individus et les groupes défavorisés et marginalisés* »¹³²⁴. Cet aspect nous renvoie aux considérations sur les personnes en situation de pauvreté, les enfants et les femmes développées précédemment.

Deux organes des traités ont réalisé un travail très instructif quant à l'interprétation du montant des prestations. Il s'agit des travaux du CESCR et du CEDS qui permettront de préciser les considérations précédentes quant au montant des prestations minimales que doivent mettre en place les cantons suisses.

2. Le montant des prestations de sécurité sociale selon le CESCR

Pour définir les standards minimaux de ces prestations, nous allons premièrement analyser les Observations finales du CESCR. Ce comité a utilisé différents termes que nous allons souligner ici¹³²⁵. Par exemple, les montants doivent permettre un standard de vie suffisant¹³²⁶, raisonnable¹³²⁷, et décent¹³²⁸. Il a également mentionné un standard de vie qui respecte l'art. 9 et l'art. 11 ONU¹³²⁹. D'autres formules du CESCR sont intéressantes. Il a critiqué l'Irlande pour des *prestations de sécurité sociale inférieures au revenu minimum vital*¹³³⁰. Face à la Lettonie, il a utilisé le terme seuil de subsistance en recommandant que l'aide aux familles défavorisées n'y soit pas inférieure¹³³¹. Il a

1323 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 59-60.

1324 *ibid.*, § 59(e), voir aussi AGNU et CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, 22 décembre 2014, § 29ss, pour les femmes et *ibid.*, § 37ss, pour les enfants.

1325 Pour une analyse complète des observations du Comité voir : SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 646.

1326 CESCR, Observations finales, Italie, E/C.12/1/Add.103, § 52, CESCR, Observations finales, Lituanie, E/C.12/1/Add.96, 7 juin 2004, § 16, CESCR, Observations finales, Maroc, E/C.12/MAR/CO/3, 4 septembre 2006, § 22, CESCR, Observations finales, Antilles néerlandaises, E/C.12/NLD/CO/3/Add.1, § 35.

1327 CESCR, Observations finales, Hong Kong, E/C.12/1/Add.58 21 mai 2001, § 39, CESCR, Observations finales, Lettonie, E/C.12/LVA/CO/1, 7 janvier 2008, § 20.

1328 CESCR, Observations finales, Kazakhstan, E/C.12/KAZ/CO/1, 7 juin 2010, § 24, CESCR, Observations finales, Serbie-et-Monténégro, E/C.12/1/Add.108 25 juin 2005, § 47, CESCR, Observations finales, Lettonie, E/C.12/LVA/CO/1, § 20, CESCR, Observations finales, Chine, E/C.12/1/Add.107, 13 mai 2005, § 84, CESCR, Observations finales, Saint-Marin, E/C.12/SMR/CO/4, 4 janvier 2008, § 26, CESCR, Observations finales, El Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, § 34.

1329 CESCR, Observations finales, Lettonie, E/C.12/LVA/CO/1, § 20, CESCR, Observations finales, Hong Kong, E/C.12/1/Add.58, § 39, CESCR, Observations finales, Lettonie, E/C.12/LVA/CO/1, § 20.

1330 CESCR, Observations finales, Irlande, E/C.12/1/Add.35, § 13.

1331 CESCR, Observations finales, Lettonie, E/C.12/LVA/CO/1, § 45.

demandé à la Géorgie de relever les prestations sociales devant être *jusqu'à un niveau plus proche du minimum vital*¹³³² et au Salvador de fixer des prestations permettant d'acquérir un *panier de produits essentiels*¹³³³. Enfin, ces montants doivent être indexés pour refléter le coût de la vie¹³³⁴. Ces considérations sont assez précises et permettront d'évaluer les prestations cantonales aux Chapitres 6 et 7 pour déterminer si une obligation de prise de mesure pèse sur la Confédération, auquel cas une exigence d'harmonisation pourra être exigée.

3. Le montant des prestations de sécurité sociale selon le CEDS

Ensuite, le travail du CEDS relatif à la Charte sociale européenne révisée peut être utile à l'interprétation des garanties analysées ici. Elle est pertinente pour notre domaine malgré l'absence de ratification suisse pour deux raisons. Premièrement, selon la méthode d'interprétation intégrative expliquée au Chapitre 3, II, C, 1, l'ensemble du droit international est pertinent lors de l'interprétation de dispositions des droits humains. Deuxièmement, le Conseil fédéral a rendu un rapport sur la compatibilité de la Charte sociale européenne révisée avec l'ordre juridique suisse¹³³⁵ sur lequel nous nous fonderons. Nous utiliserons uniquement des aspects de ce traité qui sont compatibles au droit suisse au sens de ce rapport. Nous procéderons ainsi pour éviter autant que possible des critiques liées à la controverse de l'interprétation intégrative précitée.

Cette convention prévoit une protection directe de la sécurité sociale (art.12, 13 et 14 CSERév) qui renvoie au code de sécurité sociale européen qui implique des standards minimaux plus hauts que ceux de la Convention n°102 de l'OIT¹³³⁶. Le Comité européen des droits sociaux a fait par exemple référence à un seuil de pauvreté qui est fixé à 50% du revenu équivalent médian¹³³⁷. Il estime que le montant des prestations sociales est approprié lorsqu'elles ne sont pas manifestement inférieures à ce seuil¹³³⁸. Un taux de 40%

1332 CESCR, Observations finales, Géorgie, E/C.12/1/Add.83, 19 décembre 2002, § 35.

1333 CESCR, Observations finales, El Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, § 17.

1334 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 648, et par exemple : CESCR, Observations finales, Lituanie, E/C.12/1/Add.96, § 16.

1335 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la Charte sociale européenne révisée, Donnant suite au postulat 10.3004 de la Commission de politique extérieure du Conseil des États « Compatibilité de la Charte sociale européenne révisée avec l'ordre juridique suisse » du 12 janvier 2010 du 2 juillet 2014, FF 2014 5449, 2014, p. 5449ss.

1336 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 628.

1337 KOCH, Human Rights as Indivisible Rights: the Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights, Leiden 2009, p. 181-182, MIKKOLA, Social human rights of Europe, Provo 2010, p. 331.

1338 CONSEIL FÉDÉRAL, 2014, p. 5478, CEDS, Conclusions 2013, Moldavie, article 13-1, 2013/def/MDA/13/1/FR 6 décembre 2013, p. 3.

est considéré manifestement inadéquat par le CEDS¹³³⁹. Cette affirmation peut constituer un critère guidant notre interprétation, sachant que le salaire médian en Suisse était de 6'538 francs en 2018¹³⁴⁰. Au vu de la clarté de ce critère et de la possibilité de se référer à d'autres traités que nous avons expliquée au chapitre précédent, cette référence à la CSERév est pertinente. D'ailleurs, le Conseil fédéral ne voit que des cas concernant le droit d'asile ou des étrangers comme motifs d'incompatibilité du droit suisse à la CSERév et non par rapport au montant de la protection sociale aux résidants nationaux¹³⁴¹. Ainsi, le critère voulant qu'un montant des prestations d'aide publique soit adéquat s'il n'était pas manifestement inférieur à 3'269 francs et dans tous les cas supérieur à 2'615 francs semble pertinent et facilement utilisable pour compléter les critères précédemment énoncés pour l'analyse de la mise en œuvre des obligations minimales dans les droits cantonaux dans les chapitres suivants.

Par rapport à l'évaluation des montants des prestations pour famille, les travaux du CEDS sont également utiles. Le Comité européen des droits sociaux estime que l'art.16 de la CSERév requiert que les prestations aux familles équivalent à un « *pourcentage significatif de la valeur du revenu médian ajusté* »¹³⁴². Ce standard peut servir de source d'inspiration pour l'interprétation de l'art.10 § 1 PIDESC¹³⁴³. Par exemple, le CEDS a considéré un pourcentage de 3,75% du revenu médian comme faible et que 7% étaient suffisants¹³⁴⁴. Il a estimé que les prestations familles en Pologne étaient suffisantes en atteignant 5,4%¹³⁴⁵. Dans un autre cas, concernant cette fois-ci la Norvège, il a considéré un montant de 3% du revenu médian comme trop faible tout en laissant ouverte la possibilité pour l'État de compléter ce revenu par d'autres mesures comme des déductions fiscales¹³⁴⁶. Il convient de rappeler que l'aide sociale au sens large dont les prestations pour famille ne constituent que des mesures parmi d'autres pour réaliser cette obligation¹³⁴⁷.

1339 MIKKOLA, 2010, p. 331.

1340 OFS, Communiqué de presse, Enquête suisse sur le niveau et la structure des salaires 2018, En 2018, le salaire médian s'est élevé à 6538 francs, 2020a, p. 1.

1341 CONSEIL FÉDÉRAL, 2014, p. 5478-5479.

1342 CEDS, Conclusions 2006, Bulgarie, article 16, 2006/def/BGR/16//FR 30 juin 2006, p. 2-3, MIKKOLA, 2010, p. 449.

1343 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 778.

1344 CEDS, Conclusions 2011, Lituanie, article 16, 2011/def/LTU/16//FR 9 décembre 2011, p. 3.

1345 CEDS, Conclusions XVIII-1, Pologne, art.16, XVIII-1/def/Pol/16//FR, 30 octobre 2006, p.3.

1346 CEDS, Conclusions 2015, Norvège, article 16, 2015/def/NOR/16//FR, 4 décembre 2015, p.3.

1347 MIKKOLA, 2010, p. 448-449, l'auteur rappelle que le CEDS prend en compte les allocations pour les enfants ainsi que d'autres mesures de soutien financier aux familles.

S'agissant de la protection économique des familles, le Conseil fédéral estime le droit suisse au vu des prestations complémentaires familles et des allègements fiscaux comme conformes à la protection exigée par l'art.16 de la CSERév¹³⁴⁸. Il est intéressant de noter que les allocations fédérales s'élèvent au minimum, selon l'âge des enfants, à 200 ou 250 francs par mois¹³⁴⁹. Un tel montant n'équivaut qu'à un 3% et 3.85%, respectivement, du revenu médian précité. Des mesures cantonales semblent donc être raisonnables et adéquates pour compléter ces prestations fédérales. Ainsi, les conclusions du CEDS ont le mérite d'être particulièrement claires et pourront nous servir d'inspiration, au vu des méthodes d'interprétation retenues et au vu de l'avis du Conseil fédéral sur la compatibilité de la CSERév au droit suisse, qui ne semble pas exclure les différentes affirmations précitées. Ayant analysé les montants de ces prestations, il faut encore rappeler que ces prestations doivent suivre un objectif de réduction de la pauvreté.

C. L'objectif de réduction de la pauvreté

La sécurité sociale associée aux socles de sécurité sociale doit avoir pour objectif d'« *assurer le respect de la dignité humaine et de prévenir ou d'atténuer la pauvreté, la vulnérabilité et l'exclusion sociale* »¹³⁵⁰. En garantissant de tels standards, la sécurité sociale joue un rôle important pour la réduction de la pauvreté en évitant l'exclusion sociale et en favorisant l'insertion¹³⁵¹. La sécurité sociale doit donc prévoir des prestations propres à éviter l'exclusion sociale et à réduire la pauvreté. Cette exigence de réduction de la pauvreté est d'ailleurs appuyée par les objectifs de développement durable de l'agenda 2030, que la Suisse s'est engagée à atteindre d'ici 2030, qui concernent aussi la réduction de la pauvreté¹³⁵². Le CDE y a fait référence et a attiré l'attention des États sur ces objectifs, comme l'objectif 1.2¹³⁵³ ou 1.3¹³⁵⁴. L'objectif 1.2

1348 CONSEIL FÉDÉRAL, 2014, p. 5484-5485.

1349 Loi fédérale sur les allocations familiales (LAFam), RS n°836.2, art. 5.

1350 CESCR, Déclaration, Les socles de protection sociale : un élément essentiel du droit à la sécurité sociale et des objectifs de développement durable, E/C.12/2015/1, § 6, voir aussi AGNU et CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, 22 décembre 2014, § 2, 9 et 13.

1351 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 3.

1352 ADMIN, Objectif 1: Éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde, 27 novembre 2017a, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

1353 CDE, Observations finales, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/GBR/CO/5, 12 juillet 2016, § 71.

1354 CDE, Observations finales, Roumanie, CRC/C/ROU/CO/5, 13 juillet 2017, § 37.

prévoit de : « [d]’ici à 2030, réduire de moitié au moins la proportion d’hommes, de femmes et d’enfants de tout âge qui vivent dans la pauvreté sous tous ses aspects, telle que définie par chaque pays et quelles qu’en soient les formes ». L’objectif 1.3 prévoit de : « [m]ettre en place des systèmes et mesures de protection sociale pour tous, adaptés au contexte national, y compris des socles de protection sociale, et faire en sorte que, d’ici à 2030, une part importante des pauvres et des personnes vulnérables en bénéficient ». Le CESCR également a fait référence à cet objectif, dans son Observation générale sur la sécurité sociale¹³⁵⁵ et lorsqu’il critique des montants insuffisants *pour permettre aux bénéficiaires de lutter contre la pauvreté*¹³⁵⁶. Ces objectifs ajoutent un critère supplémentaire pour l’analyse des droits des cantons d’aide sociale au sens large qui doivent garantir des socles de protection sociale. Ils doivent conduire à une réduction de la pauvreté en Suisse. Si tel n’est pas le cas et que les systèmes d’aide sociale cantonaux ne parviennent pas à réduire la pauvreté sur leur territoire, ils pourront être jugés inadéquats et non raisonnables au vu des obligations minimales du droit à la sécurité sociale. De même, si des prestations sociales permettant de réduire de manière très efficace la pauvreté existent en Suisse, mais qu’elles ne sont pas prévues par tel ou tel canton, un argument pour critiquer ces cantons pourra être avancé. Nous le verrons au Chapitre 7, les PCFam parviennent à réduire nettement la pauvreté dans les cantons les ayant prévues.

Nous avons ainsi exposé les différentes obligations minimales des cantons dont notamment les régimes des articles 11, 12, 15 PIDESC précisés par celui de l’art 9 PIDESC en ce qui concerne les prestations financières de l’aide sociale. Les cantons doivent mettre en œuvre ces obligations minimales. Si tel n’est pas le cas, la Confédération aura l’obligation de prendre des mesures de contrôle en vue d’une harmonisation des droits cantonaux afin de mettre en œuvre ces obligations minimales partout en Suisse.

Nous analyserons aux chapitres suivants les pratiques cantonales pour déterminer si les cantons mettent en œuvre correctement les obligations immédiates à leur charge. Il s’agit des obligations minimales présentées au Chapitre 4, I et précisées dans ce chapitre, mais également celles issues du principe de non-discrimination présenté au Chapitre 4, II. De plus, l’analyse des droits cantonaux permettra d’identifier d’éventuels consensus. Ce sont ces développements que nous avons appelés nos critères factuels de l’harmonisation au Chapitre 2, I.

1355 CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 3.

1356 CESCR, Observations finales, Antilles néerlandaises, E/C.12/NLD/CO/3/Add.1, § 16

Chapitre 6 : L'aide sociale au sens strict : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation

Ce chapitre est le premier des deux chapitres avec le Chapitre 7 qui traiteront des critères factuels de l'harmonisation¹³⁵⁷. Nous avons présenté les obligations de prise de mesure de la Confédération en vue d'une harmonisation en relation avec les standards minimaux ou obligations minimales à la Section I du Chapitre 4. Ensuite, leur contenu normatif spécifique a été présenté au Chapitre 5. Dans un deuxième temps, à la Section II du Chapitre 4, nous avons décrit les obligations de prise de mesures de la Confédération en vue d'une harmonisation en relation avec l'interdiction de la discrimination. L'obligation de la prise de mesures fédérales sera uniquement confirmée si les droits cantonaux ne mettent pas en œuvre ces obligations. De plus, si une discrimination entre cantons peut être retenue pour des groupes disposant d'une liberté du choix de leur domicile, cette exigence en sera renforcée.

Pour déterminer cela, il convient désormais d'analyser les lois cantonales pour évaluer si elles remplissent les critères d'évaluation retenus au Chapitre 4, I, A, 3, b pour les standards minimaux, au Chapitre 4, II, B pour l'interdiction de la discrimination au sein d'un même canton et au Chapitre 4, II, C pour l'interdiction de la discrimination entre cantons. Une telle analyse permet d'une part de renforcer l'argument d'une exigence d'harmonisation si la mise en œuvre n'est pas suffisante. Dans ce cas, un contrôle de la Confédération sera d'autant plus exigé. De plus, elle permettra l'identification de consensus cantonal qui permettra elle aussi de renforcer l'argument d'une exigence d'harmonisation. Nous allons procéder à cette analyse en suivant une structure par domaine du droit cantonal analysé. Le Chapitre 6 traitera de l'aide sociale au sens strict et le Chapitre 7 des prestations pour famille et des aides à la formation.

1357 Cf. Chapitre 2. I, B, 3.

Avant toute chose, afin d'évaluer les régimes cantonaux, il est utile de commencer l'analyse à partir d'instruments mis en place par différents acteurs en vue d'une harmonisation des prestations étudiées. Il est plus aisé de comparer les régimes cantonaux en se basant sur de tels documents. Ainsi, même si ceux-ci ne sont, pour la plupart, pas contraignants, ils permettent d'offrir des points de départ à notre analyse des régimes cantonaux. Il en existe pour chaque prestation étudiée comme nous l'avons expliqué au Chapitre 2 et ces documents feront l'objet de la Section I du Chapitre 6 et des Sections I, A et II, A du Chapitre 7. Un bref rappel est nécessaire ici. Premièrement, les NCSIAS constituent un document de base pour les cantons dans le but d'une harmonisation des régimes d'aide sociale au sens strict. Pour les prestations complémentaires familles, il existe un modèle rédigé par la CSIAS et des recommandations de la CDAS. Pour les avances sur contribution d'entretien, des recommandations de la CDAS ont également été édictées. Par rapport aux bourses d'études, il existe un concordat intercantonal.

Nous procéderons à l'analyse des pratiques cantonales à la Section II du Chapitre 6 s'agissant de l'aide sociale au sens strict et aux Sections I, B et II, B du Chapitre 7 s'agissant des prestations cantonales pour familles et des bourses d'études. C'est ici que les éventuels consensus cantonaux seront présentés pour permettre d'appuyer une exigence d'harmonisation si les droits cantonaux qui ne les suivent pas ne mettent pas en œuvre correctement les obligations internationales. Ensuite, nous préciserons la portée concrète des obligations internationales dans le contexte suisse en évaluant la conformité des droits cantonaux aux obligations internationales. Ces deux chapitres permettront donc de préciser quels aspects des lois cantonales doivent être harmonisés par la Confédération et dans quelle mesure ils doivent l'être. Ces développements trouveront leur place à la Section III du Chapitre 6 pour l'aide sociale au sens strict et aux Sections I, C et II, C du Chapitre 7 pour les prestations cantonales pour familles et les aides à la formation.

Dans ce chapitre, nous nous concentrerons sur le droit cantonal en matière d'aide sociale au sens strict. Pour commencer ce chapitre, nous pouvons reprendre l'exemple de notre famille utilisé pour introduire notre question de recherche. Madame Harmonie et son enfant sont en situation de pauvreté et songent à demander une aide de l'État. Ils ne peuvent prétendre à aucune assurance et donc se tournent vers l'assistance publique. Ils ont en tête les obligations minimales des cantons présentées au Chapitre 5. Ils désirent s'établir dans un canton respectueux de leurs droits. Cette première section va exposer des notions relatives aux budgets, mode de calcul et montant des différentes prestations matérielles de l'aide sociale au sens strict. À quels montants, Madame Harmonie pourrait-elle prétendre selon les NCSIAS, pour

couvrir son minimum vital ? De plus, les cantons reprennent-ils ces normes ? Est-ce que ces dispositions respectent ses droits humains ? Dans quels cantons, verrait-elle ses droits humains respectés au mieux en rapport avec la couverture du minimum vital ? Ces questions concrètes vont guider l'analyse de ce chapitre.

I. Les NCSIAS

A. Présentation de l'instrument

La Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) dont fait partie l'ensemble des cantons, la majorité des communes de taille moyenne ou grande et des organisations d'entraide privées publie des recommandations servant de référence au calcul des prestations de l'aide sociale¹³⁵⁸. Il convient ici de les aborder plus en détail.

Les NCSIAS sont édictées dès les années 1960, et ont été plusieurs fois révisées fondamentalement¹³⁵⁹. Ces recommandations ont permis d'harmoniser jusqu'à un certain point les prestations dans les divers cantons¹³⁶⁰. Les NCSIAS, en reprenant les termes du Conseil fédéral, servent « *d'orientation générale à l'échelle nationale* »¹³⁶¹. Cependant, comme nous l'avons vu malgré cela, des différences subsistent entre cantons¹³⁶². Ces NCSIAS n'ont qu'une valeur de recommandation et doivent être intégrées aux lois cantonales pour avoir une force contraignante¹³⁶³. De par leur application facultative, « *l'harmonisation effective au niveau national dépend de la volonté des cantons et des communes* »¹³⁶⁴. EGBUNA-JOSS et BELSER résument bien cette situation : « *[d]'un point de vue juridique, les directives de la CSIAS sont des recommandations qui acquièrent un statut contraignant dès lors qu'il y est fait référence dans la législation cantonale ou communale. Dans certains cantons, les directives n'ont qu'une valeur indicative, dans d'autres elles sont partiellement ou totalement contraignantes. En outre, elles accordent une marge de manœuvre relativement grande aux autorités, qui en font parfois usage. C'est pourquoi il existe souvent*

1358 HOFER et OFS, 2006, p. 33.

1359 GNAEGI, 2012, p. 220.

1360 HOFER et OFS, 2006, p. 33.

1361 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 59.

1362 *ibid.*, p. 10.

1363 *ibid.*, p. 8, CSIAS, Monitoring Aide sociale 2018, Berne 2018a, p. 3, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 I 129, consid. 6.4.

1364 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 59.

des différences importantes d'application. Il apparaît donc clairement que les dispositions permettent uniquement de réduire les inégalités cantonales et communales, mais pas de les supprimer totalement»¹³⁶⁵.

Des cantons et communes s'en sont écartés et des communes sont parties de la CSIAS¹³⁶⁶. Cette circonstance constitue un obstacle à leur statut de cadre à l'échelle nationale et engendre encore plus de divergences entre cantons, voire entre communes¹³⁶⁷. En outre, ces normes laissent une grande marge de manœuvre aux cantons¹³⁶⁸. Même si elles sont appliquées dans la plupart des cantons¹³⁶⁹, ces normes ne résolvent donc pas à elles seules les enjeux mentionnés au chapitre introductif et de grandes différences existent lorsqu'il s'agit d'assurer le minimum vital en Suisse¹³⁷⁰. Nous présenterons dans quelles mesures les NCSIAS sont reprises par les cantons dans la prochaine sous-section.

B. La reprise des NCSIAS dans les cantons

En 2018, dix-huit cantons les qualifiaient d'entièrement ou majoritairement contraignantes alors que dans huit autres elles ne sont que partiellement contraignantes ou utilisées uniquement à des fins d'orientation¹³⁷¹. Cette situation est la même qu'en 2017¹³⁷². Par exemple, le Canton d'Argovie renvoie aux NCSIAS de façon très large avec seulement quelques exceptions explicitement mentionnées¹³⁷³. Dans le canton de Lucerne, la loi renvoie également aux NCSIAS de manière large, mais prévoit une compétence un peu plus large pour le gouvernement de s'en écarter¹³⁷⁴. Dans le Canton de Vaud, on peut voir une pratique cantonale plus restrictive. Dans la législation vaudoise, il n'y est fait référence que partiellement pour le seuil minimal du montant du forfait d'entretien ou pour la prise en compte de la fortune¹³⁷⁵.

1365 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 5.

1366 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 59.

1367 *ibid.*, p. 59.

1368 HOFER et OFS, 2006, p. 40, CSIAS, 2018a, p. 3.

1369 HOFER et OFS, 2006, p. 33.

1370 SCHLANSE et OFS, 2017, p. 13.

1371 CSIAS, 2018a, p. 4.

1372 CSIAS, Monitoring de l'aide sociale 2016, Application des normes CSIAS au 1.1.17, Berne 2017b, p. 1-4.

1373 AG, Sozialhilfe- und Präventionsverordnung, RS cantonal n°851.211, 28 août 2002, §10.

1374 LU, Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°892, 16 mars 2015, § 31.

1375 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, 2 décembre 2003, art. 31 et 32, VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, 26 octobre 2005b, art. 18.

On observe ainsi un consensus cantonal à la reprise des NCSIAS au moins en majorité¹³⁷⁶. Les dispositions des NCSIAS peuvent ainsi servir d'indications sur la mise en œuvre des obligations minimales et l'exigence d'harmonisation. Nous pourrions argumenter que des pratiques s'écartant sensiblement des NCSIAS en adoptant des mesures plus restrictives seront problématiques. Dans le cas contraire, si les NCSIAS semblent trop restrictives, elles deviendront *a fortiori* un minimum à ne pas franchir. Toutefois, nous proposerons d'autres règles plus respectueuses des droits humains. Nous pouvons ainsi analyser les différents régimes cantonaux sur la base des NCSIAS.

II. Les régimes juridiques de droit cantonal

Pour présenter le concept du minimum vital social comme prévu dans les NCSIAS, deux dispositions doivent être citées avant toute chose : l'art.A1 et l'art.A.3 NCSIAS. L'art.A.1 NCSIAS rappelle le but de l'aide sociale. Il précise que l'art.12 Cst. qui garantit le droit au minimum vital pour pouvoir mener une existence conforme à la dignité humaine constitue la base de l'aide sociale. Il souligne toutefois que cette aide va plus loin : « *elle doit permettre aux personnes aidées de participer et de profiter de la vie économique et sociale et favoriser leur intégration sociale et professionnelle* ». Cette notion est appelée le minimum social¹³⁷⁷. Cette référence à la dignité humaine en vue d'une participation sociale effective est conforme aux principes des obligations internationales évoqués au Chapitre 5.

Ensuite, l'art.A.3 NCSIAS présente les différentes composantes de l'aide sociale. Deux nous intéressent ici : la couverture des besoins de base et les prestations circonstanciées. Ce sont ces postes qui constituent le minimum vital social¹³⁷⁸ selon les NCSIAS¹³⁷⁹. Ce minimum social a une importance majeure pour le respect des obligations internationales. Nous nous arrêterons sur la couverture de besoins de base en Sous-section A et sur les prestations circonstanciées en Sous-section B. Ensuite, nous présenterons l'obligation de rembourser l'aide sociale dans une Sous-section C. Ces trois sous-sections permettront d'obtenir une vue d'ensemble des points importants de l'aide sociale au sens strict pour notre démonstration.

1376 Sur la notion du consensus voir le Chapitre 2, I, B, 3 et le Chapitre 3, II, B, 2.

1377 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.A.1.

1378 CSIAS, 2017a, p.2-3 et 9.

1379 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.A.3 et Art.A.6-3.

A. La couverture des besoins de base

La couverture des besoins de base se compose de trois postes : les coûts de logement, les frais médicaux et le forfait pour l'entretien¹³⁸⁰. La couverture des besoins de base englobe toutes les dépenses courantes nécessaires à l'entretien du ménage privé correspondant aux montants recommandés ou aux frais effectifs¹³⁸¹. Selon les NCSIAS, la couverture des besoins de base ne consacre pas seulement le droit constitutionnel à une existence conforme à la dignité humaine, mais fixe également un niveau d'aide standard en Suisse¹³⁸². Il est ainsi intéressant de se pencher sur la pratique cantonale en la matière et de déterminer si ce standard est suivi d'une part et d'autre part s'il est conforme aux obligations internationales.

Dans une première Sous-section 1, nous présenterons le forfait pour l'entretien qui est le poste principal de la couverture des besoins de base. Dans une Sous-section 2, nous présenterons les postes des frais de logement. En Sous-section 3, les frais médicaux seront abordés. Finalement, dans une Sous-section 4, nous présenterons le régime des sanctions qui a une grande influence sur le montant du forfait pour l'entretien. Il convient de souligner que beaucoup de différences sont visibles entre cantons dans le calcul de la couverture des besoins de base¹³⁸³. De même, dans le domaine des sanctions, il y a beaucoup de différences cantonales¹³⁸⁴.

1. Le forfait pour l'entretien

Le forfait pour l'entretien suit des règles ordinaires (Sous-section a) et un régime spécifique pour les jeunes adultes (Sous-section b).

a. Le régime ordinaire

Premièrement, il s'agit d'exposer le poste du forfait pour l'entretien. Ce poste est destiné à garantir un standard minimum d'une existence dans la dignité¹³⁸⁵. Pour fixer le forfait pour l'entretien, les NCSIAS suivent une approche axée sur les dépenses sur la base d'enquêtes statistiques. Cette approche a

1380 *ibid.*, art. A.6-1, CSIAS, 2017a, p. 3.

1381 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.1.

1382 *ibid.*, art. A et B.1-1.

1383 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 186, CSIAS, 2018a, p. 4.

1384 CSIAS, 2018a, p. 4.

1385 CSIAS, 2017a, p. 3.

l'avantage de s'adapter facilement aux réalités sociales changeantes¹³⁸⁶. Le montant du forfait pour l'entretien résulte d'un calcul basé sur des données de l'enquête des budgets des ménages. Cette enquête recense les dépenses de consommation des dix pour cent des ménages aux revenus les plus faibles en Suisse¹³⁸⁷. Le montant est adapté au renchérissement (le même indice que pour les PC AVS/AI)¹³⁸⁸. Ces dépenses de consommation sont mesurées à l'aide d'un panier type¹³⁸⁹ qui prévoit des postes du forfait pour l'entretien¹³⁹⁰. Le montant du forfait se base sur une analyse scientifique qui l'a fixé en 2004 à 960 francs et qui a été mis à jour par l'OFS¹³⁹¹. Ce montant est, en outre, déterminé en fonction du nombre de personnes du ménage, selon une échelle d'équivalence propre à la CSIAS¹³⁹². Le forfait pour l'entretien est le seul domaine où les NCSIAS recommandent des montants concrets et chiffrés. Ainsi, la définition de ces chiffres est souvent au centre des discussions sur l'aide sociale¹³⁹³.

1386 Par exemple le passage de la téléphonie fixe à la téléphonie mobile a modifié les frais des individus : CSIAS, *Le forfait pour l'entretien CSIAS, son calcul et son appréciation*, Rapport final Büro BASS, Berne 2019c, p. 2.

1387 CSIAS, *Fact-Sheet, La couverture des besoins matériels de base dans l'aide sociale*, Berne 2019b, p. 1, CSIAS, *Rapport du Bureau BASS, Le calcul du forfait pour l'entretien dans les normes CSIAS : résumé et conclusions de la CSIAS*, Berne 2019d, p. 3, CSIAS, 2018a, p. 5.

1388 CSIAS, 2017a, p. 4-5.

1389 CSIAS, 2019b, p. 1.

1390 Ce sont les postes suivants : nourriture, boissons et tabac ; vêtements et chaussures ; consommation d'énergie (électricité, gaz, etc.) sans les charges locatives ; entretien courant du ménage (nettoyage/entretien de l'appartement et des vêtements) y compris taxe pour ordures ; achat de menus articles courants ; frais de santé, sans franchise ni quote-part (p. ex. médicaments achetés sans ordonnance) ; frais de transport y compris abonnement demi-tarif (transports publics locaux, entretien vélo/vélo-moteur) ; communications à distance (téléphone, frais postaux) ; loisirs et formation (p. ex. concession radio/TV, sport, jeux, journaux, livres, frais d'écologie, cinéma, animaux domestiques) ; soins corporels (p. ex. coiffeur, articles de toilette) ; équipement personnel (p. ex. fournitures de bureau) ; boissons prises à l'extérieur et autres (p. ex. cotisations d'associations, petits cadeaux).

1391 CSIAS, 2017a, p. 5.

1392 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.2.1-4 et B.2-5 : Une distinction est à faire entre les personnes qui vivent dans des communautés de résidence et de vie de type familiale pour qui le forfait pour l'entretien est défini au *pro rata* de la taille du ménage comme expliqué et entre les personnes qui vivent dans des communautés d'intérêts pour lesquels le forfait est fixé indépendamment de la taille du ménage avec une réduction de 10%.

1393 CSIAS, 2017a, p. 4-5.

Il se justifie d'y accorder une attention particulière. Les montants recommandés, dès 2020, par les NCSIAS sont¹³⁹⁴ :

| Taille du ménage | Échelle d'équivalence | Forfait du ménage | Forfait par personne |
|------------------|-----------------------|-------------------|----------------------|
| 1 personne | 1.00 | 997 francs | 997 francs |
| 2 personnes | 1.53 | 1'525 francs | 763 francs |
| 3 personnes | 1.86 | 1'854 francs | 618 francs |
| 4 personnes | 2.14 | 2'134 francs | 533 francs |
| 5 personnes | 2.42 | 2'413 francs | 483 francs |

Par personne de plus, les NCSIAS recommandent 202 francs supplémentaires.

Selon le monitoring de l'aide sociale 2018 faisant état de l'application des NCSIAS au 1^{er} janvier 2018¹³⁹⁵, 22 cantons suivaient les recommandations de la CSIAS quant au montant du forfait pour une personne qui était avant 2020 de 986 francs (AG, AI, AR, BL, BS, FR, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VS, ZG et ZH)¹³⁹⁶. Trois cantons, quant à eux, prévoient un montant

1394 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.2.2.

1395 CSIAS, 2018a, p. 5, CSIAS, Monitoring Aide sociale 2018, Application des normes CSIAS au 1.1.18, Berne 2018b, p. 1-3, ces documents se basent sur un sondage auprès des cantons et il se peut que les informations varient d'une commune à l'autre. Cependant, ce document constitue une base d'information très précieuse pour notre démonstration et l'information qu'il contient sera reprise en partie.

1396 Informations tirées du document : CSIAS, 2018b, p. 1-3, et des bases juridiques cantonales suivantes : AG, Sozialhilfe- und Präventionsverordnung, RS cantonal n°851.211, art. 10 al. 1, qui renvoie au NCSIAS, AI, Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°850.000, 29 avril 2001, art. 5 al. 2, AR, Verordnung zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°851.11, 16 décembre 2008, art. 3, qui renvoie aux NCSIAS, BL, Sozialhilfeverordnung, RS cantonal n°850.11, 25 septembre 2001a, art. 9, BS, Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°890.100, 29 juin 2000, art. 7 al. 3, qui renvoie aux NCSIAS et aux BS, Unterstützungsrichtlinien des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt, 1^{er} janvier 2019, art. 10.1, FR, Ordonnance fixant les normes de calcul de l'aide matérielle de la loi sur l'aide sociale, RS cantonal n°831.0.12, 2 mai 2006, art. 2, GL, Gesetz für die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°VIII E/21/3 7 mai 1995, art. 23 al. 3, qui renvoie aux NCSIAS, GR, Ausführungsbestimmungen zum kantonalen Unterstützungsgesetz, RS cantonal n°546.270, 8 novembre 2005, art. 1, qui renvoie aux NCSIAS, JU, Arrêté fixant les normes applicables en matière d'aide sociale du canton du Jura, RS cantonal n°850.111.1, 8 novembre 2005, art. 4, LU, Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°892, art. 31 al. 1, NE, Arrêté fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle du canton de Neuchâtel, RS cantonal n°831.02, 4 novembre 1998, art. 2, NW, Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe, RS cantonal n°761.11, 16 décembre 2014, art. 8, qui renvoie aux NCSIAS, OW, Obwalder Handbuch Sozialwesen, 1^{er} janvier 2019, art. B.2.1, qui renvoie aux NCSIAS, ni l'ordonnance, ni la loi ne précise le montant du forfait, SH, Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und soziale Einrichtungen, RS cantonal n°850.100, 28 octobre 2013, art. 25 al. 3, qui renvoie aux directives pour le calcul de l'aide sociale : SH, Schaffhauser Richtlinien

inférieur aux recommandations, de 977 francs (BE, GE et SG)¹³⁹⁷. Le canton de Vaud, lui était le seul à prévoir un montant supérieur de 1110 francs¹³⁹⁸. Il faut noter cependant que ce montant comprend un supplément d'intégration¹³⁹⁹. Ainsi, un certain consensus est visible sur un montant au moins égal à celui préconisé par les NCSIAS ce qui permet d'appuyer notre démonstration de l'exigence d'harmonisation dans ce sens.

b. Le régime applicable aux jeunes adultes

Les NCSIAS prévoient des dispositions particulières et différenciées selon l'âge des personnes bénéficiaires. Selon ces normes, le terme de jeune adulte s'applique à toutes les personnes entre dix-huit ans révolus et 25 ans révolus. Ces personnes sont, selon les NCSIAS, dans une situation particulière. Premièrement, le soutien matériel ne doit pas privilégier les jeunes adultes bénéficiaires face aux jeunes qui ne sont pas au bénéfice de l'aide sociale et qui disposent d'un revenu faible. Ensuite, il est attendu qu'en général les jeunes

für die Bemessung der Sozialhilfe, 1er janvier 2017, art. B.2.1, SO, Sozialgesetz, RS cantonal n°831.1, 31 janvier 2007, art.152 al.1, qui renvoie aux NCSIAS, SZ, Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe, RS cantonal n°380.111, 30 octobre 1984, art. A.1.2, qui renvoie aux NCSIAS et SZ, Schwyzer Handbuch zur Sozialhilfe, 2018, art. B.2.2, TG, Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°850.11, 15 octobre 1985, art.2a, qui renvoie aux NCSIAS, TI, Legge sull'assistenza sociale, RS cantonal n°871.100, 8 mars 1971, art.19 et 48, qui renvoient aux NCSIAS et aux Directives concernant les montants des prestations sociales : TI, Dipartimento della sanità e della socialità, Direttive riguardanti gli importi delle prestazioni assistenziali per il 2018, RS cantonal n°871.115, 16 mars 2018, art.1, UR, Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°20.3421, 29 septembre 1997, art.28 al.1, qui renvoie aux NCSIAS, VS, Loi sur l'intégration et l'aide sociale, RS cantonal n°850.1, 29 mars 1996, art.10 al.1, qui renvoie aux NCSIAS, complété par VS, Département de la santé, des affaires sociales et de la culture, Directive concernant le calcul du budget d'aide sociale, 1er juillet 2012, art.1.1, ZG, Verordnung zum Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°861.41, 20 décembre 1983, art.9 al.1, qui renvoie au NCSIAS, ZH, Verordnung zum Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°851.11, 21 octobre 1981, art.17 al.1, qui renvoie aux NCSIAS.

1397 Informations tirées du document : CSIAS, 2018b, p.1-3, et des bases juridiques cantonales suivantes : BE, Ordonnance sur l'aide sociale, RS cantonal, n°860.111, 24 octobre 2001, art.8 al.2, SG, Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°381.1, 27 septembre 1998, art.11, qui renvoie aux directives de la conférence saint-galloise de l'aide sociale KOS, SKOS-Richtlinien und Praxishilfe der KOS, art. B.2.2, et GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, 25 juillet 2007, art.2.

1398 Informations tirées du document : CSIAS, 2018b, p.1-3, VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art.22, renvoyant au barème du revenu d'insertion : VD, Barème du revenu d'insertion, Annexe 1 au Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise, 26 octobre 2005a.

1399 CSIAS, 2018a, p.5.

adultes vivent chez leurs parents. S'il existe des conflits insurmontables avec leurs parents, ils se doivent de chercher un logement plus avantageux qu'un ménage propre, c'est-à-dire dans une communauté de résidence d'intérêts. La tenue d'un ménage n'est permise qu'à titre exceptionnelle. De plus, pour les jeunes adultes, les mesures de formation et d'intégration sont prioritaires¹⁴⁰⁰.

Ainsi, selon le lieu de vie de ces jeunes, le montant du budget de l'aide sociale accordé varie. Les jeunes vivant dans des communautés de résidence et de vie de type familiale, c'est-à-dire chez leurs parents sont soutenus en vertu des principes sur la communauté de résidence et de vie¹⁴⁰¹. Ils touchent une quote-part du forfait pour l'entretien qui leur revient et sans montant pour le loyer, qui dans la mesure du possible est supporté en totalité par les parents¹⁴⁰². Les jeunes adultes vivant dans une communauté de résidence d'intérêts sont soumis à un régime différent pour leur entretien. Il s'agit des jeunes vivant par exemple en colocation ou dans une communauté d'étudiants. Ils sont soutenus par des montants définis pour les ménages de deux personnes, calculés pour une personne seule¹⁴⁰³. Leur forfait pour l'entretien est donc une quote-part du forfait sur la base d'un ménage de deux personnes, c'est-à-dire 763 francs en 2020.

Les jeunes adultes, s'ils sont autorisés pour des raisons *impérieuses* à tenir leur propre ménage, sont également soumis à un régime différencié. Le forfait ordinaire est réduit de 20% (789 francs en 2020) si la personne bénéficiaire ne participe pas à une mesure d'insertion professionnelle, n'exerce pas d'activité lucrative adéquate et si elle n'est pas en charge de ses propres enfants. En outre, si le jeune ou la jeune adulte ne remplit pas les conditions pour la tenue d'un ménage individuel, mais y vit malgré tout, il ou elle touchera le même montant que les jeunes vivant dans une communauté de résidence d'intérêts¹⁴⁰⁴. Dès lors, les jeunes ont non seulement des obligations différentes par rapport au lieu de vie, mais ne touchent pas les mêmes prestations au titre du forfait pour l'entretien.

De grandes différences sont visibles dans les cantons au niveau de l'application de ces normes et donc du montant du forfait pour l'entretien des jeunes adultes¹⁴⁰⁵. Vingt-quatre cantons suivent les recommandations de la

1400 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.4 et H.11.

1401 *ibid.*, art. B.4-1 et F.5ss.

1402 *ibid.*, art. B.4-1 et B.4-2.

1403 *ibid.*, art. B.4-2.

1404 *ibid.*, art. B.4-3.

1405 CSIAS, 2018a, p. 6.

CSIAS quant à l'âge de cette catégorie¹⁴⁰⁶. Un consensus est ainsi visible quant à l'âge des personnes soumises à ce régime spécifique ce qui pourra apporter un argument à une exigence d'harmonisation dans ce sens. Deux cantons étendent ces catégories aux personnes de 30¹⁴⁰⁷, voire même 35 ans¹⁴⁰⁸. Par rapport au montant, nous allons présenter uniquement le montant des jeunes adultes en ménage propre. Des différences sont également visibles, mais un consensus se détache quant aux montants recommandés par les NCSIAS qui sont suivis par dix-huit cantons (AG, AI, AR, BL, BS, FR, GR, JU, LU, NE, OW, SH, SO, SZ, UR, VD, ZG et ZH) et trois cantons recommandent un seuil très proche (BE, NW, SG)¹⁴⁰⁹. Une harmonisation pourra être argumentée par rapport à ce montant. Toutefois, cinq cantons prévoient des montants nettement inférieurs (GE, GL, TG, TI, VS)¹⁴¹⁰, allant même jusqu'à 457 francs pour Genève¹⁴¹¹ et 500 francs pour le Valais¹⁴¹².

2. Les frais de logement

Les frais de logement correspondent aux loyers locaux usuels et aux charges locatives du bail¹⁴¹³. Ce poste fait partie intégrante de la couverture des besoins de base au sens de l'art. B.3.3 NCSIAS¹⁴¹⁴. Les conditions locales et les charges locatives définies dans le bail et admissibles sur le plan légal sont prises en compte. En effet, pour appréhender les écarts régionaux entre les niveaux de loyer, les NCSIAS ne contiennent pas de recommandation chiffrée en franc, mais uniquement des recommandations de les plafonner en fonction de la taille du ménage¹⁴¹⁵. Pour ce faire, les cantons doivent recourir à une méthode de calcul matériellement justifiée¹⁴¹⁶.

1406 *ibid.*, p. 6, par exemple : VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art. 31 a. 2bis.

1407 TG, Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe, RS cantonal n°850.11, art. 2k.

1408 NE, Arrêté fixant les normes pour le calcul de l'aide matérielle du canton de Neuchâtel, RS cantonal n°831.02, art. 8a.

1409 CSIAS, 2018b, p. 1-4, par exemple : BL, Handbuch Sozialhilfrecht, 1^{er} janvier 2020a, art. 16, ou BE, Ordonnance sur l'aide sociale, RS cantonal, n°860.111, art. 8 al. 3.

1410 CSIAS, 2018b, p. 1-4.

1411 GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, art. 14 et 19.

1412 VS, Département de la santé, des affaires sociales et de la culture, Directive concernant le calcul du budget d'aide sociale, art. 1.5.

1413 CSIAS, 2019b, p. 1.

1414 CSIAS, 2018a, p. 7.

1415 *ibid.*, p. 7, CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.3-1.

1416 CSIAS, 2018a, p. 7.

À ce sujet, les législations divergent fortement d'un canton à l'autre, mais partout des contributions sont fournies par l'aide sociale pour alléger la charge des loyers¹⁴¹⁷. Certains cantons prévoient des plafonds pour les loyers. Par exemple, le canton Bâle-Ville plafonne la prise en charge des loyers par l'aide sociale à hauteur de 700 francs pour une personne seule et de 1'000 francs pour deux personnes. Les frais du contrat de bail sont également pris en charge dans ce canton¹⁴¹⁸. Le canton de Genève quant à lui le plafonne à hauteur de 1'100 francs pour une personne seule et jusqu'à 1'500 francs pour un groupe familial composé d'une ou de deux personnes et d'un enfant à charge¹⁴¹⁹. Le canton du Valais, quant à lui, plafonne les loyers selon des barèmes communaux¹⁴²⁰. Certains cantons prévoient des possibilités de prise en charge de loyer supérieur avec des limitations temporelles. Par exemple, le canton de Vaud prévoit la prise en charge d'un loyer supérieur pour la durée du bail, mais pour un an au maximum si le bail est plus long¹⁴²¹.

Il est important de souligner que ces normes ne devraient pas contrôler l'emménagement ou le déménagement des personnes à faible ressource¹⁴²². Or, ce n'est pas toujours le cas. Les frais de logement dans plus de quatorze cantons dépassent la limite des loyers fixés de manière significative. Selon une étude de la CSIAS, dans ces cantons, 15 à 30% des bénéficiaires de l'aide sociale doivent financer eux-mêmes les frais de logement dépassant les plafonds. De plus, dans quatre cantons entre 15 et 40% des bénéficiaires ont ainsi dû déménager. Cette proportion semble indiquer que les loyers fixés ne sont pas réalistes par rapport au marché du logement¹⁴²³. Dans douze cantons les loyers réels correspondent plus ou moins au plafond de l'aide sociale. Même s'il s'agit de moins de la moitié des cantons, nous pouvons conclure à la présence d'un degré intermédiaire de consensus au sens de notre critère factuel comme présenté au Chapitre 2. Une exigence d'harmonisation correspondant à ce consensus intermédiaire pourra être argumentée et ce d'autant

1417 *ibid.*, p. 7.

1418 BS, Unterstützungsrichtlinien des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt, art.10.4

1419 GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, art.3.

1420 VS, Département de la santé, des affaires sociales et de la culture, Directive concernant le calcul du budget d'aide sociale, art.3.2.

1421 VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art.22a.

1422 BECK, FUCHS, THOMA, OFAS et OFL, Programme national contre la pauvreté, Offres d'aide au logement pour les ménages vulnérables, Guide pour les cantons, les villes et les communes, 2018, p. 11.

1423 CSIAS, 2018a, p. 7.

plus si les droits cantonaux qui ne le suivent pas ne mettent pas en œuvre correctement les obligations internationales définies précédemment.

D'autres prestations sous conditions de ressources pour le loyer au niveau cantonal peuvent être présentées. Même si nous n'avons pas choisi de les traiter lorsque nous avons défini notre domaine de recherche, ce sont des prestations sous condition de ressources qui correspondent à notre définition posée au Chapitre 2, II. Comme elles ont un effet très bénéfique sur la réalisation du droit au logement, nous allons tout de même exposer brièvement quelques bonnes pratiques cantonales en matière d'aide au logement. Les cantons aident également les individus précarisés par des aides à la personne¹⁴²⁴, sous forme d'allocations spécifiques de logement¹⁴²⁵. Pour des exemples d'allocation de logement, certaines communes du canton de Vaud et du Tessin, comme Vevey ou Lugano ou les cantons de Bâle-Ville et Genève en prévoient¹⁴²⁶. Le canton de Genève octroie une allocation logement si le loyer d'un immeuble constitue pour le locataire une charge manifestement trop lourde, eu égard à son revenu et à sa fortune, et si un échange avec un logement moins onéreux ne peut se réaliser sans inconvénient majeur¹⁴²⁷. Le canton de Vaud prévoit également une aide au logement pour certains ménages autonomes financièrement, mais dont la charge locative est trop importante par rapport à leurs revenus¹⁴²⁸. Sans pouvoir conclure à un consensus, ces pratiques peuvent révéler des solutions intéressantes en matière de réalisation des droits humains. Nous y reviendrons dans la Section III lorsqu'il s'agira de présenter la portée de l'exigence d'harmonisation en la matière.

3. Les frais médicaux

La couverture des besoins de base est enfin constituée d'un poste pour les soins médicaux de base. Les soins médicaux de base de l'assurance obligatoire conformément à la LAMal font partie du minimum vital absolu et doivent être

1424 D'autres aides sont possibles, comme des subventions de logement sociaux ou des aides sous forme de conseil. Elles ne rentrent pas dans notre définition arrêtée au Chapitre 2, II.

1425 BECK, FUCHS, THOMA, OFAS et OFL, 2018, p. 9-10, CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur le Programme national donnant suite à la motion 14.3890 Groupe socialiste du 25 septembre 2014, Résultats du Programme national de prévention contre la pauvreté 2014-2018, 2018b, p. 30-31.

1426 BECK, FUCHS, THOMA, OFAS et OFL, 2018, p. 20ss.

1427 GE, Loi générale sur le logement et la protection des locataires, RS cantonal n°I 4 05, 4 décembre 1997, art. 49a.

1428 VD, Règlement sur l'aide individuelle au logement (RAIL), RS cantonal n°840.11.3, 5 septembre 2007, art. 1.

garantis dans tous les cas¹⁴²⁹. Il convient de préciser que l'aide économique à la couverture des primes d'assurance est principalement fournie par des instruments de réduction individuelle de prime¹⁴³⁰. Leur importance et leur nature varient d'un canton à l'autre. Ces primes ne sont pas considérées comme des prestations d'aide sociale¹⁴³¹. Cette prestation est prévue par le droit fédéral¹⁴³² et ne fait donc pas l'objet de la présente étude. Cependant, l'aide sociale conserve une importance pour les frais médicaux dans deux situations principales.

Premièrement, elle doit couvrir les primes restantes après déduction de la réduction individuelle et la franchise et les participations assumées par l'assuré¹⁴³³. Onze cantons ne couvrent pas entièrement la prime d'assurance maladie des personnes n'ayant pas les moyens de la payer (AG, AI, AR, BE, BL, FR, GL, LU, NW, SH, TI)¹⁴³⁴. Ainsi, dans ces cantons, l'aide sociale conserve une importance. Par exemple, Berne accorde aux bénéficiaires de l'aide sociale : « *une somme qui, ajoutée à la réduction ordinaire de leurs primes, correspond à la couverture intégrale de leurs primes d'assurance obligatoire des soins* »¹⁴³⁵. Certains cantons plafonnent la prise en charge des primes en rapport à la prime cantonale de référence comme à Genève. Il existe une exception pour les personnes dont la situation de santé nécessite des frais médicaux élevés, où la prime cantonale moyenne est alors prise en charge¹⁴³⁶. Pour un autre exemple, le canton de Vaud prend en charge les frais médicaux, lorsque le bénéficiaire n'est pas couvert par l'assurance-maladie obligatoire selon la LAMal ainsi que les franchises et participations aux soins médicaux et même les soins dentaires¹⁴³⁷. Deuxièmement, dans les cas où une personne à l'aide sociale n'est pas assurée, les frais de santé doivent, le cas échéant, être

1429 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.5-1.

1430 CSIAS, 2018ap.7.

1431 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.5-1, CSIAS, 2018a, p.7.

1432 Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), RS n°832.10, 18 mars 1994, art.65.

1433 CSIAS, 2019b, p.1, CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.5-2.

1434 CSIAS, 2018b, p.1-4.

1435 BE, Ordonnance sur l'aide sociale, RS cantonal, n°860.111, art.8h.

1436 GE, Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal n°J 4 04, 22 mars 2007, art.21a et 60 al.13, GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, art.4 et 43 al.5 à 7.

1437 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art.33, VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art.22 al.2.

pris en charge par l'aide sociale. Les personnes sans domicile fixe, par exemple, peuvent être concernées par le manque de couverture d'assurance maladie. L'aide sociale doit, selon les NCSIAS, prendre en charge leurs assurances. En cas de compétence contestée, le canton de séjour devrait être tenu de prendre en charge les primes d'assurances¹⁴³⁸.

Au vu de cette présentation, nous pouvons conclure qu'un consensus existe sur la prise en charge des frais médicaux non remboursés par l'assurance fédérale maladie ou des primes de cette assurance, même si les manières d'y arriver divergent. Lorsque nous déterminerons l'exigence d'harmonisation, ce consensus pourra apporter des précisions quant à la portée de cette exigence.

4. Les sanctions

Les sanctions mises en place pour garantir le respect des obligations des bénéficiaires ont une forte incidence sur la couverture des besoins de base. Les bénéficiaires de l'aide sociale ont l'obligation par exemple de renseigner et de collaborer, de diminuer le dommage, de rembourser ou encore de suivre des directives¹⁴³⁹. Par rapport à l'obligation de collaborer et renseigner, les cantons prévoient généralement pour les demandeurs de l'aide sociale des obligations de collaborer et de renseigner sur sa situation personnelle et financière¹⁴⁴⁰.

Certaines sanctions peuvent être prononcées comme le remboursement des prestations, la suspension ou la réduction des prestations, l'intervention d'inspecteurs sociaux voire même des sanctions pénales en cas de fraude¹⁴⁴¹. Ces sanctions peuvent être prévues sous la forme d'une réduction du forfait pour l'entretien de cinq à 30%¹⁴⁴². Les réductions de prestations doivent avoir une base dans la législation cantonale et répondre au principe de la proportionnalité. Elles doivent être prononcées sous forme d'une décision formelle et certaines garanties procédurales doivent être respectées¹⁴⁴³. De plus, le principe de la proportionnalité impose une sanction différenciée spécifique

1438 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.5-1.

1439 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 183-184.

1440 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art. 38 et 40, GE, Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal n°J 4 04, art. 32, VS, Règlement d'exécution de la loi sur l'intégration et l'aide sociale, 7 décembre 2011, art. 23 et 24.

1441 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 183-184, AVENIRSOCIAL, Les sanctions dans le domaine de l'aide sociale, La position d'AvenirSocial, Berne 2014, p. 3-4.

1442 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. A.8-3 et 4.

1443 *ibid.*, art. A.8-3.

au cas. Ceci implique de tenir compte des conséquences sur les autres personnes de l'unité d'assistance (comme les enfants), de l'ampleur du manquement et de prévoir une limite temporelle¹⁴⁴⁴. Vingt-quatre cantons suivent les recommandations de la CSIAS quant au montant maximal de la réduction de 30%¹⁴⁴⁵. Par exemple, le Canton de Vaud prévoit la possibilité de réduire de 15%, 25% ou 30% le forfait entretien¹⁴⁴⁶. Lucerne applique des réductions jusqu'à 35%¹⁴⁴⁷ et Schwyz jusqu'à 40%¹⁴⁴⁸. Un consensus est ainsi visible sur un montant d'environ 30% et pourra apporter des précisions quant à la portée de l'exigence d'harmonisation.

D'autres obligations liées au principe de subsidiarité peuvent entraîner des sanctions en cas de non-respect. Le principe de subsidiarité exige premièrement l'effort personnel, c'est-à-dire que la « *personne dans le besoin se doit d'entreprendre tout ce qui est en son pouvoir pour se sortir par ses propres moyens d'une situation critique* »¹⁴⁴⁹. Ces moyens comprennent, en particulier, l'utilisation du revenu ou de la fortune. Le TF a précisé récemment qu'« *il faut tenir compte des ressources qui sont immédiatement disponibles ou qui sont réalisables à court terme* »¹⁴⁵⁰. Ce qui n'est par exemple pas le cas d'un immeuble en communauté héréditaire¹⁴⁵¹. Deuxièmement, le bénéficiaire doit recourir aux prestations de tiers auxquelles il a droit¹⁴⁵². Dans le cadre de ces obligations, les bénéficiaires ont un devoir d'informer et de signaler, de diminuer le besoin d'aide qui comprend la recherche et la prise d'une activité lucrative appropriée, la contribution à l'insertion professionnelle et à l'intégration sociale et de réclamation de droits vis-à-vis de tiers¹⁴⁵³. Le non-respect de ces obligations peut entraîner des sanctions. Par exemple, les cantons prévoient l'obligation de tout mettre en œuvre pour retrouver l'autonomie

1444 *ibid.*, art. A.8-4, par exemple, les sanctions de 30% ne doivent être prévues que pour des manquements graves ou répétitifs et soumises à une période de six mois au maximum.

1445 CSIAS, 2018a, p. 11.

1446 VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art. 45.

1447 LU, Sozialhilfeverordnung (SHV), RS cantonal n°892a, 24 novembre 2011, § 14.

1448 SZ, Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe, RS cantonal n°380.111, § 5 al. 2.

1449 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, A.4.

1450 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 146 I 1, 6 février 2020, consid. 8.2.1.

1451 *ibid.*, consid. 8.3.

1452 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, A.4.

1453 *ibid.*, art. 5.2, *ibid.*, art. A.8-6.

financière¹⁴⁵⁴ notamment en adhérant à un contrat d'insertion¹⁴⁵⁵ ou projet d'insertion¹⁴⁵⁶. Ce type d'obligation peut entraîner dans cinq cantons des réductions jusqu'à concurrence du montant minimal prévu à l'art.12 Cst., voire même des suppressions de prestations (AG, BL, GE, GL, VS)¹⁴⁵⁷. Par exemple, le Valais prévoit une réduction maximale à concurrence de l'aide d'urgence¹⁴⁵⁸, tout comme le canton d'Argovie¹⁴⁵⁹.

B. Les prestations circonstancielles

Les prestations circonstancielles tiennent compte de la situation particulière économique, familiale et relative à la santé du ménage bénéficiaire de l'aide sociale. Il y a deux types de prestations circonstancielles. Les premières sont liées à un besoin particulier et les secondes sont dites d'encouragement et ont pour but de soutenir la réalisation d'un objectif¹⁴⁶⁰. Nous nous concentrons uniquement sur les premières au vu de leur lien avec la couverture des besoins de base.

Les prestations circonstancielles de couverture des besoins servent à prendre en compte des frais particuliers qui sans elles compromettraient la couverture de base des personnes soutenues. Ce sont, tout d'abord, les prestations liées à des dépenses dues à la maladie, à un handicap ou pour un autre exemple à la prise en charge des enfants. Les prestations liées à la maladie visent des frais qui dépassent les soins médicaux de base selon la LAMal, mais qui sont justifiés pour les cas individuels. Elles concernent les moyens auxiliaires, les aides, soins et assistance à domicile et les transports, les soins dentaires et les assurances complémentaires¹⁴⁶¹. Ensuite, d'autres coûts supplémentaires sont liés à la formation primaire¹⁴⁶², les frais particuliers des familles¹⁴⁶³, et autres frais liés aux situations particulières des personnes

1454 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art.40 al.2 VS, Règlement d'exécution de la loi sur l'intégration et l'aide sociale, art.23.

1455 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art.56, GE, Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal n°J 4 04, art.20.

1456 VS, Règlement d'exécution de la loi sur l'intégration et l'aide sociale, art.23 al.2.

1457 CSIAS, 2018a, p.11-12.

1458 VS, Règlement d'exécution de la loi sur l'intégration et l'aide sociale, art.43, VS, Loi sur l'intégration et l'aide sociale, RS cantonal n°850.1, art.19a al.6.

1459 AG, Sozialhilfe- und Präventionsverordnung, RS cantonal n°851.211, art.17e al.5 et 17i.

1460 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.C.1-1.

1461 *ibid.*, art.C.1-4.

1462 *ibid.*, art.C.1-5.

1463 *ibid.*, art.C.1-5.

concernées¹⁴⁶⁴. Par exemple, Genève prévoit la prise en charge des frais liés à un régime alimentaire particulier ou encore des frais de garde des enfants¹⁴⁶⁵. Le canton de Vaud aussi prévoit la couverture de frais hors forfait tels que relatifs à la santé ou relatifs aux enfants mineurs¹⁴⁶⁶. Ces prestations sont prévues par l'ensemble des cantons sauf un et sont, selon la CSIAS, incontestées et octroyées dans la plupart des cas¹⁴⁶⁷. Un consensus est ainsi clairement visible à leurs égards et pourra apporter des précisions quant à la portée de l'exigence d'harmonisation concernant les prestations circonstanciées.

C. L'obligation de remboursement

Pour finir cette section sur le droit cantonal relatif à l'aide sociale au sens strict, il faut mentionner la problématique du remboursement des prestations après que les bénéficiaires ont retrouvé une meilleure situation financière. Les NC-SIAS recommandent de ne pas introduire d'obligation de remboursement sur des revenus futurs provenant d'une activité lucrative. Si une telle obligation devait être prévue, elles recommandent une limite de revenu généreuse¹⁴⁶⁸. Vingt cantons suivent les recommandations de la CSIAS de limiter cette obligation en rapport avec le revenu disponible. Six autres utilisent leurs propres calculs avec des limites de revenus inférieurs (AI, AR, AG, BL, BS, SG)¹⁴⁶⁹. Par exemple, Vaud ne conditionne le remboursement qu'en présence de circonstances particulières par exemple lorsque le bénéficiaire entre en possession d'une fortune¹⁴⁷⁰ ou lorsqu'il reçoit rétroactivement d'autres prestations étatiques¹⁴⁷¹. En outre, 22 cantons ne soumettent pas les mineurs à cette obligation de remboursement et même 21 jusqu'à l'achèvement de leur

1464 Par exemple : assurance ménage et responsabilité civile, papiers d'identité, ameublement, déménagement ou séjours de repos : *ibid.*, art.C.1-9.

1465 GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, art. 5.

1466 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art.33, VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art.22 al.2 RLASV.

1467 CSIAS, 2018a, p. 9.

1468 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.E.3.1 et H.9.

1469 CSIAS, 2018a, p. 9-10.

1470 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art. 41.

1471 *ibid.*, art. 41 et 46, également le cas de Genève : GE, Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal n°J 4 04, art. 37.

formation initiale¹⁴⁷². On peut ainsi conclure à un consensus marqué quant à la limitation de l'obligation de rembourser, en particulier par rapport aux mineurs ce qui permettra de préciser la portée de l'harmonisation des droits cantonaux sur ce point.

III. La portée de l'exigence d'harmonisation en matière d'aide sociale au sens strict

Sur la base de cette présentation du droit cantonal, nous pouvons déterminer l'existence de l'exigence d'harmonisation. Celle-ci sera exigée lorsque les droits cantonaux présentés à la section précédente ne correspondent pas aux obligations internationales en matière de standards minimaux et d'interdiction de la discrimination. Nous avons précisé quels aspects de leur contenu normatif étaient importants pour notre recherche aux Chapitres 4 et 5. Nous pourrions, dans ces cas de mise en œuvre insuffisante du droit international, proposer des recommandations quant à la portée de l'exigence d'harmonisation à l'aide de ce contenu normatif. Les consensus cantonaux mis en évidence à la section précédente pourront préciser ces recommandations.

Premièrement, nous traiterons de l'accès aux prestations (Sous-section A), puis de leur montant (Sous-section B). Nous verrons que le montant recommandé est tout juste suffisant, voire trop faible pour garantir la mise en œuvre des droits humains. Au vu de cette affirmation, nous pouvons évoquer d'autres insuffisances des régimes cantonaux. Ainsi, la situation des jeunes adultes sera évoquée (Sous-section C). Ensuite, la prise en compte des loyers (Sous-section D) fera l'objet de discussion ainsi que la prise en charge des frais médicaux (Sous-section E). Dans une Sous-section F, le régime des sanctions sera abordé et enfin dans une dernière sous-section, nous aborderons les prestations circonstanciées.

A. Un accès suffisant aux prestations d'aide sociale

Nous l'avons vu au Chapitre 5, tant l'accès universel que l'objectif de réduction de la pauvreté sont des aspects des obligations minimales des États. Toutefois, en 2016, 7,5% c'est-à-dire 615'000 personnes, dont 108'000 enfants

1472 CSIAS, 2018a, p. 10, par exemple, BS va jusqu'à la fin de la formation initiale : BS, Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°890.100, § 17 al. 2 et 3, FR fixe une limite à 20 ans FR, Loi sur l'aide sociale (LASoc), RS cantonal n°831.0.1, 14 novembre 1991, art. 29 al. 3, enfin GE et VD ne connaissent pas de telles limites.

étaient concernées par la pauvreté¹⁴⁷³. En 2017, l'OFS a établi un taux de pauvreté avant transferts sociaux et montre le taux qui serait celui de la pauvreté s'il n'existait que les prestations de l'AVS en incluant les prestations complémentaires. Il se situait à près de 16%¹⁴⁷⁴. Cette persistance de la pauvreté après transferts pose notamment la question de l'accès aux prestations. Dans ce cadre, le taux de non-perception doit être mentionné. En 2005, l'OFS estimait que près de 28,2% des personnes en situation de précarité n'avaient sollicité aucune prestation publique (dont l'aide sociale) alors qu'elles y auraient eu droit. Et Caritas estimait le taux de non-perception entre 30 et 50%¹⁴⁷⁵. En 2018, FERI a déposé une interpellation à ce sujet au Conseil national et rappelait que selon une étude de 2016, le taux de non-perception de l'aide sociale dans le canton de Berne s'élevait à 26,3 % en moyenne¹⁴⁷⁶. Ainsi, une partie importante des personnes ayant droit à l'aide sociale ne la demande pas¹⁴⁷⁷. La plupart des 600'000 personnes en situation de pauvreté ne touchent pas de prestation de l'aide sociale, car sinon elles se situeraient au-dessus du seuil de pauvreté¹⁴⁷⁸. Nous sommes loin de l'accès universel au droit à la sécurité sociale préconisé par le droit international.

Une des raisons d'un tel taux, qu'il nous faut présenter ici en relation avec l'aide sociale au sens strict, tient dans le fait que l'obligation de rembourser peut être dissuasive. Par exemple, en 2017, une commune de Bâle a demandé à une mère célibataire ayant retrouvé un emploi, le remboursement des prestations d'aide sociale qu'elle avait touchées à hauteur de plus de 200'000 francs¹⁴⁷⁹. Ainsi, cette obligation peut restreindre la capacité de retour à l'autonomie financière des bénéficiaires¹⁴⁸⁰. Il est évident que de telles obligations de remboursement répondent à des intérêts publics comme celui de la réduction des coûts de l'aide sociale. Toutefois, même si une partie de ces montants semblaient injustifiés dans la cause précitée, on comprend bien l'intérêt à privilégier des prestations non remboursables. Les limites recommandées par la CSIAS quant au revenu déterminant pour remboursement ne semblent pas excessives au vu de l'importance qu'à cette obligation sur l'accès à l'aide sociale. Les six cantons prévoyant des limites inférieures rendent trop

1473 CONSEIL FÉDÉRAL, 2018b, p. I et 5-6.

1474 *ibid.*, p. 6.

1475 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 81.

1476 FERI, Interpellation n°18.4227, Aides sociales non sollicitées, 13 décembre 2018, (site web, dernière consultation le 4 juin 2020).

1477 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 81.

1478 *ibid.*, p. 81.

1479 20MIN, Une mère célibataire priée de rembourser 224'866 fr., 22 février 2018, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2019).

1480 CSIAS, 2018a, p. 9.

difficile de manière non raisonnable l'accès au système d'aide sociale. Une harmonisation semble exigée à leur égard pour permettre une mise en œuvre raisonnable du droit international. Cette affirmation vaut d'autant plus par rapport aux mineurs et jeunes adultes en formation initiale au vu de leurs besoins particuliers de protection. Aucun remboursement ne devrait leur être demandé et la Confédération devrait prendre des mesures à l'encontre des droits cantonaux le permettant afin d'obtenir une mise en œuvre raisonnable des obligations minimales et de celle en matière d'interdiction de la discrimination en vertu de l'âge. D'autres raisons tiennent à la stigmatisation des bénéficiaires de l'aide sociale en Suisse et à la complexité du système. Elles permettent d'avancer des arguments en relation avec les prestations pour famille. Pour cette raison, nous y reviendrons au chapitre suivant qui traite de ces prestations¹⁴⁸¹.

B. Des prestations indexées et au moins égales à la couverture statistique des besoins vitaux

Nous allons démontrer l'existence d'une harmonisation des lois cantonales quant au montant du forfait pour l'entretien de l'aide sociale au sens strict. Pour ce faire, nous évoquerons premièrement le contexte de la couverture du minimum social en Suisse et les possibles conséquences qu'elle entraîne sur les droits humains. Ceci nous permettra de conclure à l'importance d'un forfait pour l'entretien suffisant pour mettre en œuvre les droits humains. Ensuite, nous présenterons les insuffisances du forfait pour l'entretien à mettre en œuvre ces obligations, pour enfin conclure à une exigence d'harmonisation dans une dernière sous-section.

1. La couverture du minimum social en Suisse

S'agissant de la couverture du minimum social en Suisse, il faut avant tout avoir à l'esprit qu'elle ne peut être réduite à un simple montant. Elle est réalisée par un système global composé de différents niveaux (forfait pour l'entretien, frais de santé, frais de logement et prestations circonstancielles) ; ces niveaux étant interdépendants¹⁴⁸². En moyenne, en 2016 le montant versé en Suisse pour couvrir le minimum social des NCSIAS (en additionnant les frais nécessaires à la couverture des besoins de base ainsi que les prestations circonstancielles) était de 2'247 francs par mois pour une personne seule. Ce montant correspond au seuil de pauvreté absolue admis par le Conseil

1481 Comme ces caractéristiques de l'aide sociale permettent d'appuyer une obligation de prévoir les prestations pour famille, elles seront traitées au Chapitre 7, I, C, 2.

1482 CSIAS, 2017a, p. 9.

fédéral¹⁴⁸³. Or, nous l'avons vu au Chapitre 5, le CEDS préconise des prestations qui ne soient pas manifestement inférieures à 3'269 francs et dans tous les cas supérieures à 2'615 francs. Nous sommes donc loin en dessous de ces seuils. Nous avons retenu aussi des critères du CESCER exigeant des prestations capables de fournir un minimum vital ou un panier de produits essentiels pour garantir un niveau de vie suffisant, raisonnable et décent. Cependant, ces critères ne sont pas forcément remplis non plus par les montants de l'aide sociale en Suisse.

En effet, les prestations sont très basses comme nous avons pu le voir. Or, ces montants ont des conséquences sur les droits humains. S'agissant de la mise en œuvre du droit à un standard minimum de vie tel que défini au chapitre précédent, les personnes en situation de pauvreté n'en jouissent pas toujours. En 2018, 5,6% étaient en situation de privation matérielle¹⁴⁸⁴. C'est-à-dire qu'il leur manquait des biens de consommation élémentaires¹⁴⁸⁵. Plus grave, 2,1% étaient même en situation de privation matérielle sévère¹⁴⁸⁶.

Ensuite, des conséquences sont visibles par rapport au droit à l'alimentation. En 2010, plus de 5% des personnes en situation de pauvreté ne pouvaient pas prendre un jour sur deux un repas complet¹⁴⁸⁷. Ces personnes, à cause d'une pression financière constante, ont tendance à économiser sur des domaines importants comme la nourriture¹⁴⁸⁸. Des ONG suisses l'ont reconnu, vivre en situation de pauvreté implique que la nourriture devient une variable d'ajustement du budget de ces personnes. Les conséquences sur le droit à l'alimentation sont graves¹⁴⁸⁹. Par exemple, à Genève près de 13'000 personnes doivent recourir à la charité pour manger¹⁴⁹⁰.

1483 La pauvreté peut être mesurée en termes de pauvreté absolue. La notion de pauvreté absolue se réfère à un seuil de pauvreté basé sur le minimum vital permettant une vie socialement intégrée : SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 31SS, CONSEIL FÉDÉRAL, 2018b, p. 5.

1484 OFS, Privations matérielles, selon différentes caractéristiques socio-démographiques, En 2018, 2020e, (site web, dernière consultation le 9 mai 2020), p. 1.

1485 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 73-75 : les postes insuffisants, les plus souvent cités, ont trait au logement (mauvaise qualité du logement ou du quartier et retard de paiement sur le loyer) et aux vacances (impossibilité de s'offrir une semaine de vacances par année loin de chez soi).

1486 OFS, Privations matérielles, selon différentes caractéristiques socio-démographiques, En 2018, p. 1.

1487 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 73-75.

1488 *ibid.*, p. 123-131.

1489 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, Contributions pour la « List of Issues » de la société civile sur les obligations du gouvernement suisse en faveur du respect et de la protection des droits économiques, sociaux et culturels (DESC) dans le cadre du 4^{ème} rapport suisse sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Genève 2018, § 169.

1490 WINTER, CHATELANAT, LADOR, SCHNEGG, VUILLE, YOSEF et RÉSEAU REGARD, Évaluation Périodique Indépendante (EPI) des droits fondamentaux à Genève, Contribution de la société civile, Genève 2019, p. 99.

Pour le droit à la santé, il y a aussi des conséquences. Le CDE est préoccupé des coûts élevés de la santé en Suisse¹⁴⁹¹. Ces coûts de la santé deviennent même prohibitifs pour certains groupes de la population. Certaines personnes ne vont pas chez le médecin même si cela peut s'avérer nécessaire, faute de moyens suffisants¹⁴⁹². De plus, les personnes pauvres tombent plus souvent malades et meurent plus tôt¹⁴⁹³. Les conditions de vie et la position sociale ont une influence très marquée sur la possibilité d'adopter des comportements bénéfiques pour la santé. Plus le revenu est élevé, plus faible est la probabilité d'attraper une maladie chronique psychique ou physique. Ainsi, l'espérance de vie est liée au statut social¹⁴⁹⁴. D'ailleurs, selon le rapport social 2015 du canton de Berne, les personnes en situation de pauvreté jugent leur état de santé beaucoup plus mauvais que le reste de la population¹⁴⁹⁵.

Enfin s'agissant du droit des familles à rester ensemble, les liens familiaux sont menacés par les conditions de vie médiocres et la pauvreté. La famille de personnes pauvres est en effet exposée à l'éclatement. Les parents peuvent devoir travailler loin de leur famille, ou les enfants peuvent être placés¹⁴⁹⁶. De plus, le placement des enfants de parents pauvres est un phénomène préoccupant, mais néanmoins réel¹⁴⁹⁷. Or, les familles pauvres ont bien évidemment autant le droit d'élever leurs enfants que les gens plus riches¹⁴⁹⁸. Les enfants de familles en situation de pauvreté en Suisse font très fréquemment l'objet de mesures de placement dans des institutions ou auprès de famille d'accueil¹⁴⁹⁹. Ces pratiques ont été d'ailleurs courantes jusque dans les années 1980 en Suisse et ont touché selon Caritas plus de 100'000 enfants¹⁵⁰⁰. Le Conseil fédéral a d'ailleurs demandé pardon à ces personnes en 2013¹⁵⁰¹. Ensuite, il a institué

1491 Observations finales, Suisse, CRC/C/15/Add.182, 13 juin 2002c, § 44.

1492 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, 2018, § 173, RTS, Toujours plus de patients renoncent aux soins en Suisse, selon un sondage, 3 août 2017, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

1493 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 123-131, CARITAS, La pauvreté rend malade, 2009, p. 1. (site web, dernière consultation le 9 mai 2020), p. 1.

1494 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 123-131.

1495 CONSEIL EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE, Rapport social 2015, la lutte contre la pauvreté dans le canton de Berne, Berne 2015, p. 48.

1496 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 146-150.

1497 ROMAN, 2012, p. 101-102.

1498 GERDS, 2012a, p. 144.

1499 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, 2019b, § 150.

1500 CATH, Enfants placés : ATD Quart Monde a contribué au mea culpa de la Confédération, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

1501 ADMIN, Le Conseil fédéral demande pardon aux victimes des mesures de coercition à des fins d'assistance, 11 avril 2013, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

en 2014 une commission indépendante d'experts pour faire la lumière sur ces pratiques et confié un mandat de recherche au Programme national de recherche (PNR 76) sur les placements extrafamiliaux¹⁵⁰². Pour éviter de tels placements, des mesures doivent être prises comme des prestations d'aide sociale aptes à empêcher ces placements pour cause de pauvreté.

Au vu des réalités contextuelles suisses exposées ci-dessus, un forfait pour l'entretien suffisant est primordial pour la mise en œuvre des obligations internationales listées aux Chapitres 4 et 5 en particulier s'agissant du droit à des conditions de vie suffisantes, du droit à l'alimentation, du droit à la santé et du droit des familles à rester ensemble. Toutefois, des difficultés se posent par rapport à la capacité du forfait pour l'entretien de l'aide sociale au sens strict à mettre en œuvre les obligations internationales. Nous verrons dans la sous-section suivante plusieurs insuffisances du forfait pour l'entretien qui vont nous aider à conclure à l'existence d'une exigence d'harmonisations et à en définir la portée sur les droits cantonaux.

2. Les insuffisances du forfait pour l'entretien pour mettre en œuvre les obligations internationales de la Suisse

Il y a trois difficultés principales par rapport à la capacité du montant du forfait pour l'entretien à mettre en œuvre les obligations internationales qui permettront de conclure à l'exigence d'une harmonisation en Sous-section 3.

a. La valeur statistique des besoins vitaux est plus élevée

Premièrement, le montant du forfait est calculé sur les données des 10% des ménages aux revenus les plus faibles. Ainsi, seules les dépenses pour des biens et services de première nécessité sont prises en compte. Cependant, statistiquement la couverture des besoins vitaux des ménages suisses nécessite 1'082 francs, soit près de 100 francs de plus que le forfait recommandé¹⁵⁰³. La CSIAS note également que cette valeur de 1'082 francs est beaucoup plus élevée que l'actuel forfait pour l'entretien¹⁵⁰⁴. De plus, s'agissant des autres groupes de revenu, leur comportement ne se distingue que peu de celui du groupe de référence. En moyenne, ils ne dépensent que 350 francs de plus pour le panier d'achats à la base du forfait pour l'entretien. Cela montre que ce panier ne contient que des dépenses relatives à des besoins de base

1502 FONDS NATIONAL SUISSE DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, *Mise au concours PNR 76 Assistance et coercition – passé, présent et avenir*, 2017, p. 5.

1503 CSIAS, 2019a, p. 2, CSIAS, 2017a, p. 5, voir l'étude de l'OFS qui le constate : OFS, *Forfait CSIAS pour l'entretien*, Calcul actualisé par l'OFS, 2015, p. 9.

1504 CSIAS, 2019d, p. 4, CSIAS, 2019c, p. 4.

essentiels¹⁵⁰⁵. Ainsi, il n'existe aucune marge de manœuvre de réduction. Des économies substantielles sont impossibles au vu de la valeur statistique de référence de 1082 francs. En outre, des vêtements inadéquats renforcent l'exclusion sociale et la stigmatisation. Les enfants sont menacés en particulier d'être atteints dans leur santé et d'être exclus socialement à cause de ces montants¹⁵⁰⁶. Ainsi, le forfait pour l'entretien semble insuffisant. La CSIAS admet d'ailleurs que même si le forfait suffisait à assurer une existence dans la dignité humaine, il « *ne suffit que de justesse* »¹⁵⁰⁷.

b. Une méthode de calcul très restrictive

Deuxièmement, l'approche de la CSIAS est très restrictive. Elle part du principe que les personnes à faibles revenus sur lesquelles se basent les enquêtes disposent des moyens suffisants pour leurs besoins vitaux. Or, ce n'est pas forcément le cas. Le comportement de consommation n'est pas toujours une image réelle et fidèle de la couverture des besoins vitaux¹⁵⁰⁸. Selon la CSIAS avec laquelle nous sommes d'accord, la définition du groupe de la population à la base de l'enquête est une décision purement politique et non scientifique¹⁵⁰⁹. Il est intéressant de relever que la méthode de calcul du forfait pour l'entretien se basant sur le groupe de référence du 10% des revenus les plus faibles est très restrictive. Selon la CSIAS, cette référence est la valeur la plus faible d'un point de vue international¹⁵¹⁰. Il est également intéressant de comparer le montant du forfait pour l'entretien à d'autres minimaux légaux de survie en droit suisse. La couverture des besoins vitaux au sens des prestations complémentaires AVS/AI s'élève à 1621 francs et le minimum vital du droit des poursuites à 1'200 francs. Le montant recommandé par les NCSIAS est donc nettement le plus bas¹⁵¹¹.

c. La sous-évaluation des frais fixes

Troisièmement, comme l'ont expliqué la CSIAS et le bureau BASS dans plusieurs études et documents, les frais fixes ne peuvent pas être influencés par les personnes bénéficiaires. Nous pouvons nous fonder sur ces explications qui reposent sur des études concrètes et détaillées du forfait pour l'entretien. Il s'agit par exemple des frais d'électricité, de téléphone ou pour la concession

1505 CSIAS, 2019c, p. 4.

1506 CSIAS, 2019d, p. 4-6.

1507 CSIAS, 2019a, p. 1.

1508 CSIAS, 2019c, p. 2.

1509 *ibid.*, p. 2.

1510 CSIAS, 2019d, p. 3, CSIAS, 2019c, p. 3.

1511 CSIAS, 2019d, p. 4, CSIAS, 2019c, p. 5, CSIAS, 2019b, p. 2.

radio et TV. Un montant trop faible du forfait se répercute donc sur les montants disponibles pour la nourriture et les vêtements¹⁵¹². Ensuite, bon nombre de dépenses fixes à court terme ne sont pas comprises dans le budget de l'aide sociale¹⁵¹³. Or, souvent le seul moyen qu'ont les personnes tributaires de l'aide sociale de s'acquitter de ces frais est l'utilisation du forfait pour l'entretien¹⁵¹⁴. En outre, les dépenses de transports publics sont largement sous-estimées dans le montant fixé par la CSIAS et posent également un problème pour la garantie de la couverture des besoins de base¹⁵¹⁵. D'ailleurs, selon la CSIAS, les dépenses moyennes non contenues dans le budget de l'aide sociale des 10% des ménages au revenu le plus bas sont presque aussi élevées que le montant du forfait pour l'entretien. Le poste le plus important est les impôts ; seule une minorité des cantons exonèrent le minimum vital. Ensuite, les dettes alimentaires et les frais de transport ne sont pas pris en compte¹⁵¹⁶. Plus le montant de ces dépenses fixes non réductibles est élevé plus les économies dans d'autres domaines sont élevées et cela implique que les besoins vitaux sont encore moins couverts. De plus, le risque d'endettement augmente¹⁵¹⁷. L'endettement, lorsqu'il accompagne une situation de pauvreté, compromet encore davantage les possibilités d'intégration sociale et professionnelle de la personne ainsi que son accès à un logement¹⁵¹⁸.

Ces considérations montrent que le montant prévu par les NCSIAS semble insuffisant pour être considéré comme une mesure raisonnable au vu du noyau dur des obligations des droits humains définis au Chapitre 5. Ainsi, même les cantons respectant ce seuil peuvent violer les droits humains des personnes bénéficiaires de l'aide sociale résidant sur leur territoire. Nous pouvons sur cette base émettre deux recommandations quant à l'exigence d'harmonisation en rapport avec le montant du forfait pour l'entretien.

3. Synthèse : des prestations indexées et au moins égales à la couverture statistique des besoins vitaux

Tout d'abord, il faut évoquer la notion d'indexation. Nous l'avons vu, les montants de l'aide sociale doivent être indexés pour refléter le coût de la

1512 CSIAS, 2019a, p. 1.

1513 CSIAS, 2019d, p. 5, par exemple, des impôts d'années précédentes, des pensions alimentaires encore à payer, des taxes d'exemption du service militaire, des primes d'assurances non résiliables à court termes et des frais de loyer dépassant les limites fixées par les communes.

1514 *ibid.*, p. 5.

1515 *ibid.*, p. 5, CSIAS, 2019a, p. 2.

1516 CSIAS, 2019c, p. 6.

1517 *ibid.*, p. 6.

1518 CONSEIL FÉDÉRAL, 2018b, p. II.

vie¹⁵¹⁹. Ainsi, le montant du forfait pour l'entretien est déjà en dessous de ce qu'exige raisonnablement le noyau dur du droit à la sécurité sociale. Nous avons mis en évidence un consensus cantonal pour suivre au moins les montants préconisés par la CSIAS. Trois cantons ne le font pas (BE, GE et SG), car ils n'ont pas suivi le renchérissement des prix depuis 2013¹⁵²⁰. Ainsi, nous pouvons conclure qu'il convient au moins de l'adapter au renchérissement. Au vu de cette affirmation et du consensus cantonal, nous pouvons conclure que les pratiques législatives des cantons de BE, GE et SG ne correspondent pas à des mesures raisonnables mettant en œuvre le minimum des droits humains. La Confédération doit donc prendre des mesures de contrôle en vue d'une harmonisation en ce sens.

Ensuite, nous pouvons aller encore un peu plus loin. Nous pouvons conclure que le noyau dur des droits humains, sans exiger une augmentation pour atteindre le montant préconisé par le CEDS d'au moins 2'615 francs¹⁵²¹, exige raisonnablement une augmentation de 100 francs du forfait pour l'entretien pour atteindre le niveau des coûts statistiques des besoins de base. Cette obligation, tout en restant extrêmement minimale, permettra d'atteindre le seuil de couverture des besoins vitaux. Cette affirmation est d'autant plus importante pour les familles avec enfants au vu de la protection particulière dont elles jouissent. Le réseau d'information de Genève sur les activités relatives aux droits humains recommande également, en relation avec le droit à un niveau de vie suffisant de la Constitution genevoise, de réévaluer le forfait pour l'entretien pour tous, et en particulier s'agissant des enfants¹⁵²². Une exigence d'harmonisation doit être retenue pour un montant du forfait couvrant au moins les besoins statistiques des personnes bénéficiaires.

C. Une définition étroite de la catégorie des jeunes adultes et des restrictions de leur forfait pour l'entretien

Les conséquences liées à l'insuffisance du forfait pour l'entretien sont aggravées pour les jeunes adultes. En effet, l'entretien qui est déjà insuffisant se trouve considérablement réduit pour cette catégorie de personnes. Or, l'âge peut renforcer le risque de pauvreté dans différents contextes dont

1519 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 648, et par exemple : CESCR, Observations finales, Lituanie, E/C.12/1/Add.96, § 16.

1520 CSIAS, 2018a, p. 6.

1521 Ce montant prendrait de toute manière en compte l'ensemble des prestations sociales et pas uniquement le forfait pour l'entretien.

1522 WINTER, CHATELANAT, LADOR, SCHNEGG, VUILLE, YOSEF et RÉSEAU REGARD, 2019, p. 102.

notamment les jeunes adultes dont le taux d'aide sociale est nettement supérieur à la moyenne¹⁵²³. De plus, les jeunes adultes de dix-huit à vingt-cinq ans sont plus souvent tributaires de l'aide sociale que la population globale, avec un taux de 3,9% par rapport au taux global de 3,2%¹⁵²⁴. Pourtant, le CESCO souligne l'importance d'éviter toute discrimination à l'égard des femmes, des enfants et des adolescents¹⁵²⁵. Au titre de l'interdiction de la discrimination, des mesures plus protectrices devraient être mises en place. Même si une baisse des montants pour certaines personnes peut se justifier et entrer dans la marge d'appréciation des cantons, ces mesures doivent être limitées dans leurs conséquences au vu de ce principe.

Cette affirmation implique premièrement de retenir une définition étroite quant à l'âge de cette catégorie de personnes. Au vu du consensus cantonal qui retient la même définition que les NCSIAS, les cantons de Neuchâtel et de Thurgovie n'ont donc pas adopté des mesures raisonnables vis-à-vis de cette catégorie de personnes. Une obligation de prise de mesures en vue d'une harmonisation envers ces deux cantons à charge de la Confédération peut être soutenue. Deuxièmement, par rapport au montant, cinq cantons (GE, GL, TG, TI, VS) sont nettement en dessous des prescriptions des NCSIAS qui sont suivies par la plupart des cantons. Ceux-ci n'ont pas adopté des mesures raisonnables non plus au vu des exigences du droit international et une exigence d'harmonisation est également présente.

Ces conclusions sont confirmées par le fait que ce régime spécifique pour les jeunes adultes n'a été introduit qu'en 2015. Avant, ces personnes bénéficiaient selon les CSIAS du régime ordinaire¹⁵²⁶. À l'égard de ces personnes, l'instauration de ce régime plus restrictif peut s'apparenter à une mesure régressive. Certes, elle peut être justifiée par des raisons relatives à leurs situations spécifiques comme énoncées précédemment. Cependant, en l'état actuel des choses, on ne voit pas pourquoi certains cantons sont si restrictifs par rapport à d'autres. En effet, de telles mesures régressives doivent être particulièrement justifiées quand elles atteignent le noyau dur d'un droit. Or, on ne voit pas pourquoi à Neuchâtel des jeunes devraient vivre chez leurs parents jusqu'à 35 ans alors qu'ailleurs en Suisse uniquement jusqu'à 25 ans. De même, on ne comprend pas pourquoi il serait justifié de mettre en place pour des jeunes genevois un forfait près de deux fois inférieur à celui qui prévaut ailleurs.

1523 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 116-117.

1524 CONSEIL FÉDÉRAL, 2018b, p. 17.

1525 CESCO, Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art.14), E/C.12/2000/4, § 21-22.

1526 CSIAS, Révision des normes 2015, Mise en œuvre de la 1ère étape, Aperçu des normes CSIAS / ancien – nouveau, Berne 2015, p. 28-29.

D. Des plafonds pour les loyers correspondant aux loyers réels et un encouragement aux aides personnelles au logement

Nous avons vérifié que dans quatorze cantons les loyers réels dépassaient les plafonds fixés de manière significative. Cela pose plusieurs problèmes quant au respect des droits humains. Nous l'avons dit, le forfait pour l'entretien vise à couvrir différents postes de dépenses considérés comme vitaux. Or, en dehors de ces frais, les personnes à l'aide sociale doivent assumer beaucoup de dépenses non négligeables hors budget du forfait pour l'entretien, notamment les frais de logement. Ces loyers tombent même hors budget de l'aide sociale s'ils sont supérieurs aux loyers plafonnés par les aides sociales cantonales¹⁵²⁷. Donc en cas d'imprévu, elles se retrouvent vite face à des retards de paiements et risquent de devenir sans-abri¹⁵²⁸. Ceci a aussi deux autres conséquences. Premièrement un déménagement vers des cantons moins chers est parfois nécessaire¹⁵²⁹. Cette circonstance est d'autant plus renforcée par le fait que, selon la CSIAS, certains cantons ont pour pratique de supprimer les logements à loyers modestes dans ce but¹⁵³⁰. Or, selon les NCSIAS, *les normes édictées en matière de loyer ne doivent toutefois pas servir à piloter l'arrivée ou le départ de personnes économiquement faibles*¹⁵³¹. Deuxièmement, un financement de l'excédent de loyers à l'aide du forfait pour l'entretien¹⁵³² implique une réduction des dépenses pour d'autres besoins essentiels tels que l'alimentation¹⁵³³, à l'image des frais fixes précédemment exposés. Le paiement du loyer, qui est une charge conséquente, se fait aussi au détriment d'autres domaines, comme la formation, la santé ou les relations sociales ce qui peut aggraver l'exclusion sociale¹⁵³⁴. Cette circonstance est extrêmement problématique au vu du montant déjà insuffisant du forfait pour l'entretien.

Ainsi, le critère de la capacité de paiement qui suppose que le coût financier du logement pour les individus ou les ménages devrait se situer à un niveau qui ne menace ni ne compromette la satisfaction d'autres besoins

1527 CSIAS, 2019c, p. 4.

1528 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 131-133. Même si le nombre de personnes vivant dans la rue est bas en Suisse, selon Caritas.

1529 FREDRICH et CARITAS, Logement et pauvreté, Une analyse sur l'engagement des cantons, Lucerne 2014, p. 4.

1530 *ibid.*, p. 14.

1531 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. B.3-1.

1532 CSIAS, 2018a, p. 7.

1533 FREDRICH et CARITAS, 2014, p. 3.

1534 BECK, FUCHS, THOMA, OFAS et OFL, 2018, p. 5-6.

fondamentaux¹⁵³⁵ n'est manifestement pas rempli dans ces quatorze cantons. De plus, la liberté de choix du domicile des personnes à l'aide sociale n'est pas réalisée. En outre, le respect des autres critères arrêtés par le CЕССR pour évaluer la suffisance d'un logement est également compromis. Selon Caritas, la difficulté de trouver des logements abordables pour les revenus modestes, en particulier pour les bénéficiaires de l'aide sociale, provoque le regroupement de ces personnes dans des régions périphériques dotées d'un environnement moins favorable, alors que les personnes aisées se concentrent dans des quartiers plus agréables¹⁵³⁶. Cette concentration de gens défavorisés contribue à consolider les situations sociales problématiques¹⁵³⁷. De plus, la qualité de l'habitat en tant que telle est également touchée. Par exemple, les personnes précarisées souffrent plus souvent du bruit et de la pollution¹⁵³⁸ et vivent plus souvent dans des logements sombres et humides¹⁵³⁹. De plus, selon une étude réalisée par l'OFAS et l'OFL dans le cadre du Programme national de prévention et de lutte contre la pauvreté près de 13% des ménages en situation de pauvreté vivent dans des logements trop petits et 8% dans des logements de mauvaise qualité¹⁵⁴⁰. En résumé, selon le Conseil fédéral, les personnes en situation de pauvreté sont 83,5% à vivre dans des conditions insatisfaisantes de logement¹⁵⁴¹. Les personnes aux revenus modestes sont donc défavorisées par rapport à leur logement¹⁵⁴². De même, les enfants dans des situations de pauvreté vivent dans des conditions de logement inadaptées¹⁵⁴³.

Ces affirmations montrent l'importance des soutiens financiers aux individus en Suisse dans la réalisation de leur droit au logement. En effet, une étude de l'OFS et l'OFL sur l'approvisionnement en logements en Suisse montre qu'il faut pour soulager la charge trop élevée des coûts de logement sur les ménages pauvres mettre en place notamment une couverture de ces frais par l'aide sociale¹⁵⁴⁴. Même avec ces aides financières certains ménages ont des difficultés à trouver ou conserver un logement convenable¹⁵⁴⁵. Des

1535 CЕССR, Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23, § 8.

1536 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 132. GUGGISBERG, MÜLLER, CHRISTIN et OFS, Pauvreté en Suisse : concepts, résultats et méthodes, Résultats calculés sur la base de l'enquête SILC 2008 à 2010, Neuchâtel 2012, p. 31-32. FREDRICH et CARITAS, 2014, p. 4.

1537 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 133.

1538 *ibid.*, p. 132.

1539 GUGGISBERG, MÜLLER, CHRISTIN et OFS, 2012, p. 31-32.

1540 BECK, FUCHS, THOMA, OFAS et OFL, 2018, p. 6.

1541 CONSEIL FÉDÉRAL, 2018b, p. 31-32.

1542 FREDRICH et CARITAS, 2014, p. 4.

1543 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 2.

1544 CONSEIL FÉDÉRAL, 2018b, p. 31-32.

1545 BECK, FUCHS, THOMA, OFAS et OFL, 2018, p. 8.

mesures raisonnables et adéquates sont ainsi nécessaires en matière de soutien au logement pour garantir non seulement le droit au logement ou l'interdiction de la discrimination, mais également pour garantir les autres droits humains, comme le droit à l'alimentation qui peut être menacé par des loyers trop hauts. Dans ce contexte des plafonds trop bas par rapport aux loyers réels remettent en cause le caractère raisonnable de la prestation d'aide sociale. Le noyau dur des droits humains analysés exige ainsi raisonnablement la fixation de plafonds au niveau des loyers réels dans le canton ou la commune de résidence¹⁵⁴⁶. La Confédération devra prendre des mesures en vue d'une harmonisation face aux cantons qui ne respectent pas cette affirmation.

Enfin, nous pouvons rappeler brièvement que les aides aux logements hors aide sociale peuvent également contribuer à la réalisation du droit au logement et des autres droits humains. L'amélioration de la qualité des logements des personnes en situation de pauvreté peut passer également par des allocations logement¹⁵⁴⁷. À cet égard, le canton de Vaud, Genève ou la commune de Lugano offrent de bons exemples quant à la fourniture d'allocations spécifiques au logement. Même s'il est peut-être disproportionné de considérer qu'elles entrent dans le noyau dur du droit au logement, notamment au vu de l'absence de consensus cantonal en la matière, cette solution peut être considérée comme avant-gardiste au sens des degrés du critère factuel énoncé au Chapitre 2, I. Ces prestations révèlent également un aspect positif du fédéralisme sur la réalisation des droits humains : la possibilité d'innovation.

E. Une prise en charge des primes LAMal

Nous avons montré que les cantons étaient d'accord sur le principe de prendre en charge les primes LAMal et les frais non remboursés par cette assurance. Ainsi, nous pouvons conclure que les frais médicaux nécessaires à l'accès économique au noyau dur du droit à la santé doivent être couverts en Suisse. Des situations problématiques peuvent se présenter en rapport avec la couverture de ces frais médicaux : les cas de suspension des prestations de l'assurance maladie¹⁵⁴⁸.

1546 Le réseau d'information de Genève sur les activités relatives aux droits humains recommande la même chose s'agissant du respect du droit à un niveau de vie suffisant de la Constitution genevoise : WINTER, CHATELANAT, LADOR, SCHNEGG, VUILLE, YOSEF et RÉSEAU REGARD, 2019, p. 102, cf. également la formulation du CЕСSR mentionné au Chapitre 5 : les allocations logement « *reflètent fidèlement les besoins en la matière* » : CЕСSR, Observation générale n°4, Le droit à un logement suffisant, E/1992/23, § 8.

1547 CONSEIL FÉDÉRAL, 2018b, p. 31-32.

1548 DUPONT, 2020, p. 2113.

Par exemple, un Suisse malade du Sida s'était vu refuser le remboursement au motif d'être inscrit sur une liste noire de mauvais payeurs au sens de l'art. 64a al.7 LAMal¹⁵⁴⁹. Il était d'ailleurs décédé faute de traitement¹⁵⁵⁰. De même, à Saint-Gall, une femme enceinte s'était vu refuser le remboursement de son accouchement par la Caisse Maladie Assura au motif de son inscription sur une liste noire¹⁵⁵¹. Le Tribunal des assurances du canton a d'ailleurs considéré, contrairement à l'assurance, qu'un accouchement devait être remboursé même en présence d'une mère inscrite sur liste noire¹⁵⁵². Ces listes sont encore présentes dans sept cantons (LU, ZG, AR, SH, TH, SG, TI)¹⁵⁵³. Le canton de Thurgovie inclut même les mineurs dans sa liste¹⁵⁵⁴. Le Conseil fédéral a admis, à la suite d'une motion parlementaire déposée le 11 septembre 2019, que ces listes étaient contraires au droit à la santé en tout cas des enfants¹⁵⁵⁵. Dans un communiqué d'octobre 2008, SantéSuisse estimait que suite à la possibilité pour les assureurs de suspendre leurs prestations, 120'000 à 150'000 assurés sont de fait sans protection d'assurance¹⁵⁵⁶. L'abolition par la Confédération de ces listes est une ingérence trop forte dans l'autonomie cantonale selon le Conseil fédéral¹⁵⁵⁷. Toutefois, nous pouvons conclure que dans le domaine de l'aide sociale, il est indispensable pour les cantons de prévoir la prise en charge des primes LAMal et également lorsqu'elles sont demandées à titre de dettes aux assurés¹⁵⁵⁸ pour éviter ces suspensions. L'aide sociale

1549 Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), RS n°832.10, art. 64a al.7.

1550 KELLER, La mort d'un sidéen crée la polémique sur les listes noires, 24 heures : Suisse, 4 mai 2018, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020) et DUPONT, 2020, p. 2113.

1551 LE NOUVELLISTE, Assurance maladie: les frais d'accouchement doivent être remboursés aux assurés sur liste noire, 6 mai 2018, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

1552 TRIBUNAL DES ASSURANCES DU CANTON DE SG, KSchG 2017/5, 26 avril 2018, (site web, dernière consultation le 24 mai 2020), consid. 3.3.3.

1553 24 HEURES, Plus de liste noire pour les mauvais payeurs de primes, 11 septembre 2019, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

1554 GUIGNARD et HERTIG, Polémique sur des listes noires de mauvais payeurs incluant des enfants, 28 octobre 2019, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020) et GRAFLITSCHER, Question n°19.5420 déposée au Conseil national, Des enfants sur les listes des mauvais payeurs des primes de l'assurance-maladie. Sanctionner les enfants pour les problèmes de paiement de leurs parents?, 11 septembre 2019, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

1555 GRAFLITSCHER, Question n°19.5420 déposée au Conseil national, Des enfants sur les listes des mauvais payeurs des primes de l'assurance-maladie. Sanctionner les enfants pour les problèmes de paiement de leurs parents?

1556 Voir : BONUS, Communiqué – Suspension des prestations de l'assurance-maladie et subventionnement des primes : santésuisse demande une solution avec les cantons, octobre 2008, (site web, dernière consultation le 1^{er} avril 2020).

1557 BARRILE, Motion déposée au Conseil national, n°18.3643, Article 64a alinéa 7 LAMal. Abolition des listes noires, 15 juin 2018, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

1558 CONSEIL FÉDÉRAL, 2018b, p. 39.

doit prendre les personnes en charge si elles ne le sont pas d'une autre manière et cette obligation fait partie du noyau dur du droit à la santé en Suisse. Cette obligation doit être mise en œuvre particulièrement dans les cantons où des listes noires des mauvais payeurs sont prévues et une exigence d'harmonisation peut être retenue en ce sens.

F. Des sanctions plafonnées à 30% au maximum

Les sanctions à l'aide sociale sont censées répondre à des intérêts publics qui peuvent justifier des réductions de l'aide sociale. On pense par exemple à l'intérêt à dissuader la commission de potentiels abus ou à légitimer le fonctionnement des institutions d'actions sociales face à l'opinion publique. Ces justifications ne sont pas sans critiques et certaines études montrent qu'elles compliquent même l'intégration des personnes pauvres dans la société¹⁵⁵⁹. Nous n'allons pas nous arrêter là-dessus en détail. Cependant, nous pouvons affirmer au regard des droits humains que les sanctions ne doivent pas être trop importantes et qu'une exigence d'harmonisation les concernant doit être retenue. Nous allons examiner trois niveaux de sanctions maximales et leurs impacts respectifs sur les droits humains.

1. Les sanctions à hauteur de 30%

Ces sanctions ont une incidence considérable sur la couverture des besoins de base en tant qu'elles diminuent un forfait pour l'entretien déjà insuffisant pour les couvrir. Or, des réductions, et un montant trop faible du forfait se repercutent sur les montants disponibles pour la nourriture et les vêtements¹⁵⁶⁰. Selon la CSIAS, il n'existe plus de marge pour de nouvelles réductions¹⁵⁶¹. En effet, le panier de biens définissant le forfait n'inclut que des biens réellement nécessaires, la valeur statistique est de 1'082 francs et les frais fixes sont sous-estimés¹⁵⁶². Une réduction du forfait de 8% obligerait une famille avec deux enfants d'économiser sur la nourriture, les vêtements et les produits d'hygiène en ne laissant que sept francs par personne et par jour pour la nourriture. Une réduction de 30% ne laisserait que cinq francs. Selon la CSIAS, ces montants sont clairement insuffisants pour une alimentation équilibrée¹⁵⁶³. Le droit à l'alimentation et les autres droits humains sont clairement menacés par de telles sanctions.

1559 AVENIRSOCIAL, 2014, p. 5.

1560 CSIAS, 2019a, p. 1.

1561 *ibid.*, p. 2.

1562 CSIAS, 2019d, p. 4-6.

1563 *ibid.*, p. 4.

Ces menaces à la réalisation des droits humains sont encore plus présentes pour les enfants. En effet, selon la CSIAS, une réduction du forfait pour l'entretien est impossible sans nuire à la santé et sans dégâts sur l'intégration sociale à cause des coûts fixes impliquant une économie sur la nourriture et les autres produits vitaux. Ainsi une réduction du forfait pour l'entretien entraînerait des restrictions et des problèmes de santé dus avant tout à une alimentation malsaine en particulier chez les enfants¹⁵⁶⁴. Ces problèmes de santé ont notamment trait à l'obésité provoquée par une mauvaise alimentation. La protection des droits humains en particulier des enfants milite donc pour une limitation de l'étendue des sanctions sur le forfait pour l'entretien.

Ces affirmations nous amènent à douter du caractère raisonnable de sanctions de l'ordre de 30%. Toutefois, un consensus cantonal est présent pour ce niveau de sanction. Nous n'allons donc pas le remettre en cause, mais nous pouvons conclure que les sanctions doivent être limitées le plus possible. Ceci nous amène à discuter des sanctions à hauteur de l'aide d'urgence et des suppressions de prestations.

2. Les réductions à hauteur de l'aide d'urgence au sens de l'art. 12 Cst.

Les suppressions jusqu'à concurrence de l'aide d'urgence ont une incidence encore plus grave. Parmi les cantons prévoyant cette étendue de sanction, l'aide d'urgence est fixée à des montants différents. Par exemple, le Valais fixe le forfait d'entretien de l'aide d'urgence à un montant de dix francs par jour pour un adulte et de 6 francs par jour pour un enfant¹⁵⁶⁵. Lucerne la fixe à un montant de 7,5 francs par jour¹⁵⁶⁶. Bâle-Campagne fixe ce montant à douze francs par jours¹⁵⁶⁷. Ces montants sont fixés pour respecter la garantie minimale prévue à l'art. 12 Cst¹⁵⁶⁸. Ce montant est toutefois très faible. L'art. 12 Cst. est compris par la doctrine suisse comme ne prévoyant qu'une aide minimale sous la forme d'un filet de protection temporaire pour les personnes ne bénéficiant pas de la protection sociale ordinaire¹⁵⁶⁹ et couvrant notamment

1564 *ibid.*, p. 4-6.

1565 VS, Règlement d'exécution de la loi sur l'intégration et l'aide sociale, art. 13 al. 3, renvoyant à : VS, Département de la santé, des affaires sociales et de la culture, Directive concernant l'aide sociale pour les ressortissants étrangers, 11 décembre 2019, art. 3.2.2.

1566 AG, Sozialhilfe- und Präventionsverordnung, RS cantonal n°851.211, art. 17e al. 5 et 17i.

1567 BL, Unterstützungsrichtlinien des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt, 1^{er} janvier 2020b, art. 8.1.

1568 CSIAS, 2018a, p. 11-12.

1569 AUBERT et MAHON, 2003, p. 120, GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 8, BIAGGINI, Art. 12 Recht auf Hilfe in Notlagen, in : BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, (Füssli, édit.), Zurich 2017b, p. 193ss, § 2.

l'alimentation, les vêtements, le logement et les soins médicaux¹⁵⁷⁰. Le TF admet d'ailleurs que ce minimum est inférieur à celui d'autres législations prévoyant un minimum vital comme les poursuites et faillites ou les PC AVS/AI¹⁵⁷¹. Cet article reconnu avant son inscription dans la Constitution comme droit non écrit prévoit seulement « *ce qui est indispensable à l'existence humaine et permet d'éviter une mendicité indigne* »¹⁵⁷². Ainsi, nous sommes d'avis que ces montants sont manifestement inférieurs au noyau dur des droits internationaux analysés¹⁵⁷³ et ne correspondent manifestement pas aux exigences énoncées au Chapitre 5.

Nous pouvons citer plusieurs avis pour illustrer l'insuffisance de l'aide d'urgence. Par exemple, selon le Réseau d'information de Genève sur les activités relatives aux droits humains, avec des montants d'aide d'urgence, il « *devient difficile de se nourrir ou de s'habiller correctement, ou de participer à la vie en société* »¹⁵⁷⁴. De plus, la plateforme des ONG suisses pour les droits humains a dénoncé que le montant insuffisant de ces aides avait des impacts négatifs sur la santé physique et psychologique¹⁵⁷⁵. Même si des réductions de l'aide sociale se justifient pour éviter les abus¹⁵⁷⁶, il n'est pas raisonnable de prévoir une telle diminution au vu du montant déjà très faible du forfait pour l'entretien. C'est d'ailleurs l'avis du CESCO dans sa dernière Observation finale concernant la Suisse. Il a considéré en rapport avec les requérants d'asile que l'aide d'urgence ne permettait pas d'« *avoir accès à un niveau de vie suffisant* » et a recommandé à la Suisse de fournir une aide sociale en lieu et place de cette aide¹⁵⁷⁷. De plus, cette affirmation est confirmée par l'absence de consensus cantonal sur la question. Ainsi, des sanctions pour être raisonnables ne doivent pas excéder la limite maximale des 30% précédemment rappelée et une exigence d'harmonisation doit être retenue pour mettre en œuvre cette limite dans l'ensemble des cantons. Cette affirmation nous amène à un cas encore plus radical : la suppression totale.

1570 GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 5.

1571 AUBERT et MAHON, 2003, p. 120, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 122 I 101, 24 mai 1996a, consid. 4.

1572 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 122 I 101, consid. 2c.

1573 Du même avis au sujet du droit à un standard minimum de vie ou du droit à la santé en général : DUPONT, 2020, p. 2102.

1574 WINTER, CHATELANAT, LADOR, SCHNEGG, VUILLE, YOSEF et RÉSEAU REGARD, 2019, p. 94.

1575 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, 2019b, § 175.

1576 CSIAS, Contrôles et sanctions dans le cadre de l'aide sociale, Mesures d'assurance qualité et de prévention d'abus de l'aide sociale, Berne 2010, p. 2.

1577 CESCO, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 38-39.

3. Les suppressions totales

La doctrine estime en général que la faute du bénéficiaire ne devrait pas avoir d'incidence sur l'aide de l'art. 12 Cst¹⁵⁷⁸. Toutefois, la question par rapport au refus d'un travail convenable comme violation du principe de subsidiarité est plus complexe. Par exemple, MÜLLER L. estime que : « *[d]ass die Ursachen für die Notlage irrelevant sind, befreit den Einzelnen aber nicht davon, Massnahmen zur Beseitigung der Notlage zu treffen, wie z.B. durch Annahme einer zumutbaren Arbeit* »¹⁵⁷⁹. Cet auteur estime ainsi que dans le cas de refus de travail convenable une suppression totale de l'aide est possible¹⁵⁸⁰. MÜLLER J. P. estime lui qu'aucune situation d'urgence n'est présente lors d'un tel refus et que donc le droit fondamental ne s'applique même pas¹⁵⁸¹. Le TF également admet la possibilité d'une suspension ou suppression totale pour violation du principe de subsidiarité en cas de refus d'un travail convenable¹⁵⁸² ou d'un abus de droit manifeste¹⁵⁸³. Selon le Tribunal fédéral, de simples sanctions ne tiendraient pas suffisamment en compte le principe de subsidiarité¹⁵⁸⁴.

Certains auteurs ne sont pas d'accord avec cette jurisprudence et estiment qu'une aide devrait tout de même être prévue en cas de refus d'un travail convenable. Par exemple AMSTUTZ pense que « *[d]'un point de vue constitutionnel, le versement de prestations d'aide sociale dépend uniquement de la situation concrète actuelle de la personne. L'unique question à poser est de savoir si la personne dispose ici et maintenant des moyens nécessaires pour mener une existence digne* »¹⁵⁸⁵. D'autres auteurs estiment que les causes du manque de moyen, ainsi que le comportement potentiellement répréhensible des bénéficiaires ne doivent pas porter atteinte à la garantie minimale

1578 Voir aussi : GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 18, BIAGGINI, 2017b, § 4, MÜLLER, Art. 12, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014, § 18.

1579 MÜLLER, 2014, § 18.

1580 *ibid.*, § 20.

1581 MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3^e éd., Berne 2008, p. 779.

1582 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 218, 29 juillet 2013, consid. 3.3, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 130 I 71, consid. 4.3, TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 8C_787/2011, 28 février 2012, consid. 3.2.1.

1583 Pour le cas d'un retrait : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 122 II 193 ; JdT 1998 I 562, 24 mai 1996b, consid. 2c ee, pour le cas d'un refus : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 134 I 65 14 décembre 2007, consid. 5.1.

1584 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 690-691. TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 130 I 71, consid. 4.3.

1585 AVENIRSOCIAL, 2014, p. 2, AMSTUTZ, Anspruchsvoraussetzungen und -inhalt, in : Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen: menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekissen für Arbeitsscheue?, (Tschudi, édit.), Berne 2004, p. 17ss, p. 21.

de l'art.12 Cst¹⁵⁸⁶. Dans le même sens, MAHON, AUBERT ou PÄRLI estiment que comme le domaine de protection de l'art.12 Cst. se confond avec son noyau intangible, l'aide en cas de détresse de l'art.12 ne peut pas être réduite ni refusée même en cas de responsabilité du bénéficiaire¹⁵⁸⁷. Selon MAHON et AUBERT, les chambres fédérales auraient rédigé cet article dans ce sens¹⁵⁸⁸. En outre, SCHEFER est d'avis que les prestations minimales au sens de l'art.12 Cst. ne peuvent pas être retirées même si le bénéficiaire ne fait aucun effort pour trouver un emploi convenable¹⁵⁸⁹. Selon STUDER la suppression totale des prestations en cas de comportement fautif d'un bénéficiaire n'est pas raisonnable par rapport aux exigences du droit constitutionnel et du droit international des droits humains¹⁵⁹⁰. Selon une étude du Fonds national suisse de recherche qui a analysé en détail cette question, la suppression totale des prestations d'aide sociale entre en conflit avec la dignité humaine¹⁵⁹¹. Enfin, pour PÄRLI cela implique la fourniture d'une aide même en cas de refus d'un travail convenable. Il estime que cette situation n'est pas différente d'une indigence due à la faute d'un bénéficiaire¹⁵⁹². Nous sommes du même avis¹⁵⁹³ puisque de telles sanctions semblent manquer de raisonabilité au vu de la protection internationale des droits humains. Une exigence de prise de mesure de la Confédération doit être retenue en priorité face aux cantons prévoyant de telles sanctions. Nous pouvons désormais passer aux recommandations que nous pensons nécessaires pour la bonne mise en œuvre du droit international qui permettront de préciser la portée d'une exigence d'harmonisation dans le domaine des sanctions de l'aide sociale au sens strict.

4. Des sanctions raisonnables

Au vu de ces constatations, nous pouvons premièrement conclure que les lois cantonales en matière de sanctions semblent excéder le caractère raisonnable exigé par le droit international malgré le consensus cantonal sur un

1586 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 690, DUPONT, 2020, p. 2100.

1587 AUBERT et MAHON, 2003, p. 121, PÄRLI, 2004, p. 51ss.

1588 AUBERT et MAHON, 2003, p. 121, note de bas de page n°17.

1589 SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Berne 2001, p. 348-351.

1590 STUDER, Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit, Analyse der schweizerischen Praxis aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht, Thèse soutenue à l'Université de Bâle le 23 septembre 2020, A paraître, p. 380.

1591 STUDER, FUCHS, MEIER et PÄRLI, Travailler aux conditions de l'aide sociale, Rapport final, Bâle 2020, p. 50

1592 PÄRLI, 2004, p. 51.

1593 Qui est partagé par AvenirSocial: AVENIRSOCIAL, 2014, p. 6.

taux de 30%. Même si nous ne remettrons pas en cause ce montant, nous pouvons conclure sans difficulté que des sanctions plus étendues contreviennent au noyau dur des droits humains analysés et ne constituent pas des mesures raisonnables. De même, il est encore plus aisé de conclure à la non-conformité de suppression de l'aide sociale à concurrence de l'aide d'urgence en cas de violation du principe de subsidiarité. Cette affirmation est renforcée par le consensus cantonal de prévoir des sanctions à hauteur de 30% au maximum. Une exigence d'harmonisation doit être retenue pour un tel niveau de sanctions et la Confédération doit prendre des mesures de contrôle à l'égard des cantons s'en écartant.

L'analyse des anciennes versions des NCSIAS permet d'appuyer cette conclusion. Les NCSIAS précisaient à l'époque que : « *des sanctions supplémentaires [à 15%] constituent une atteinte au minimum vital absolu et ne sont dès lors pas admissibles* »¹⁵⁹⁴. Les NCSIAS ont donc été modifiées et ont revu le niveau du minimum vital absolu à la baisse. Cela demande une justification circonstanciée au vu de la présomption d'inadmissibilité des mesures régressives que nous avons expliquée au Chapitre 4, I, A, 2, b. Ainsi, même si une justification pourrait être apportée par les cantons pour une régression de 15 à 30%, il est douteux qu'ils parviennent à justifier des sanctions encore plus importantes.

G. Des prestations circonstanciées pour les charges liées aux besoins de base non couverts

Les prestations circonstanciées liées aux besoins de base sont indispensables. Les mêmes raisons que celles militant pour un forfait suffisant demandent un complément adéquat par ces prestations. Ces deux postes de l'aide sociale permettent ainsi en se complétant une couverture aboutie des besoins de base. De plus, en prenant en charge des frais de garde et en visant une meilleure conciliation entre travail et vie familiale, elles permettent de prendre en compte la situation particulière des familles¹⁵⁹⁵. De plus, les prestations liées à la formation¹⁵⁹⁶ et à la santé¹⁵⁹⁷ permettent une meilleure mise en œuvre des droits y relatifs. Ces prestations permettent d'appréhender une situation plus efficacement par rapport aux particularités du cas ce qui est conforme à nos méthodes d'interprétation et au principe d'individualisation

¹⁵⁹⁴ CSIAS, 2015, p. 17.

¹⁵⁹⁵ CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.C.1-6.

¹⁵⁹⁶ *ibid.*, art.C.1-5.

¹⁵⁹⁷ *ibid.*, art.C.1-8.

de l'aide sociale¹⁵⁹⁸. Selon les NCSIAS s'agissant des prestations complétant les besoins de base les autorités devraient avoir une marge d'appréciation très limitée, voire nulle¹⁵⁹⁹. Nous sommes du même avis. Cette affirmation est confirmée par le consensus cantonal sur la question. Le canton ne prévoyant pas de telles prestations commet une omission par rapport à la mise en œuvre du noyau dur des droits étudiés et une harmonisation est exigée de la part de la Confédération. Cette conclusion vaut particulièrement pour les frais de garde en Suisse, dont les coûts très élevés ont été dénoncés par le CDESCR. Il recommande à cet égard l'institution d'une allocation pour la garde d'enfants¹⁶⁰⁰ qui pourrait être prévue par le biais des prestations circonstanciées.

Cette section conclut notre Chapitre 6 sur les exigences d'harmonisation découlant du droit international en matière des lois cantonales d'aide sociale au sens strict. Nous pouvons désormais continuer l'analyse de ces exigences internationales en rapport avec nos autres prestations sous conditions de ressources dans le chapitre suivant.

1598 *ibid.*, art. A.4-1.

1599 *ibid.*, art. C.1-2.

1600 CDESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 41.

Chapitre 7 :

Les aides à la famille et à la formation :

régimes cantonaux et exigence d'harmonisation

Madame Harmonie ne perçoit pas de pension de la part de son ex-mari et fait partie de la catégorie de travailleurs appelés les *working-poor*. Elle a en tête les obligations minimales des cantons présentées au Chapitre 5. Elle désire s'établir dans un canton respectueux de ses droits. Ce chapitre va s'attaquer aux mêmes questions que celles posées au début du chapitre précédent, mais au sujet des prestations spécifiques pour familles et aux prestations en matière d'éducation.

Ce chapitre est divisé en deux sections. La première traite des prestations d'aides à la famille et la deuxième de celles en matière d'aides à l'éducation et à la formation.

I. Les aides à la famille : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation

Dans le domaine des prestations sous condition de ressources que nous avons choisies concernant la protection des familles, il y a deux instruments intéressants qui peuvent servir de base à la comparaison des régimes cantonaux pour analyser une éventuelle exigence d'harmonisation. Nous allons premièrement les présenter (Sous-section A), puis analyser les régimes cantonaux (Sous-section B). Pour terminer, il s'agira de préciser la portée de l'exigence d'harmonisation dans ce domaine (Sous-section C).

A. Les documents harmonisateurs en matière d'aides à la famille

1. Les recommandations CDAS et le modèle CSIAS en matière de PCfam

En matière de PCFam¹⁶⁰¹, les recommandations de la CDAS et le cadre de la CSIAS sont les plus importants. La CDAS a été chargée, au début des années 2000, d'élaborer des éléments pour venir en aide aux familles à faibles revenus. Elle a convié le bureau BASS à mener une étude sur la question. En 2003, le rapport du bureau BASS a été présenté à la CDAS¹⁶⁰². La CDAS a conclu sur cette base que les PCFam pour les familles à faibles revenus pourraient être une aide efficace à étendre à l'ensemble du territoire. Suite à la suspension d'un projet de loi au niveau fédéral pour une introduction des PCFam, la CDAS a décidé, en 2009, d'élaborer des recommandations sur la conception des PCFam au niveau cantonal pour soutenir les projets législatifs cantonaux¹⁶⁰³.

La CSIAS a également élaboré un modèle en la matière et a identifié cinq points clefs. Elle aussi a considéré que les PCFam étaient depuis longtemps à l'agenda politique comme une solution à la pauvreté des familles. Elle a procédé à un examen approfondi de cette institution qu'elle considère comme un instrument central de lutte contre la pauvreté¹⁶⁰⁴. Elle a élaboré un instrument de travail pour conseiller les cantons¹⁶⁰⁵.

2. Les recommandations de la CDAS relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien

En 2013, la CDAS a émis des recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien¹⁶⁰⁶, dans lesquelles elle soulignait le phénomène de plus en plus présent en Suisse, celui des familles monoparentales en raison de l'augmentation des divorces. Elle précisait que les enfants et les femmes faisant partie de ce type de familles étaient particulièrement exposés à la pauvreté. Elle rappelait que pour ces familles, l'avance sur contribution d'entretien était particulièrement importante pour garantir un standard minimum de vie¹⁶⁰⁷.

1601 Pour l'explication de cette institution, voir le Chapitre 2, II, C, 2.

1602 BASS, Mesures pour apporter un soutien ciblé aux familles ne disposant que de faibles revenus, Rapport à l'attention de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), Berne 2003, p. 5.

1603 CDAS, 25 juin 2010, p. 8.

1604 CSIAS, 2011b, p. 3.

1605 *ibid.*, p. 3.

1606 Pour l'explication de cette institution, voir le Chapitre 2, II, C, 3.

1607 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 6.

B. Les régimes juridiques de droit cantonal

Dans cette sous-section, nous allons analyser les régimes cantonaux à l'aide des documents présentés en matière de PCFam (Sous-section 1) et d'ACE (Sous-section 2). Ces recommandations¹⁶⁰⁸ et ce modèle peuvent servir de base de comparaison des droits cantonaux à l'image des NCSIAS étudiées précédemment pour l'aide sociale au sens strict.

1. Les prestations complémentaires pour familles

À l'heure actuelle, seuls quatre cantons prévoient des PCFam : Soleure, Vaud, Genève et le Tessin. Le Tessin a été le pionnier dès 1997, suivi par Soleure en 2010, puis Vaud en 2011 et enfin Genève en 2012¹⁶⁰⁹. Ces régimes cantonaux ont tous été développés en référence au modèle tessinois, mais en différent sensiblement¹⁶¹⁰. S'agissant des autres cantons, des interventions parlementaires s'intéressant aux PCFam ont été déposées dans dix-sept cantons entre 2006 et 2014¹⁶¹¹. Outre ces volontés cantonales, les PCFam ont également fait l'objet d'initiatives au niveau fédéral. Cependant, en 2011, les initiatives parlementaires 00.436 FEHR et 00.437 MEIER-SCHATZ « *Prestations complémentaires pour des familles. Modèle tessinois* »¹⁶¹² ont été classées¹⁶¹³. En 2013, une motion n°13.3351 « *Les prestations complémentaires pour les familles. Un moyen de lutter contre la pauvreté* » a été déposée par FERI au Conseil national, mais a ensuite été classée sans suite le 5 mars 2015. À cette occasion, le Conseil fédéral a rappelé qu'il entendait privilégier son soutien pour des actions cantonales¹⁶¹⁴.

À l'aide des documents de la CDAS et de la CSIAS, nous avons identifié trois points pertinents pour notre analyse des régimes cantonaux qui font l'objet des sections suivantes.

1608 *ibid.*, p. 10, qui précise qu'elles sont comprises comme des standards minimaux. Ce qui correspond à notre démarche.

1609 CSIAS, 2011b, p. 3, voir aussi sur ce sujet : DUPONT, 2020, p. 2096.

1610 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 43-44.

1611 CSIAS, Prestations complémentaires pour familles, Vue d'ensemble du processus politique dans les cantons, Berne 2014.

1612 FEHR, Initiative parlementaire n°00436, Prestations complémentaires pour des familles. Modèle tessinois, déposée au Conseil national, 18 septembre 2000, (site web, dernière consultation le 24 janvier 2020) et MEIER-SCHATZ, Initiative parlementaire n°00437, Prestations complémentaires pour des familles. Modèle tessinois, déposée au Conseil national, 19 septembre 2000, (site web, dernière consultation le 24 janvier 2020).

1613 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 21, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 43.

1614 FERI, Motion n°13.3351, Les prestations complémentaires pour les familles. Un moyen de lutter contre la pauvreté, déposée au Conseil national, 17 avril 2013, (site web, dernière consultation le 24 janvier 2020).

a. La prise en compte de l'activité lucrative

Premièrement, l'existence d'une activité lucrative est liée à l'octroi des prestations complémentaires. En effet, les objectifs de ces prestations sont de renforcer et ainsi soutenir les familles à faibles revenus et prévenir et lutter contre la pauvreté des familles. Ces prestations ne s'adressent donc normalement qu'aux familles en situation de précarité exerçant une activité lucrative (des *Working poor*)¹⁶¹⁵. Deux manières principales sont mises en place par les cantons pour tenir compte de l'exigence de l'activité lucrative : un revenu minimal ou une activité comme condition du droit ou un revenu hypothétique en rapport avec le montant des prestations¹⁶¹⁶. Par exemple, Soleure conditionne l'attribution de la PCFam à un revenu minimal (SO)¹⁶¹⁷. Le Tessin prévoit, pour les familles biparentales, de calculer les prestations à l'aide d'un revenu hypothétique¹⁶¹⁸. Vaud fait de même pour toutes les familles¹⁶¹⁹. Finalement, Genève combine ces conditions¹⁶²⁰.

b. L'âge des enfants

Deuxièmement, l'âge des enfants joue un rôle important pour l'octroi des prestations. La CDAS recommande que les prestations pour famille soient versées au moins jusqu'à l'âge de six ans avec un possible échelonnement en fonction de la fourchette d'âge des enfants pour éviter un arrêt abrupt de celles-ci¹⁶²¹. Par exemple dans le canton de Vaud, de six à seize ans, les prestations ne couvrent plus les besoins de la famille, mais uniquement ceux de l'enfant¹⁶²². Par exemple au Tessin, les prestations couvrent les besoins de base de la famille de zéro à trois ans puis uniquement les besoins de base de l'enfant de quatre à quinze ans¹⁶²³. Les prestations ne sont accordées

1615 CDAS, 25 juin 2010, p. 11-12, CSIAS, 2011b, p. 5.

1616 CDAS, 25 juin 2010, p. 13, CSIAS, 2011b, p. 5.

1617 SO, Sozialgesetz, RS cantonal n°831.1, § 85bis.

1618 TI, Legge sugli assegni di famiglia, RS cantonal n°856.100, 18 décembre 2008, art. 52 al. 2 et 3.

1619 VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, 23 novembre 2010, art. 11 al. 2.

1620 GE, Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, 25 octobre 1968, art. 36a al. 1 let. c et 36e al. 2.

1621 CDAS, 25 juin 2010, p. 16-17.

1622 *ibid.*, p. 16-17, VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art. 9.

1623 CDAS, 25 juin 2010, p. 16-17, TI, Legge sugli assegni di famiglia, RS cantonal n°856.100, art. 48 et 53.

que jusqu'à six ans à Soleure et à Genève, jusqu'à vingt-cinq ans s'il est en formation¹⁶²⁴.

c. Le calcul des besoins vitaux

Troisièmement, la CDAS et la CSIAS recommandent, s'agissant de la couverture des besoins vitaux, un calcul similaire aux PC AVS/AI. Tous les cantons le font de manière similaire avec quelques différences¹⁶²⁵. Par exemple, le canton de Vaud renvoie aux PC AVS/AI tout en laissant la possibilité au Conseil d'État de réduire ces montants de 15%¹⁶²⁶. Genève prévoit également un calcul basé sur les PC AVS/AI et ajusté à l'aide d'un coefficient¹⁶²⁷.

Ensuite, dans le cadre des dépenses reconnues, la CDAS et la CSIAS estiment que les frais de garde doivent être reconnus comme dépenses et remboursés¹⁶²⁸. C'est le cas par exemple dans le canton de Vaud s'ils ont un lien de causalité direct avec l'activité lucrative¹⁶²⁹. Les frais de garde sont également pris en compte à Soleure jusqu'à 6'000 francs au maximum¹⁶³⁰ et à Genève jusqu'à 6'300 francs¹⁶³¹.

2. Les avances sur contributions d'entretien

Tous les cantons prévoient des avances pour l'entretien de l'enfant alors que seulement quelques-uns l'ont fait pour les conjoints (notamment les cantons romands et le canton de Zoug)¹⁶³². Ces systèmes d'avances varient de manière significative entre les cantons quant aux conditions de revenu et de fortune

1624 SCHLANSEY et OFS, 2017, p. 21, GE, Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, art.36a, SO, Sozialgesetz, RS cantonal n°831.1, §85bis al.1 let.b.

1625 CDAS, 25 juin 2010, p.18, CSIAS, 2011b, p.12, c'est le cas du canton de Vaud: VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art.10.

1626 VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art.10 al.1 let.a.

1627 *ibid.*, art.38b al.2.

1628 CDAS, 25 juin 2010, p.18, CSIAS, 2011b, p.18.

1629 VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art.14.

1630 SO, Sozialgesetz, RS cantonal n°831.1, §85quinquies, al.iter.

1631 GE, Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, art.36g al.4.

1632 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 7, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 37, THOMET et BFEG, La protection sociale du travail de care non rémunéré, Les besoins d'adaptation de l'État social liés à l'évolution du partage du travail entre femmes et hommes, Berne 2012, p. 101.

à remplir, aux modes de calcul du montant et la durée du versement¹⁶³³. Nous nous concentrerons par la suite sur ces points, qui se recoupent avec ceux identifiés par le Conseil fédéral comme devant en particulier faire l'objet d'amélioration¹⁶³⁴. Comme les recommandations de la CDAS se concentrent sur l'ACE pour enfant¹⁶³⁵, nous ferons de même dans cette thèse. Nous analyserons premièrement les conditions d'accès, puis les montants des ACE pour finir par la durée de leur versement, parce que ceci nous permettra d'avoir une bonne idée du droit cantonal applicable en la matière.

a. Les conditions d'accès

S'agissant des conditions d'accès, le Conseil fédéral estime que les seuils de besoins fixés sont peu clairs¹⁶³⁶. Deux choses sont à mentionner quant aux conditions d'accès aux ACE. Il s'agit premièrement du délai de carence. Deuxièmement, le conditionnement de ces prestations au statut du droit des étrangers doit être mentionné. Ces solutions sont respectivement suivies par 24 et 23 cantons¹⁶³⁷. Seuls Genève et le Valais prévoient un délai de carence. Ces cantons prévoient qu'afin de bénéficier des avances, le parent doit être domicilié dans le canton depuis un an au moins¹⁶³⁸. Alors que par exemple Vaud prévoit le domicile dans le canton sans aucun délai¹⁶³⁹. Ensuite, trois cantons (AI, BL et GR) font dépendre le droit au versement des ACE pour les enfants qui n'ont pas la nationalité suisse ni d'autorisation d'établissement du statut du droit des étrangers des parents¹⁶⁴⁰. Un consensus cantonal est ainsi visible

1633 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 8, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 37.

1634 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 3-4 et 31, le CF admet d'ailleurs que ces éléments clefs permettent de fonder la comparaison intercantonale.

1635 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 10.

1636 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 3-4.

1637 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 11-12, seuls GE et VS prévoient un délai de carence. Seuls AI, BL et GR établissent un régime différent pour enfants étrangers. C'est aussi l'avis du CF : CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 43-44.

1638 GE, Loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (LARPA), RS cantonal n°E 125, 22 avril 1977, art. 8, VS, Loi sur le recouvrement des pensions alimentaires et le versement d'avances, RS cantonal n°850.3, 13 novembre 1980, art. 9.

1639 VD, Loi sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires (LRAPA), RS cantonal n°850.36, 10 février 2004a, art. 5.

1640 GR, Verordnung über die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für unterhaltsberechtigter Kinder, RS cantonal, n°215.050, 31 mai 1986, art. 7 al. 1 let. e (pour les enfants sans autorisation d'établissement), BL, Verordnung über die Bevorschussung und die Vollstreckungshilfe für Unterhaltsbeiträge (BVV), RS cantonal, n°850.12, 25 septembre 2001b, § 2 al. 1 let. c.

pour des conditions d'accès étendues à ces prestations, sans délai de carence et sans traitement différent pour les étrangers. Ce consensus permettra de préciser la portée de l'éventuelle exigence d'harmonisation que nous analyserons en Sous-section C.

b. Le montant des avances

Le montant de ces prestations est très variable d'un canton à l'autre¹⁶⁴¹. Par rapport au montant des avances, deux points d'intérêts sont à mentionner : le montant maximal et le montant minimal.

(i) *Le montant maximal*

Quant au montant maximal, seize cantons le fixent par rapport à celui de la rente d'orphelin simple maximale de l'AVS de 948 francs par mois¹⁶⁴² alors que dans les dix autres (FR, GE, GR, JU, NE, SO, TI, VD, VS, ZG), le montant maximal varie. Il est soit inférieur soit supérieur au montant de la rente d'orphelin¹⁶⁴³. Neuchâtel est très généreux et fixe une limite à 2000 par mois par contribution¹⁶⁴⁴. Certains de ces dix cantons fixent des montants variables en fonction du nombre d'enfants (VS, ZG). Le canton de Vaud fixe l'ACE à 940 francs pour le premier enfant, 705 pour le deuxième, 470 pour le troisième et 235 pour le quatrième et suivants¹⁶⁴⁵. Zoug est plus généreux pour le premier et le deuxième enfant avec un montant de 1'070 francs par mois qui baisse aux deux tiers de ce montant pour le troisième et le quatrième enfant et au tiers pour les suivants¹⁶⁴⁶. Le Jura est moins généreux. Il fixe un montant de 738 francs pour les deux premiers enfants, montant qui baisse à 492 francs pour les troisième et quatrième. Il atteint 246 francs pour les suivants¹⁶⁴⁷. Le Valais fixe un montant variable allant de 250 francs à 550 en fonction du

1641 HOFER et OFS, 2006, p. 30.

1642 CENTRE D'INFORMATION AVS/AI et OFAS, Rentes de survivants de l'AVS, État au 1^{er} janvier 2020, 2019, p. 8, par exemple, TH : TG, Gesetz über die Inkassohilfe für familienrechtliche Unterhaltsbeiträge und die Bevorschussung von Kinderalimenen, RS cantonal n°836.4, 7 mars 2007, § 7 al. 2.

1643 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 18.

1644 NE, Arrêté concernant le recouvrement et l'avance des contributions d'entretien (ARACE), RS cantonal, n°213.221.1, 8 juin 1998, art. 6.

1645 VD, Règlement d'application de la loi du 10 février 2004 sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires (RLRAPA), RS cantonal n°850.36.1, 10 février 2004b, art. 7.

1646 ZG, Gesetz über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz), RS cantonal, n°213.711, 29 avril 1993, § 4.

1647 JU, Ordonnance concernant l'avance et le versement provisionnel de contributions d'entretien, RS cantonal, n°851.11, 5 décembre 2000, art. 8.

revenu imposable du parent¹⁶⁴⁸. Le canton des Grisons fixe le montant maximal à 736 francs par enfant et par mois¹⁶⁴⁹. Soleure fixe ce montant à la moyenne des rentes pour orphelin maximales et minimales soit 711 francs par mois¹⁶⁵⁰. Le Tessin quant à lui fixe une limite à 700 francs par enfant¹⁶⁵¹. Genève fixe un montant plus bas de 673 francs par enfant et par mois¹⁶⁵². Fribourg prévoit un montant encore plus bas de 400 francs par mois par enfant¹⁶⁵³.

Avec seize cantons fixant un montant égal à la rente maximale pour orphelin et Neuchâtel fixant un montant plus généreux, on peut identifier un consensus de plus de la moitié des cantons sur un montant de 948 francs par mois et par enfant au moins. Lorsque nous analyserons l'éventuelle exigence d'harmonisation en Sous-section C, ce consensus pourra nous fournir des précisions utiles quant à sa portée.

(ii) *Le montant minimal*

Les recommandations de la CDAS ne traitent pas du montant minimal. En effet, la question du minimum des ACE est liée au droit civil. Une créance d'entretien se fonde sur un titre d'entretien exécutoire défini par ce droit¹⁶⁵⁴. Or, il arrive que le minimum vital de l'enfant ne soit pas respecté, notamment lorsque le parent débiteur n'a pas les moyens financiers suffisants. Cela tient au fait que le minimum vital du droit des poursuites des parents est garanti à la fixation du montant. On parle de situations de déficit. En effet, le montant des ACE ne peut pas dépasser le montant fixé par le juge civil¹⁶⁵⁵. D'après la jurisprudence du TF, l'obligation d'entretien a comme limite inférieure la capacité contributive du débiteur ; son minimum vital au sens des poursuites étant intangible¹⁶⁵⁶.

1648 VS, Règlement d'application de la loi sur le recouvrement des pensions alimentaires et le versement d'avances, RS cantonal, n°850.301, 15 avril 1981, art.4.

1649 GR, Verordnung über die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für unterhaltsberechtigter Kinder, RS cantonal, n°215.050, art.3.

1650 SO, Sozialgesetz, RS cantonal n°831.1, § 97 al.1.

1651 TI, Regolamento concernente l'anticipo e l'incasso degli alimenti per i figli minorenni, RS cantonal, n°874.350, 18 mai 1988, art.4.

1652 GE, Règlement d'application de la loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (RARPA), RS cantonal, n°E 125.01, 2 juin 1986, art.4 al.1.

1653 FR, Arrêté fixant les modalités du recouvrement des créances d'entretien et du versement d'avances pour l'entretien des enfants, des conjoints ou des ex-conjoints (ARCE), RS cantonal n°212.0.22, 14 décembre 1993, art.5 al.1.

1654 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 14.

1655 *ibid.*, p. 26-28, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015bp. 40, par exemple : NE, Arrêté concernant le recouvrement et l'avance des contributions d'entretien (ARACE), RS cantonal, n°213.221.1, art.6, ouJU, Arrêté fixant les normes applicables en matière d'aide sociale du canton du Jura, RS cantonal n°850.111.1, art.8.

1656 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 III 59 ; JdT 2011 II p. 359, 30 novembre 2010, consid. 4.2.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 III 353 ; JdT 2002 I p. 162, 17 juillet 2000, consid. 1a/aa.

Cette jurisprudence peut conduire le juge à n'accorder aucune contribution ou à en fixer une nettement inférieure aux besoins réels de l'enfant¹⁶⁵⁷. Le montant minimal ne ressort donc pas du droit cantonal. Nous nous y arrêtons tout de même à la Sous-section C qui traite de l'exigence d'harmonisation au vu de son importance pour les personnes concernées.

c. La durée du versement

Enfin, il convient de mentionner la durée des droits aux prestations. Les régimes cantonaux comportent des différences sur ce point¹⁶⁵⁸. Dix cantons fixent le versement des avances conformément au titre d'entretien sans limite et cinq avec une limite à 25 ans révolus¹⁶⁵⁹. AG, AR, BL, UR et VS la fixent à vingt ans¹⁶⁶⁰ alors qu'AI, SZ et TG l'ont fixée à 18 ans¹⁶⁶¹. Enfin trois cantons (GE, TI et NE), considèrent cette aide comme transitoire et ne la versent que pendant une durée limitée¹⁶⁶². Neuchâtel prévoit toutefois désormais de la renouveler de six mois en six mois¹⁶⁶³. Le Tessin prévoit une période maximale de 60 mois et une possibilité de prolongation d'un an à certaines conditions¹⁶⁶⁴. Genève prévoit une limite à 36 mois, prolongeable exceptionnellement dans certaines circonstances à 48 mois¹⁶⁶⁵. Un large consensus est ainsi visible en tout cas pour une limite à 20 ans. De plus, une moitié de cantons est en faveur de versements jusqu'à 25 ans révolus.

Sur la base de ces développements des régimes cantonaux, nous pouvons préciser la portée de l'exigence d'harmonisation découlant des obligations de droit international en la matière dans la prochaine section.

1657 CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du Code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF 2014 511, 2013, p. 523.

1658 Pour les détails voir : CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 19 et 20.

1659 Par exemple SO : SO, Sozialgesetz, RS cantonal n°831.1, § 95 al.2.

1660 Par exemple VS : VS, Règlement d'application de la loi sur le recouvrement des pensions alimentaires et le versement d'avances, RS cantonal, n°850.301, art. 6 ou BS : BS, Verordnung über das Inkasso und die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (Alimentenbevorschussungsverordnung, ABVV), RS cantonal, n°212.200, 25 novembre 2008, § 2 al.1.

1661 TG, Gesetz über die Inkassohilfe für familienrechtliche Unterhaltsbeiträge und die Bevorschussung von Kinderalimenten, RS cantonal n°836.4, § 6 al.1.

1662 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 19 et 20. C'est aussi l'avis du CF : CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 39.

1663 NE, Arrêté concernant le recouvrement et l'avance des contributions d'entretien (ARACE), RS cantonal, n°213.221.1, art. 8.

1664 TI, Regolamento concernente l'anticipo e l'incasso degli alimenti per i figli minorenni, RS cantonal, n°874.350, art.10.

1665 GE, Loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (LARPA), RS cantonal n°E 125, art.5. al.2.

C. La portée de l'exigence d'harmonisation en matière des prestations pour famille

Sur la base de cette présentation du droit cantonal, nous pouvons déterminer l'existence de l'exigence d'harmonisation si les droits cantonaux en matière de prestations pour famille ne correspondent pas aux obligations énoncées aux Chapitres 4 et 5. Nous pourrions dans ces cas de mise en œuvre insuffisante du droit international, comme au Chapitre 6, proposer des recommandations quant à la portée de l'exigence d'harmonisation. Pour ce faire, nous reprendrons les développements du contenu normatif des obligations internationales présentés aux Chapitres 4 et 5 en matière de standards minimaux et d'interdiction de la discrimination. Les consensus cantonaux mis en évidence à la sous-section précédente pourront préciser nos recommandations.

Les PCFam et ACE ci-dessus ont une importance particulière pour certains groupes de la population comme les enfants, les familles et, en particulier, les familles monoparentales. Or, ces groupes sont particulièrement touchés par la pauvreté en Suisse comme nous l'avons vu en introduction¹⁶⁶⁶. Il est nécessaire de préciser cette affirmation afin d'apprécier la bonne mise en œuvre des droits humains de ces groupes par les cantons (Sous-section 1). De telles prestations permettent de lutter efficacement contre la pauvreté de ces groupes. Ainsi, un accès large doit être prévu à ces prestations. Cela permet d'avancer certaines conclusions par rapport au respect du noyau dur des droits humains de ces groupes et à l'exigence d'harmonisation qui en découle (Sous-section 2). Sur la base de ce constat, nous pourrions émettre quelques conclusions quant à une exigence d'harmonisation. Nous commencerons par traiter de l'accès aux PCFam, puis de celui aux ACE (Sous-sections 3 et 4). Ensuite, nous aborderons l'exigence d'harmonisation des modalités de ces prestations (Sous-section 5).

1. La situation des familles en Suisse

Pour saisir l'importance que représentent ces prestations pour les familles et évaluer la mise en œuvre de leurs droits par les cantons, il faut nous arrêter sur quelques statistiques et conséquences en relation avec la pauvreté des familles en Suisse. Ensuite, nous évoquerons l'insuffisance des mesures actuellement en vigueur pour les soutenir.

En 2017, près de 76'000 enfants vivaient dans la pauvreté et 188'000 dans la précarité, c'est-à-dire proche du seuil de pauvreté¹⁶⁶⁷. Un enfant sur vingt

1666 Cf. Introduction, III, A.

1667 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 2.

de moins de dix-huit ans était bénéficiaire de l'aide sociale (soit plus que toutes les autres tranches d'âge)¹⁶⁶⁸. De plus, le soutien est de plus longue durée pour les ménages avec enfant¹⁶⁶⁹. La naissance des enfants entraîne un fort accroissement des dépenses surtout pour les jeunes ménages à l'image de notre famille Harmonie. Un enfant coûterait entre 7'000 et 14'000 francs par an. De plus, la baisse de revenu est due aussi à une réduction du taux d'activité pour s'occuper des enfants. Le revenu disponible de ces ménages avec enfant est 40% moins élevé que celui des couples sans enfant¹⁶⁷⁰. Ces familles sont parfois obligées de faire des économies sur les coûts de nourriture et en conséquence risquent de ne pas manger sainement, ce qui a des conséquences sur leur santé¹⁶⁷¹.

Parmi ces familles, les plus touchées par la pauvreté et les plus à risques de pauvreté sont les femmes à la tête de familles monoparentales et les familles nombreuses, dont le revenu disponible est le plus faible¹⁶⁷². Elles sont quatre fois plus touchées par la pauvreté que les familles composées des deux parents et de deux enfants¹⁶⁷³. Selon une étude de l'OFS de 2012, le taux de pauvreté des foyers monoparentaux s'élève à 26%. C'est un taux nettement plus élevé que celui de la population totale (7.8%) et que celui des familles biparentales (entre 4.1 et 7.2% selon le nombre d'enfants)¹⁶⁷⁴. Selon le Rapport social vaudois de 2017, 23,9% des femmes élevant seules leurs enfants sont exposées au risque de pauvreté¹⁶⁷⁵. Selon le Rapport social 2015 du canton de Berne, en 2013, les femmes élevant seules leurs enfants sont concernées par le risque de pauvreté à hauteur de 25% lorsqu'elles bénéficient de pensions alimentaires et de 36% lorsqu'elles n'en bénéficient pas¹⁶⁷⁶. Les cantons reconnaissent que les familles monoparentales sont les principales concernées par la pauvreté¹⁶⁷⁷.

1668 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 5-6, FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 3.

1669 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 6.

1670 *ibid.*, p. 51, CSONKA, MOSIMANN et OFS, 2017, p. 50ss, FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 4.

1671 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 3.

1672 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 51-52 et 62. CSONKA, MOSIMANN et OFS, 2017, p. 58, FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 2-4, CDAS, 25 juin 2010, p. 9.

1673 FREDRICH et CARITAS, *Combattre la pauvreté des familles monoparentales, Garantir le minimum vital et l'égalité des chances*, Lucerne 2015, p. 10.

1674 OFS, *Actualités OFS, Situation économique et sociale de la population, La pauvreté en Suisse, La pauvreté monétaire de la population résidante de la Suisse, de 2008 à 2010*, Neuchâtel 2012, p. 5.

1675 CANTON DE VAUD, 2017, p. 50-51.

1676 CONSEIL EXÉCUTIF DU CANTON DE BERNE, 2015, p. 38.

1677 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 42, CDAS, *Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien*, p. 6.

La situation des familles monoparentales est préoccupante d'un point de vue d'égalité des sexes puisqu'elles sont davantage composées de femmes¹⁶⁷⁸. Dans 86% des cas, selon Caritas, la mère est à la tête de la famille¹⁶⁷⁹. Cette situation préoccupante est notamment due aux contributions d'entretien insuffisantes pour assurer le minimum vital¹⁶⁸⁰. En effet, les mères seules après divorce sont particulièrement concernées par la pauvreté. Elles font face à des difficultés de réintégration dans le marché du travail après l'avoir quitté pour des raisons familiales¹⁶⁸¹. C'est pour cette raison que les pensions alimentaires après divorce sont particulièrement importantes¹⁶⁸². 98% des demanderesse d'ACE étaient des femmes en 2002¹⁶⁸³. Comme le régime des droits humains accorde une attention particulière aux femmes, aux enfants et aux familles, des mesures sont donc particulièrement nécessaires pour lutter contre cette inégalité de traitement des femmes et des enfants face à la pauvreté. Le CDE a souligné cette circonstance et a émis des préoccupations sur le fait que les familles jeunes, les familles monoparentales et les familles nombreuses soient les plus touchées par la pauvreté en Suisse¹⁶⁸⁴.

Cette nécessité de soutien à ces familles est d'ailleurs largement acceptée en Suisse. La plupart des cantons considèrent que la réduction de la pauvreté des familles est le principal défi et le point prioritaire de la politique familiale¹⁶⁸⁵. Selon le Conseil fédéral, un consensus entre les cantons existe même sur la nécessité de renforcer le soutien aux familles monoparentales¹⁶⁸⁶. Malgré ces constats, les cantons n'ont pas proposé de mesures adéquates pour remédier à ces risques de pauvreté pour ces familles. Le Conseil fédéral déplore l'échec de prestations complémentaires à l'échelle fédérale et aux niveaux cantonaux dans la plupart des cas. Il estime que le fait que chaque échelon pense que l'autre trouvera la solution a joué un rôle à ce que la pauvreté des familles et enfants soit plus élevée que la moyenne dans presque tous les cantons¹⁶⁸⁷. Au sujet de ce phénomène, Caritas a rendu un avis sur la question.

1678 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 51-52.

1679 FREDRICH et CARITAS, 2015, p. 4.

1680 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 42, CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 6.

1681 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 5.

1682 *ibid.*, p. 5.

1683 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 3 et 14 et 17.

1684 Observations finales, Suisse, CRC/C/15/Add.182, § 46-47.

1685 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 52, *ibid.*, p. 42.

1686 *ibid.*, p. 42.

1687 *ibid.*, p. 48, Caritas estime aussi que la Confédération et les cantons ne font que se renvoyer la balle : FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 7.

L'association explique que la Suisse est à l'heure actuelle incapable de traiter la pauvreté des familles¹⁶⁸⁸. Selon Caritas, l'État n'investit pas suffisamment pour les familles et les enfants. La Suisse est très en dessous de la moyenne européenne¹⁶⁸⁹. Ce constat n'est pas récent ; il avait déjà été établi à la fin des années 1990. Les allocations familiales fédérales ne suffisent pas à couvrir le minimum vital¹⁶⁹⁰. Dans une majorité de cantons, la pauvreté des familles et des enfants reste donc sans réponse suffisante alors que tous les cantons désignent cette problématique comme primordiale¹⁶⁹¹. D'ailleurs, le CDE a souligné être préoccupé par le faible niveau de l'assistance sociale et des prestations complémentaires familles dans certains cantons. Il recommande de renforcer le système de prestations pour familles¹⁶⁹². Ainsi, la pauvreté des enfants en Suisse ne semble donc pas respecter les obligations internationales de la Suisse¹⁶⁹³. La Confédération doit donc prendre des mesures de contrôle en vue d'une harmonisation envers les cantons qui ne mettent pas en œuvre suffisamment les obligations internationales telles que présentées aux Chapitres 4 et 5. Fondé sur ces constats nous pouvons constater l'existence d'une exigence d'harmonisation relative à l'accès aux prestations pour familles.

2. Un accès large et harmonisé à ces prestations dans toute la Suisse

Deux mesures sont particulièrement efficaces pour lutter contre le phénomène de pauvreté et ce sont justement les PCFam et les ACE. Ces deux types de prestations pour familles doivent être considérés comme complémentaires. En effet, les ACE visent en particulier les familles monoparentales qui ont besoin d'une attention particulière au vu de leur forte présence dans les situations de pauvreté. Cependant, le Conseil fédéral le rappelle, elles ne suffisent parfois pas et doivent être prévues de concert avec d'autres mesures ciblant les familles en général : les PCFam¹⁶⁹⁴. Nous allons montrer que les avis des différents acteurs qui s'intéressent à ces questions au sujet de la Suisse sont favorables à l'accès à ces prestations. Nous évoquerons que cet accès permet de pallier le manque de couverture de l'aide sociale.

1688 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 2.

1689 Seulement 1,5% du PIB contre par exemple 3,1% en Allemagne : *ibid.*, p. 5.

1690 *ibid.*, p. 2.

1691 *ibid.*, p. 7.

1692 Observations finales, Suisse, CRC/C/CHE/CO/2-4, § 64-65.

1693 Du même avis : FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 4.

1694 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 29.

a. Les avis des acteurs suisses et internationaux à propos d'un accès harmonisé aux PCFam et ACE

Pour mettre en œuvre de manière suffisante les obligations internationales, il est ainsi indispensable que les cantons qui n'ont pas prévu les PCFam les mettent en place pour garantir le noyau dur des droits humains des enfants, femmes et familles et en particulier des familles monoparentales.

Le BFEG a d'ailleurs souligné que si les PCFam restent du seul ressort des cantons et ne sont pas mises en place à l'échelle nationale, des inégalités de traitements seront présentes entre familles dans des situations comparables selon leur domicile¹⁶⁹⁵. Ensuite, il estime que les PCFam sont un instrument clef pour réduire la pauvreté des familles essentiellement due à des facteurs liés à l'investissement de temps pour les enfants. Ces coûts, s'ils ne sont pas pris en charge, aggravent la pauvreté de ces familles, davantage même que les coûts de consommation des enfants. Les PCFam permettent, dans ce cadre, de reconnaître ce travail de *care* qui n'est pas rémunéré. Elles donnent de cette façon une protection matérielle plus élevée que l'aide sociale et contribuent à une meilleure qualité de vie et d'éducation des enfants¹⁶⁹⁶. Ainsi, les PCFam permettent de décharger l'aide sociale qui n'est ni conçue ni équipée pour prendre en charge le risque des familles de *working poor*¹⁶⁹⁷. Caritas souligne que les prestations complémentaires pour familles sont des prestations centrales pour réduire la pauvreté des enfants et familles. L'association recommande de les mettre en œuvre partout en Suisse¹⁶⁹⁸. La CSIAS considère les PCfam comme un instrument central de lutte contre la pauvreté¹⁶⁹⁹.

En matière d'ACE, le BFEG a également souligné l'importance de diminuer les disparités entre cantons et d'harmoniser les pratiques cantonales¹⁷⁰⁰. Un postulat a été déposé par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, en 2006. Ce postulat charge le Conseil fédéral de présenter un rapport visant à harmoniser la législation régissant les avances et le recouvrement des pensions alimentaires¹⁷⁰¹. Il l'a fait et a

1695 THOMET et BFEG, 2012, p. 96.

1696 *ibid.*, p. 90 et 97.

1697 CDAS, 25 juin 2010, p. 11-12, CSIAS, 2011b, p. 3 et 5.

1698 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 2 et 6, GREUSING, HOCHULI et CARITAS, La pauvreté des enfants est intolérable en Suisse, Lucerne 2019, p. 7-8.

1699 CSIAS, 2011b, p. 3.

1700 THOMET et BFEG, 2012, p. 104.

1701 CSSS-CN, Postulat n°06.3003 déposé au Conseil national, Avances et recouvrement des pensions alimentaires. Harmonisation, 13 janvier 2006, (site web, dernière consultation le 24 janvier 2020).

rappelé qu'il s'accordait avec la CDAS « *sur la nécessité de combler les lacunes de l'avance sur contributions d'entretien* » et sur le souhait d'une harmonisation¹⁷⁰². Il a confirmé ce souhait d'harmonisation en 2017¹⁷⁰³. Selon la CDAS, une harmonisation permettrait une égalité de traitement des personnes concernées sur le long terme¹⁷⁰⁴. La CSSS-CN souligne le fait que la pauvreté touche plus durement les familles monoparentales et que leur revenu disponible dépend en grande partie des contributions d'entretien ce qui rend indispensable pour beaucoup d'enfants le versement de ces pensions¹⁷⁰⁵. Ainsi, pour cette commission, l'harmonisation de l'ACE est une mesure efficace pour réduire la pauvreté des familles monoparentales dans l'ensemble des cantons¹⁷⁰⁶. La FSFM et la CFQF demandent également des règles nationales concernant les montants des ACE¹⁷⁰⁷. Le Conseil fédéral rappelle que : « (...) *les contributions d'entretien permettent de réduire la pauvreté dans une mesure non négligeable* »¹⁷⁰⁸. Les ACE sont efficaces et indispensables pour lutter contre la pauvreté des familles monoparentales et ainsi peuvent favoriser le bien-être des enfants de ces familles¹⁷⁰⁹. Les ménages monoparentaux qui perçoivent une contribution d'entretien sont bien moins touchés par la pauvreté que les autres¹⁷¹⁰. À ce titre les avances sur contributions d'entretien pourraient consister en une mesure de complément aux prestations complémentaires pour le cas spécifique des familles monoparentales, particulièrement des mères après divorce. S'agissant des organes des traités, le CEDEF recommande d'ailleurs expressément à la Suisse de mettre en œuvre les recommandations de la CDAS en matière d'ACE dans les cantons¹⁷¹¹. De même, le CDE a estimé expressément que « *les prestations complémentaires pour les familles (...) demeurent faibles dans certains cantons* » et a recommandé à la Suisse de renforcer ces prestations dans l'ensemble du pays¹⁷¹².

1702 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 4.

1703 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 53.

1704 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 10.

1705 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 11.

1706 *ibid.*, p. 26.

1707 *ibid.*, p. 26 et 28.

1708 *ibid.*, p. 26.

1709 *ibid.*, p. 26 et 31.

1710 *ibid.*, p. 26-27.

1711 CEDEF, Observations finales, Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, § 43.

1712 CDE, Observations finales, Suisse, CRC/C/CHE/CO/2-4, § 64-65.

b. Un accès large pour pallier le manque de couverture de l'aide sociale

En sus de ces avis, une autre raison plaide en faveur d'une exigence d'harmonisation quant à l'accès à ces prestations : le manque de couverture de l'aide sociale. Comme nous l'avons vu, une grande partie des personnes ayant droit aux prestations d'aide sociale au sens strict ne les demandent pas. Nous avons vu qu'une des raisons tient dans l'effet dissuasif du remboursement¹⁷¹³. Une deuxième raison peut être vue dans la honte qu'inspire l'institution de l'aide sociale au sens strict. Cela peut amener les bénéficiaires de l'aide sociale à renoncer aux prestations. Ils sont plus stigmatisés que ceux qui touchent des prestations sous condition de ressources¹⁷¹⁴. Il existe donc un risque de renoncer à l'aide sociale ce qui conduit à une aggravation de la situation déjà précaire¹⁷¹⁵. Selon une étude de la Haute École de travail social de Genève, cette honte et la volonté d'éviter une stigmatisation sont les raisons principales à cette non-perception¹⁷¹⁶. Une troisième raison importante de cette non-perception est liée à la complexité du système¹⁷¹⁷. Au vu des conséquences désastreuses qu'un manque de ressources financières des familles a sur leurs droits humains et sur les droits de leurs enfants, il est urgent de prévoir d'autres prestations sous conditions de ressource.

Nous pouvons ainsi conclure que même en présence d'un système non contributif comme l'aide sociale, la couverture universelle exigée par le droit international n'est pas forcément donnée. Cette problématique, en mettant en évidence des lacunes de couvertures, montre l'importance des prestations sous conditions de ressource comme les PCFam ou les ACE du point de vue des exigences internationales. Ces prestations sont en effet moins stigmatisantes et non remboursables¹⁷¹⁸. À côté d'éventuelles mesures de lutte contre cette stigmatisation, prévoir ces prestations pour famille peut améliorer l'accès aux mesures de réalisation du droit à la sécurité sociale pour les familles, les femmes et les enfants en particulier. Les prestations pour familles sont donc particulièrement importantes en Suisse. C'est aussi le cas pour les bourses

1713 Cf. Chapitre 6, III, A.

1714 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 6 qui parle des PCFam et CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 19, qui précise que les ACE ne sont pas des prestations destinées aux personnes pauvres. Par rapport à l'aide sociale et la stigmatisation des bénéficiaires voir : LUCAS, LUDWIG, CHAPUIS, MAGGI et CRETТАZ, 2019, p. 182ss.

1715 HOFER et OFS, 2006, p. 37.

1716 LUCAS, LUDWIG, CHAPUIS, MAGGI et CRETТАZ, 2019, p. 182ss.

1717 WINTER, CHATELANAT, LADOR, SCHNEGG, VUILLE, YOSEF et RÉSEAU REGARD, 2019, p. 97, PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, 2019b, §125.

1718 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 6, CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 19.

analysées à la section II de ce chapitre. De plus, d'un point de vue de l'interdiction de la discrimination entre régimes cantonaux, il est important que la Confédération agisse au risque de discriminer les enfants vivant dans des cantons moins protecteurs. En effet, ils ne bénéficient pas de la liberté de choix de leur domicile. L'impact considérable des PCFam et ACE sur la pauvreté des enfants demandent une action de la Confédération de ce point de vue-là également. Sur la base de ce constat, nous pouvons préciser l'exigence d'harmonisation en relation avec l'accès aux PCFam et aux ACE dans les deux sous-sections suivantes.

3. L'accès aux PCFam

a. Le principe des PCFam comme élément du noyau dur

Notre précédente analyse sur la pauvreté des familles et le nombre d'avis des acteurs concernés sur les PCFam nous permet de conclure que le principe de cette institution devrait au moins être prévu dans tous les cantons et que cette exigence fait partie du noyau des exigences internationales. Ainsi, une exigence d'harmonisation existe sur le principe de prévoir les PCFam et la Confédération doit prendre des mesures pour le mettre en œuvre au risque de ne pas respecter le noyau dur des droits humains.

Comme l'explique le Conseil fédéral, ces prestations ont depuis longtemps démontré leur efficacité en matière de lutte contre la pauvreté des familles¹⁷¹⁹. En outre, l'efficacité des PCFam a fait l'objet d'études qui concluent qu'elles limitent nettement le risque de pauvreté tout en réduisant la charge sur l'aide sociale au sens strict¹⁷²⁰. Dans les cantons de Vaud et du Tessin, les PCFam ont particulièrement eu du succès et le taux de pauvreté des familles monoparentales et des enfants a drastiquement baissé¹⁷²¹. Les PCFam constituent ainsi une véritable chance de sortir de la pauvreté ou de la précarité¹⁷²². Dans le canton de Vaud, la part des familles bénéficiaires de l'aide sociale a baissé de 70% en 2011 à 10% en 2017¹⁷²³. Dans ce canton, l'un des avantages est l'absence d'obligation de remboursement de ces prestations. C'est d'ailleurs selon Caritas le modèle le plus efficace en matière de lutte contre la pauvreté des familles¹⁷²⁴. À Genève, l'introduction des PCFam est considérée par le

1719 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 59.

1720 SCHLANSER et OFS, 2017, p. 21.

1721 Pour le Tessin voir : CDAS, 25 juin 2010, p. 7, FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 6, pour Vaud voir *ibid.*, p. 6.

1722 CDAS, 25 juin 2010, p. 7, FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 6-7.

1723 GREUSING, HOCHULI et CARITAS, 2019, p. 8.

1724 *ibid.*, p. 8.

Réseau d'information de Genève sur les activités relatives aux droits humains comme étant positive en termes de réalisation du droit à un niveau de vie suffisant¹⁷²⁵.

Toutefois, les PCFam ne sont pas prévues dans tous les cantons et loin de là. Or, même si leur efficacité a été démontrée, elles restent inexistantes dans la majorité des cantons¹⁷²⁶. Certes, ces PCFam ne sont qu'un instrument parmi d'autres comme les allocations familiales ou le subventionnement des places d'accueils des enfants¹⁷²⁷. Mais comme elles sont « *un instrument de politique sociale adapté pour réduire la pauvreté des familles* » et donc représentent un moyen important de lutte contre la pauvreté de ces groupes de la population¹⁷²⁸, elles deviennent indispensables au vu de la situation des familles en Suisse pour mettre en œuvre les obligations internationales des droits humains. Pour garantir le minimum vital des familles, il faut mettre en place des prestations complémentaires dans toute la Suisse selon les modèles tessinois ou vaudois¹⁷²⁹. Les cantons ne prévoyant pas de telles lois commettent des omissions partielles de mise en œuvre du noyau dur des droits humains des familles, femmes et enfants. Même si seulement quatre cantons les prévoient, un consensus quant à la nécessité de lutter contre la pauvreté de ces groupes de la population est visible au niveau cantonal. Ainsi, la solution de ces quatre cantons peut être vue comme avant-gardiste au sens des degrés du consensus cantonal défini au Chapitre 2, I. Le principe même de prévoir les PCFam doit être considéré comme une obligation du noyau dur des droits humains. La Confédération doit prendre des mesures de contrôle pour harmoniser la pratique des cantons au moins sur le principe des PCFam. Une obligation d'harmonisation pèse donc, selon nous, sur la Confédération dans ce domaine.

Nous pouvons encore constater une autre exigence d'harmonisation liée à l'accès aux PCFam. Elle fait également partie du noyau dur des droits humains pour les mêmes raisons. Il s'agit de prévoir une condition d'accès basée sur un revenu hypothétique et non minimal.

b. Le revenu hypothétique plutôt que le revenu minimal

Il a lieu de souligner que le fait de conditionner l'accès aux prestations à un emploi ou un revenu minimum réduit le nombre de familles bénéficiaires¹⁷³⁰.

1725 WINTER, CHATELANAT, LADOR, SCHNEGG, VUILLE, YOSEF et RÉSEAU REGARD, 2019, p. 91.

1726 Pour le Tessin voir : CDAS, 25 juin 2010, p. 7, FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 6, pour Vaud voir *ibid.*, p. 6.

1727 CDAS, 25 juin 2010, p. 10.

1728 *ibid.*, p. 10, CSIAS, 2011b, p. 22.

1729 Pour un avis similaire : FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 9.

1730 *ibid.*, p. 6.

Selon la CSIAS, l'exigence d'une activité lucrative pour l'accès aux prestations exclut une grande partie des bénéficiaires de l'aide sociale des PCFam. Par exemple, 70% des familles monoparentales n'ont aucun revenu d'activité lucrative. Ainsi, la CSIAS recommande un revenu hypothétique pour fixer l'accès. Cette solution permet de sortir plus de familles de l'aide sociale et permet une incitation au travail efficace¹⁷³¹. Le BFEG est du même avis et considère que la limitation des PCFam aux familles avec activité lucrative n'est pas appropriée¹⁷³². Par exemple, à Soleure qui applique un revenu minimal, seules quelques familles peuvent sortir de l'aide sociale grâce aux PCFam¹⁷³³. Avec de tels modèles, ce sont les familles devant renoncer à une activité lucrative pour cause de chômage par exemple, de maladie ou pour d'autres raisons comme le travail de *care* qui sont pénalisées¹⁷³⁴.

La solution suivie par les cantons de Vaud et du Tessin est aussi la plus respectueuse des exigences internationales qui demandent un accès universel aux prestations sociales pour les familles défavorisées. Non seulement pour mettre en œuvre le droit à la sécurité sociale, mais également en rapport avec l'obligation de prise de mesure positive pour éliminer la discrimination des familles monoparentales, des femmes et des enfants face à la pauvreté. La mise en place d'un revenu hypothétique suffit à respecter le but des PCFam de ne soutenir que des familles actives tout en garantissant un accès bien plus large à ces prestations. Ainsi, restreindre l'accès à près de 70% des familles monoparentales ne constitue manifestement pas une mesure raisonnable pour la mise en œuvre du noyau dur des droits humains, en particulier en relation avec la protection particulière dont jouissent les familles, les enfants et les femmes. Ainsi, sur la base des obligations internationales, il est nécessaire de conclure à une exigence d'harmonisation demandant que les cantons adoptent des modèles comparables au canton de Vaud et du Tessin sur ce point pour respecter le caractère raisonnable des mesures.

4. L'accès aux ACE

À côté de ces PCFam, un moyen efficace de garantir les conditions minimales d'existence des foyers monoparentaux est de prévoir des ACE efficaces. Ces prestations participent à la lutte contre la pauvreté et au bien-être des enfants de ces familles dans une mesure importante¹⁷³⁵. Toutefois, nous l'avons vu,

1731 CSIAS, 2011b, p. 6-9.

1732 THOMET et BFEG, 2012, p. 98.

1733 *ibid.*, p. 93.

1734 *ibid.*, p. 95.

1735 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 6.

les mêmes conditions ne sont pas garanties dans l'ensemble des cantons. Ces régimes cantonaux très différents entraînent, selon la CDAS, des inégalités importantes entre familles monoparentales en Suisse¹⁷³⁶. De plus, il a été démontré que les variations considérables du revenu disponible des familles monoparentales (majoritairement des femmes) sont imputables aux différents régimes d'ACE entre cantons¹⁷³⁷.

Pour améliorer cet accès aux ACE, la CDAS recommande premièrement l'abandon du délai de carence et suggère de faire dépendre uniquement ces prestations de la domiciliation civile de l'enfant sans tenir compte du statut du droit des étrangers¹⁷³⁸. Nous ne pouvons qu'être d'accord avec cette recommandation au vu du besoin particulier de protection des enfants face à la pauvreté et de la prise en compte de ces besoins au niveau des obligations internationales. Ces mesures cantonales qui restreignent l'accès à des prestations primordiales ne sont pas raisonnables et ne permettent pas de respecter le noyau dur des droits humains des familles et des enfants dans ces situations. La Confédération a donc une obligation d'harmoniser les droits cantonaux sur ce point. De plus, l'interdiction de la discrimination au niveau fédéral renforce l'obligation d'harmonisation et la Confédération doit harmoniser les conditions d'accès au risque de commettre une discrimination basée sur le domicile des enfants dans les cantons où les conditions d'accès sont restreintes.

5. Les modalités des prestations d'aides à la famille

Nous allons ici évoquer d'autres recommandations d'harmonisation relatives aux modalités de ces prestations. Certaines font partie du noyau dur et exigent une harmonisation alors que pour d'autres nous n'allons pas prétendre qu'elles entrent dans le champ d'application du noyau dur. Ces dernières peuvent toutefois constituer des indications pour une harmonisation entraînant une réalisation plus respectueuse des droits humains dans les cantons.

a. Les modalités des PCFam

(i) *Un versement jusqu'aux seize ans des enfants au moins*

Des mécanismes doivent être mis en place pour tenir compte que la diminution des frais des enfants permet d'éviter des effets de seuils. Une limite pour l'octroi des prestations à seize ans permet d'éviter un tel effet par le relais des

¹⁷³⁶ *ibid.*, p. 6.

¹⁷³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 25.

¹⁷³⁸ CDAS, *Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien*, p. 11-12, seuls GE et VS prévoient un délai de carence ; et seuls AI, BL et GR établissent un régime différent pour les enfants étrangers. C'est aussi l'avis du Conseil fédéral : CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 43-44.

bourses d'études. La CSIAS recommande cette limite, qui permet de souligner que les PC familles sont subsidiaires aux bourses d'études¹⁷³⁹. Nous sommes du même avis. Nous aborderons les bourses d'études à la section suivante. Avec un accès garanti des familles à ces prestations jusqu'aux seize ans de l'enfant, un soutien durable et continu des familles en difficultés financières devient possible. Ceci est en accord avec la protection particulière demandée par les droits humains s'agissant des enfants, femmes et familles. Une telle harmonisation pourrait améliorer la réalisation des droits humains en Suisse.

(ii) Un calcul en lien avec les PC AVS/AI et la prise en charge des frais de garde

La CDAS recommande de définir la couverture des besoins par rapport aux montants des PCFam en accord avec les PC AVS/AI. Toutefois ces montants sont nettement plus élevés que les besoins vitaux pris en compte par l'aide sociale¹⁷⁴⁰. Tenant compte de cette réalité, la CSIAS préconise d'associer les besoins vitaux des PCFam à l'échelle d'équivalence CSIAS pour conserver un attrait des PCFam par rapport à l'aide sociale pour les petites familles tout en réduisant les coûts¹⁷⁴¹. Si l'on devait retenir une telle harmonisation, elle serait ainsi un bon compromis quant au respect des droits humains des familles, femmes et enfants et de l'autonomie cantonale.

Ensuite, les frais de garde devraient être remboursés. Comme nous l'avons vu, les prestations relatives aux frais de garde sont primordiales en Suisse d'après le CESCRR¹⁷⁴². Les cantons devraient donc les prendre en compte dans leurs législations concernant les PCFam. C'est aussi l'avis de la CSIAS¹⁷⁴³, de la CDAS¹⁷⁴⁴ et du BFEG¹⁷⁴⁵. Une harmonisation des droits cantonaux en ce sens permettrait une meilleure mise en œuvre des droits humains.

b. Les modalités des ACE

(i) Le montant maximal des ACE

Par rapport au montant de l'avance, il y a deux types de recommandations à énoncer : en rapport avec le montant maximum et en rapport avec le montant minimum.

1739 CSIAS, 2011b, p. 12.

1740 CDAS, 25 juin 2010, p. 18, CSIAS, 2011b, p. 12, c'est le cas du canton de Vaud : VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art.10.

1741 CSIAS, 2011b, p. 14.

1742 CESCRR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 41.

1743 CSIAS, 2011b, p. 18.

1744 CDAS, 25 juin 2010, p. 19.

1745 THOMET et BFEG, 2012, p. 99.

Par rapport au montant maximum, le Conseil fédéral estime que celui-ci varie beaucoup entre cantons, ce qui implique que des enfants aux besoins similaires ne touchent pas des prestations comparables¹⁷⁴⁶. Le Conseil fédéral estime que les méthodes de calcul sont peu claires¹⁷⁴⁷ et que des améliorations sont indispensables, notamment s'agissant du montant de la prestation¹⁷⁴⁸. Les ACE sont souvent trop faibles et les mères à la tête de familles monoparentales doivent recourir à l'aide sociale¹⁷⁴⁹. La CDAS recommande de fixer le montant maximal de l'avance au minimum à celui de la rente d'orphelin simple maximale de l'AVS¹⁷⁵⁰. La FSFM demande des avances égales au moins au maximum à la rente d'orphelin AVS dans tous les cantons. Un seuil suffisamment élevé est requis pour permettre à la classe moyenne de bénéficier de ces aides¹⁷⁵¹. La CFQF est du même avis¹⁷⁵². Le BFEG partage aussi cet avis et estime que ce montant pourrait servir de référence au niveau national¹⁷⁵³. C'est également l'avis du Conseil fédéral, qui souligne que cette solution est déjà bien acceptée dans les cantons¹⁷⁵⁴. En effet, nous avons vu un consensus cantonal suivi par seize cantons pour un montant égal ou supérieur à celui-ci. Sans aller jusqu'à conclure à une violation du noyau dur, nous pouvons tout de même affirmer que les mesures des autres cantons fixant des montants maximaux plus bas ne sont pas les plus adéquates pour la réalisation des droits humains. Au vu du montant maximal particulièrement bas des ACE à Fribourg, la question de l'atteinte au noyau dur peut sérieusement être posée par rapport à ce canton. Une exigence d'harmonisation des montants maximaux cantonaux aux alentours de la rente d'orphelin AVS pèse donc sur la Confédération pour garantir une mise en œuvre suffisante et raisonnable des droits humains dans tous les cantons suisses.

(ii) *Le montant minimal des ACE*

Des montants trop faibles des créances d'entretiens ne permettent pas aux ACE de lutter contre la pauvreté du ménage concerné¹⁷⁵⁵. Cela a un impact

1746 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 4.

1747 *ibid.*, p. 3-4.

1748 *ibid.*, p. 4.

1749 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 5.

1750 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 17-18.

1751 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 26 et 28.

1752 *ibid.*, p. 28.

1753 THOMET et BFEG, 2012, p. 104.

1754 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 40.

1755 *ibid.*, p. 26-28, THOMET et BFEG, 2012, p. 102.

d'un point de vue de la prévention de la pauvreté de ces enfants concernés puisqu'une fixation trop basse empêche toute ACE efficace. Ces familles doivent demander l'aide sociale, qu'elles devront dans la plupart des cantons rembourser¹⁷⁵⁶. Caritas déplore que malgré la révision de l'entretien de l'enfant au niveau fédéral, il n'y ait toujours pas de minimum fixé dans la loi. Les avances pour entretien dépendent toujours des réglementations cantonales qui sont incapables de garantir le minimum vital dans ces cas¹⁷⁵⁷. Ceci est dû à la jurisprudence du TF mentionnée précédemment estimant que l'obligation d'entretien a comme limite inférieure la capacité contributive du débiteur. Cette jurisprudence est critiquée par une grande partie de la doctrine¹⁷⁵⁸. À ce sujet, plusieurs auteurs considèrent qu'il serait indispensable de fixer un tel entretien minimal¹⁷⁵⁹. Le TF a lui-même émis des réserves face à ce système, même s'il est d'avis qu'un changement est du ressort du législateur¹⁷⁶⁰. La CFQF et la FSFM sont d'avis que ce minimum devrait être égal au maximum de la rente simple d'orphelin¹⁷⁶¹. Le BFEG estime que cette situation entraîne une discrimination des personnes assumant le travail de *care* des enfants¹⁷⁶².

Toutefois, la fixation du minimum des contributions d'entretien soulève des questions problématiques en rapport avec la répartition des compétences de la Constitution. Selon le Conseil fédéral, si un minimum de fixation de contribution d'entretien était fixé dans le CC, la collectivité ne fournirait plus d'avance au sens de l'art. 293 al. 2 CC. Mais puisqu'elle avancerait une somme que le débiteur ne pourrait pas payer, elle fournirait une prestation d'assistance qui est de la compétence des cantons. Ainsi, il faudrait une nouvelle base constitutionnelle pour permettre à la Confédération de légiférer à propos l'aide sociale. L'absence de compétence fédérale ne pourrait pas être contournée par la création d'un montant minimal pour l'entretien de l'enfant dans le droit de la famille¹⁷⁶³.

Plusieurs initiatives parlementaires se sont penchées sur cette question en demandant la modification de la Constitution sur ce point. Une initiative parlementaire (HOCHREUTNER 07.419) prévoyant une nouvelle base constitutionnelle en la matière a été déposée en 2007. Le Conseil fédéral a également

1756 CONSEIL FÉDÉRAL, 2013, p. 524, THOMET et BFEG, 2012, p. 102.

1757 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 2.

1758 CONSEIL FÉDÉRAL, 2013, p. 525, et les références citées.

1759 Sur ce sujet d'un entretien minimal pour l'enfant voir : CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 28, CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 40, CONSEIL FÉDÉRAL, 2013, p. 525 et 544.

1760 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 III 66, JdT 2010 I p. 167, 23 octobre 2008, consid. 10.

1761 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 26 et 28.

1762 THOMET et BFEG, 2012, p. 102.

1763 CONSEIL FÉDÉRAL, 2013, p. 544.

pris position en faveur d'une compétence fédérale en la matière¹⁷⁶⁴. Cependant, cette proposition a été rejetée et supprimée du projet de modification au Conseil national au printemps 2012¹⁷⁶⁵. Puis l'article constitutionnel sur la famille a également été rejeté en votation populaire¹⁷⁶⁶. Ensuite, le Canton de Zurich a déposé une initiative demandant à la Confédération de créer les bases légales permettant d'harmoniser les avances et le recouvrement des pensions alimentaires. Cette initiative a définitivement été classée en 2015¹⁷⁶⁷. Finalement, en 2019, la députée CARRARD a déposé une initiative dans le sens d'une harmonisation des ACE en rappelant que les familles les plus exposées à la pauvreté sont les familles monoparentales et en rappelant les conclusions du rapport du Conseil fédéral de 2011¹⁷⁶⁸. Cette dernière initiative est toujours en cours d'examen au parlement. Elle est également intéressante, car elle demande une modification du CC dans le sens d'un entretien suffisant dans tous les cas pour le minimum vital de l'enfant. Elle veut que le droit civil garantisse avant toute chose le minimum vital de l'enfant. Cette modification n'est pas de compétence cantonale. Toutefois, une telle modification aurait une incidence directe et considérable sur le montant des prestations cantonales dans ces cas-là¹⁷⁶⁹. Le CEDEF recommande d'ailleurs expressément l'introduction de ce montant minimal¹⁷⁷⁰.

Même si une telle modification législative n'est pas du ressort du droit cantonal à première vue, l'absence de limite inférieure du montant des ACE pose des problèmes qui peuvent être en partie réglés par le droit cantonal. En effet, une solution sans modification de la Constitution serait de « rendre obligatoire l'indication du montant nécessaire à l'entretien convenable de l'enfant dans les décisions ou conventions relatives à la contribution d'entretien, en plus du montant fixé à la charge du parent débiteur »¹⁷⁷¹. Les cantons pourraient

1764 CONSEIL FÉDÉRAL, Avis, Initiative parlementaire Politique en faveur de la famille. Article constitutionnel, Rapport de la CSSS-CN du 10 novembre 2011, FF 2012 1627, 2012, p. 1627ss.

1765 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 8.

1766 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 39.

1767 ZH, Initiative cantonale, n°09.301: Harmonisation des avances et du recouvrement des pensions alimentaires, 4 février 2009, (site web, dernière consultation le 26 novembre 2019).

1768 PILLIER CARRARD, Initiative parlementaire, n°19.459 déposée au Conseil national, Améliorer le système d'avance des pensions alimentaires, 20 juin 2019, (site web, dernière consultation le 26 novembre 2019).

1769 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 28.

1770 CEDEF, Observations finales, Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, § 43.

1771 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 40, CONSEIL FÉDÉRAL, 2013, p. 543.

ainsi se référer à ce montant pour la fixation du montant de leurs avances¹⁷⁷². Cette solution nous semble pertinente. En cas d'adoption de cette solution, les cantons qui doivent mettre en œuvre de manière raisonnable le noyau dur des droits humains, ont l'obligation de se référer à ce montant. Ces recommandations relatives au montant des prestations au vu de leur impact sur les enfants et les femmes, groupes particulièrement vulnérables de la population, sont à notre avis une exigence raisonnable du noyau dur des droits humains. Ensuite, l'interdiction de la discrimination au niveau fédéral renforce l'argument pour une telle solution.

Pour réaliser cette obligation, un mandat législatif à charge de la Confédération milite pour l'adoption de cette modification. Toutefois, il dépasse le cadre de notre thèse qui se concentre sur d'autres modes d'intégration et non pas sur des actions législatives fédérales. Le Conseil fédéral est d'ailleurs d'accord de mettre en œuvre une assurance fédérale pour les contributions d'entretien afin de lutter contre la pauvreté des enfants. De plus, il souligne qu'un tel système n'engendrerait aucun coût pour la collectivité publique tout en permettant à certaines familles d'éviter de recourir à l'aide sociale qui est stigmatisante¹⁷⁷³.

(iii) La durée des versements

S'agissant de la durée du versement de la prestation, le Conseil fédéral estime aussi qu'il y a des problèmes et que la durée du droit de l'enfant à l'entretien n'est pas toujours prise en compte de manière adéquate¹⁷⁷⁴. La CDAS et le Conseil fédéral recommandent de fixer le versement des avances conformément au titre d'entretien et au plus jusqu'à 25 ans révolus¹⁷⁷⁵. De plus, la solution des cantons de GE, TI et NE n'est pas compatible avec les objectifs du CC¹⁷⁷⁶. Au vu du consensus cantonal quant à une durée de versement jusqu'aux vingt ans au moins de l'enfant et l'accord d'une moitié des cantons pour un versement jusqu'aux 25 ans, nous pouvons conclure que les mesures les plus raisonnables sont celles qui suivent les recommandations du Conseil fédéral et de la CDAS. Sans conclure que les mesures prévoyant une limite d'âge à dix-huit ans sont contraires au noyau dur des droits humains en particulier des femmes et des enfants de familles monoparentales, des ACE temporaires,

1772 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 40, CONSEIL FÉDÉRAL, 2013, p. 545.

1773 CONSEIL FÉDÉRAL, 2013, p. 544.

1774 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 4.

1775 CDAS, Recommandations relatives à l'aménagement de l'avance sur contributions d'entretien, p. 19-20, CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 39.

1776 CONSEIL FÉDÉRAL, 2011, p. 39.

elles, ne semblent pas raisonnables au regard du noyau dur. En effet, elles ne respectent pas les objectifs du CC. Elles ne constituent pas des mesures raisonnables au vu des intérêts de ces personnes à une mise en œuvre de leurs droits humains. Une exigence d'harmonisation pèse donc sur la Confédération pour empêcher les cantons de prévoir de telles ACE temporaires.

II. Les aides à la formation : régimes cantonaux et exigence d'harmonisation

Dans le domaine des prestations d'aides à la formation, il y a deux types d'instruments intéressants qui peuvent servir de base à la comparaison des régimes cantonaux pour analyser une éventuelle exigence d'harmonisation. Nous allons premièrement les présenter (Sous-section A), puis analyser, avec leur aide les régimes cantonaux (Sous-section B). Enfin, nous constaterons l'existence d'une exigence d'harmonisation dans ce domaine et nous en préciserons la portée (Sous-section C).

A. Les documents harmonisateurs en matière d'aides à la formation

Par rapport aux prestations d'aides à la formation, il faut séparer l'analyse entre le niveau primaire et préscolaire d'une part (Sous-section 1) et les niveaux secondaire et supérieur d'autre part (Sous-section 2).

1. Les NCSIAS pour le niveau primaire et préscolaire

S'agissant de l'école primaire, l'aide sociale, également de compétence cantonale¹⁷⁷⁷, joue aussi un rôle en la matière par son mandat d'intégration. Selon l'art.C.1.2 des NCSIAS, les frais liés à la scolarité doivent être remboursés¹⁷⁷⁸. Ici aussi, les cantons sont très libres pour mettre en place leur système d'aide sociale¹⁷⁷⁹. Une grande disparité régionale existe donc en la matière¹⁷⁸⁰, comme nous l'avons déjà maintes fois évoqué. Concernant l'éducation préscolaire, les NCSIAS ne prévoient que peu de choses, mais encouragent les

1777 Outre, l'art.12 Cst., la compétence est régie par l'art.115 Cst. qui prévoit que les personnes dans le besoin sont assistées par leur canton de domicile. Elle est exclusivement cantonale : CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 6, CDAS, août 2008, p. 20, AUBERT et MAHON, 2003, p. 906.

1778 Cf. aussi : CSIAS, 2011a, p. 2.

1779 Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.), RS n°101, 18 avril 1999, art.115 Cst.

1780 Voir à ce sujet : WYSS, KNUFFER et CSIAS, 2003

cantons à prévoir des prestations circonstanciées pour un encouragement et une intégration sociale¹⁷⁸¹.

2. Le concordat intercantonal en matière de bourse d'études pour le niveau secondaire et supérieur

En rapport avec le niveau secondaire et supérieur, les bourses d'études permettent la mise en œuvre de l'accessibilité financière du droit à l'éducation. Un processus important d'harmonisation a été mis en place dans ce domaine : le concordat intercantonal sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études du 18 juin 2009¹⁷⁸². Toutefois, au vu des différences significatives qui subsistent dues à la marge de manœuvre laissée aux cantons et en l'absence de véritable harmonisation matérielle réelle, il existe, même après l'entrée en vigueur du concordat, un grand besoin d'harmonisation¹⁷⁸³. Nous verrons qu'il existe même une exigence d'harmonisation.

Ayant brièvement mentionné les instruments présents en matière d'aide à l'éducation et à la formation, nous pouvons avec leur aide, nous pencher sur les régimes cantonaux.

B. Les régimes juridiques de droits cantonaux

1. Les niveaux primaire et préscolaire

L'aide sociale ne joue un rôle important que dans les cas où des bourses ne sont pas prévues. En effet selon les NCSIAS, l'aide sociale n'accorde des contributions à une formation initiale, à une formation continue ou à un perfectionnement professionnel que si ceux-ci ne peuvent être financés par d'autres sources, comme des bourses¹⁷⁸⁴. Pour le niveau d'enseignement primaire, les NCSIAS prévoient que le forfait pour l'entretien couvre les frais de scolarité¹⁷⁸⁵. Nous renvoyons au chapitre précédent concernant les développements du forfait pour l'entretien.

Les NCSIAS précisent toutefois que « *[l]es frais de transport plus importants, des vêtements particuliers ou les repas devant être pris à l'extérieur doivent*

1781 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.C.1-7.

1782 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 7.

1783 HÄNNI, 2015b, § 5.

1784 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.H.6, CSIAS, 2011a, p. 2.

1785 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.C.1.2.

faire l'objet d'une indemnisation séparée » en tant que prestations circonstancielles¹⁷⁸⁶. Nous renvoyons le lecteur aux développements concernant ces prestations au chapitre précédent. Nous pouvons simplement rappeler le régime de l'art.19 Cst., que les cantons doivent respecter et présenter ici quelques pratiques cantonales. L'art.19 Cst. exige un accès non discriminatoire et gratuit à l'enseignement primaire¹⁷⁸⁷. Cela inclut des frais indirects comme les frais de transport¹⁷⁸⁸, ainsi que le matériel scolaire¹⁷⁸⁹, voire même les activités dans le cadre scolaire comme les excursions¹⁷⁹⁰ ou les camps de ski¹⁷⁹¹. Ce dernier arrêt entérine le principe que la gratuité de l'enseignement de base doit s'étendre à tous les moyens nécessaires servant directement et immédiatement aux buts de l'enseignement¹⁷⁹². Ainsi, le principe de la gratuité est relativement large, car elle s'étend à toutes les dépenses de nourriture, de transport et de logement lors d'excursions ou de camps si les élèves sont obligés d'y prendre part. Le TF admet toutefois de facturer aux parents les frais qu'ils économisent en raison de l'absence de leur enfant comme les frais de repas, à savoir entre 10 et 16 francs par jour¹⁷⁹³. Le TF étant également cette gratuité aux frais indirects relatifs à des cours de langue s'ils sont considérés comme nécessaires pour l'éducation de l'élève puisque « *des connaissances linguistiques suffisantes sont une condition essentielle pour l'intégration scolaire et le développement des élèves* »¹⁷⁹⁴. Le TF rappelle ici que l'art.19 Cst. vise également à maintenir l'égalité des chances¹⁷⁹⁵. Ainsi, la jurisprudence du TF va dans le sens des NCSIAS, voire même un peu plus loin en précisant que les frais de logements doivent être couverts lors des camps¹⁷⁹⁶.

1786 *ibid.*, art.C.1.2.

1787 WYTTEBACH, 2015, § 19-20, et par exemple : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 117 Ia 27, 21 février 1991, consid. 6a.

1788 WYTTEBACH, 2015, § 19, AUBERT et MAHON, 2003, p. 180.

1789 WYTTEBACH, 2015, § 20, AUBERT et MAHON, 2003, p. 180.

1790 WYTTEBACH, 2015, § 20.

1791 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 144 I 1, 7 décembre 2017, consid. 3.1.3.

1792 JACQUEMOUD, La gratuité des camps scolaires obligatoires et des cours de langue supplémentaires indispensables, 2018, (site web, dernière consultation le 17 novembre 2020).

1793 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 144 I 1, consid. 3.1.3.

1794 JACQUEMOUD, La gratuité des camps scolaires obligatoires et des cours de langue supplémentaires indispensables.

1795 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 144 I 1, consid. 3.2.3. Nous reviendrons à ce principe au Chapitre 8, IV, B, 3, e.

1796 Il existe des craintes que cette obligation pousse les cantons à ne plus prévoir ces camps faute de budget. Voir par exemple la déclaration de AENISHÄNSLIN, C., directrice de Groups.Swiss, la faitière de l'hébergement collectif en Suisse : ARNAUD, Un

Ces principes sont repris par exemple par le canton de Vaud. Il prévoit la prise en charge des coûts des « *frais relatifs aux enfants mineurs comprenant les frais de devoirs surveillés, de rentrée scolaire et de camps scolaires* »¹⁷⁹⁷ en tant que frais hors forfaits¹⁷⁹⁸. De même, Genève prévoit des prestations circonstancielles pour couvrir les frais liés aux activités scolaires des enfants comme les frais effectifs pour les camps scolaires ou les frais de repas ou de cuisine scolaire¹⁷⁹⁹. Si les cantons ne mettaient pas en œuvre ou de manière insuffisante ces obligations, une exigence d'harmonisation pèserait sur la Confédération non seulement au vu de ses obligations internationales, mais également au vu de la Constitution fédérale.

Les NCSIAS précisent au sujet de l'éducation préscolaire que les prestations circonstancielles doivent prendre en considération les besoins particuliers des familles notamment « *d'encouragement, un soutien temporaire de la famille ou la participation à un groupe de jeux peuvent être utiles à l'intégration sociale ou à l'apprentissage de la langue* »¹⁸⁰⁰. Contrairement à l'éducation primaire, l'éducation préscolaire n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 19 Cst¹⁸⁰¹ et une exigence d'harmonisation ne peut être argumentée qu'en relation avec le droit international, comme nous le verrons dans la Sous-section C.

2. Les niveaux secondaire et supérieur

S'agissant des niveaux secondaire et supérieur, il faut rappeler tout d'abord que les exigences de l'art. 19 Cst. ne s'appliquent pas à ces niveaux¹⁸⁰². Toutefois,

arrêt du Tribunal fédéral pourrait signer la mort des camps de ski, 2018, (site web, dernière consultation le 17 novembre 2020). Cf. également : l'interpellation Florence Bettschart-Narbel et consorts – Camps de ski : comment le canton va-t-il appliquer l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 décembre 2017 ? : CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, Réponse du Conseil d'État à l'interpellation Florence Bettschart-Narbel et consorts – Camps de ski : comment le canton va-t-il appliquer l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 décembre 2017 ?, 2019, (site web, dernière consultation le 17 novembre 2020). Toutefois, le Conseil d'Etat vaudois relativise cette crainte et rappelle que seuls « *quelques cantons (BE, NW et NE) contestent ou nuancent cette limite, au motif qu'elle est insuffisante et mettra en péril la tenue des camps* ».

1797 VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art. 22 al. 2 let. d.

1798 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art. 33.

1799 GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, art. 9 al. 12.

1800 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. C.1-6 et 7.

1801 WYTTENBACH, 2015, § 10.

1802 *ibid.*, § 10.

des subsides de formation sont octroyés dans l'ensemble des 26 cantons pour financer une formation ou couvrir les frais de subsistance des étudiants. Ils prennent essentiellement la forme de bourses d'études¹⁸⁰³. Nous avons mentionné l'existence d'un concordat en la matière. Il concerne les premières formations du degré secondaire II, du degré tertiaire et fixe certains standards minimaux¹⁸⁰⁴. Cependant, malgré ce concordat, des différences subsistent¹⁸⁰⁵. Tous les cantons ne l'ont pas ratifié¹⁸⁰⁶ et même pour ceux l'ayant fait une grande liberté pour les cantons est prévue¹⁸⁰⁷.

Pour illustrer les pratiques cantonales, nous pouvons mentionner l'art.15 de ce concordat qui prévoit des montants minimaux. Il exige une allocation minimale de 12'000 francs par année pour une personne en secondaire II et de 16'000 francs pour le niveau tertiaire¹⁸⁰⁸. À titre d'exemples de pratique cantonale de cantons n'ayant pas ratifié ce concordat, nous pouvons citer Schwyz et le Valais. Ce dernier canton prévoit un montant maximum de 12'000 francs uniquement si l'étudiant a un logement hors du canton, contre uniquement 10'550 francs au maximum s'il vit en Valais¹⁸⁰⁹. À Schwyz, un maximum de 10'000 francs est prévu pour le degré secondaire II et seulement 13'000 francs pour le niveau tertiaire¹⁸¹⁰. Ce concordat permettrait au moins de garantir un montant minimal des prestations dans tous les cantons.

Pour le surplus, les lois cantonales d'aides à la formation sont très hétérogènes et présentent beaucoup de différences¹⁸¹¹ à tel point que les chances d'obtenir une aide financière diffèrent selon le lieu de domicile. Certains individus aux besoins similaires ne seront donc pas traités de manière égale

1803 HOFER et OFS, 2006, p. 15, ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 7.

1804 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 41-42, ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 10, CSIAS, 2011a, p. 7.

1805 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 7, HÄNNI, 2015b, § 4.

1806 Le concordat est entré en vigueur le 1^{er} mars 2013 et 21 cantons l'ont ratifié (les cantons manquant sont : VS, NW, SZ, AI, SO) : ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 36, CDIP, Concordat sur les bourses d'études, Brève information, Le concordat de la CDIP sur les bourses d'études, 29 janvier 2020, (site web, dernière consultation le 7 avril 2020), p. 1-2.

1807 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 7, CDIP, Concordat sur les bourses d'études, Brève information, Le concordat de la CDIP sur les bourses d'études, p. 3.

1808 Accord intercantonal sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études, 18 juin 2009, art.15.

1809 VS, Ordonnance sur les allocations de formation (bourses et prêts d'études), (OAF), RS cantonal n°416.100, 24 juin 2011, art. 4 et annexe 1.

1810 SZ, Vollzugsverordnung zum Gesetz über Ausbildungsbeiträge, RS cantonal n° 661.111, 30 avril 2003, § 14.

1811 HOFER et OFS, 2006, p. 15, CSIAS, 2011a, p. 6, CDIP, 2009, p. 4, SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 171, ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 7, HÄNNI, 2015b, § 4.

face à la pauvreté suivant leur lieu de domicile. Plusieurs auteurs évoquent à ce sujet des inégalités de traitement entre individus pour des situations de besoins similaires¹⁸¹². On arrive, dans ces situations, aux limites du fédéralisme qui devient source d'inégalité de traitement¹⁸¹³. La Plateforme des ONG suisses reconnaît que le système de bourses est insuffisant en Suisse et ne permet pas un accès à l'enseignement supérieur¹⁸¹⁴. L'inégalité des chances que subissent les familles pauvres n'est pas compensée. Les enfants ayant grandi dans la pauvreté restent, pour la plupart, pauvres à l'âge adulte et durant leur vie¹⁸¹⁵.

Ayant exposé les régimes cantonaux, nous pouvons maintenant nous pencher sur l'existence et la portée de l'exigence d'harmonisation découlant des obligations du droit international en la matière.

C. La portée de l'exigence d'harmonisation en matière des aides à la formation

Les mesures prises par les cantons en matière d'aides à la formation et à l'éducation que nous venons de présenter sont-elles raisonnables et adéquates? Le noyau dur des obligations des droits humains en matière d'éducation est-il mis en œuvre de manière satisfaisante par les cantons? La Confédération doit-elle harmoniser les droits cantonaux en matière d'aide à l'éducation au vu de ses obligations internationales? En d'autres termes, existe-t-il une obligation d'harmonisation et si oui quelle est sa portée?

Les exigences principales d'harmonisation découlant du droit international que nous allons présenter en matière d'aides à la formation et à l'éducation sont : un enseignement primaire gratuit (Sous-section 1), l'instauration d'un système éducatif tendant vers une égalité des chances (Sous-section 2), un principe privilégiant les bourses plutôt que l'aide sociale (Sous-section 3) et un budget suffisant de ces bourses (Sous-section 4). Ces exigences permettent d'aller dans le sens du CESCR lorsqu'il recommande à la Suisse de « [p]oursuivre ses efforts en vue d'augmenter le taux de réussite scolaire des enfants issus de milieux défavorisés, notamment les enfants (...) issus de familles à faible revenu »¹⁸¹⁶.

1812 GNAEGI, 2012, p. 223, LEGRAND-GERMANIER, 2003, p. 109, le CF estime aussi que le fait que des personnes ne touchant pas les mêmes prestations d'un canton à l'autre alors qu'elles ont les mêmes besoins peut être perçu comme des inégalités de droit et de traitement : CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 10, EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 3-4.

1813 LEGRAND-GERMANIER, 2003, p. 107.

1814 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, 2019b, § 207.

1815 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 2-3.

1816 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 53c.

1. La garantie d'un montant suffisant d'aide sociale pour la prise en charge des frais liés à la scolarité primaire

S'agissant de l'école primaire, nous l'avons dit, l'aide sociale joue un rôle en matière d'éducation. Pour le niveau d'enseignement primaire, les NCSIAS prévoient que le forfait pour l'entretien couvre les frais de scolarité¹⁸¹⁷. Or le forfait pour l'entretien n'est pas le même dans tous les cantons et même le montant recommandé par la CSIAS de 977 francs dès 2020 garantit tout juste le minimum vital et une existence dans la dignité selon cette dernière¹⁸¹⁸. Statistiquement, on l'a vu, la couverture des besoins vitaux des ménages suisses nécessite 1082 francs, soit près de 100 francs de plus que le forfait recommandé¹⁸¹⁹. Nous sommes donc tout à fait d'accord avec l'avis de la CSIAS précité. De plus, les sanctions possibles à l'aide sociale peuvent mettre davantage de pression sur ce forfait. Les cantons prévoient des possibilités de sanction allant jusqu'à 30% et certains vont même jusqu'à l'aide d'urgence¹⁸²⁰. Or, l'éducation reste souvent inaccessible aux plus pauvres. La précarité du logement et l'absence de domicile peuvent constituer des entraves à la scolarisation¹⁸²¹.

Au vu des considérations exposées ci-dessus, l'accessibilité économique du droit à l'éducation primaire peut être compromise et une ingérence passive ou une omission partielle pourrait entrer en compte pour certaines situations. En effet, le forfait de l'aide sociale prévu par les lois cantonales doit couvrir les frais indirects de scolarité primaire des enfants. Il existe un risque pour les enfants de parents à l'aide sociale que l'insuffisance du forfait pour l'entretien influence de manière négative leur formation primaire. De plus, le droit à l'éducation des enfants de ces familles peut être menacé en cas de réductions trop importantes. Nous pouvons conclure que les obligations internationales exigent que les frais allant au-delà de ce que prévoit le forfait pour l'entretien fassent l'objet d'une indemnisation séparée en tant que prestation circonstancielle. Nous renvoyons aux conclusions du Chapitre 6, III, G et pouvons ajouter que les cantons ne mettant pas en œuvre le § 2 de l'art. C.1. 2 NCSIAS n'adopteraient pas les mesures raisonnables pour la mise en œuvre du noyau dur du droit à l'éducation. La Confédération doit prendre des mesures de contrôle pour s'en assurer et une harmonisation des lois de l'aide sociale sur ce point-là est exigée.

1817 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. C.1.2.

1818 CSIAS, 2019a, p. 1.

1819 CSIAS, 2019d, p. 4, CSIAS, 2019c, p. 4.

1820 CSIAS, 2018a, p. 11-12.

1821 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 133-136.

2. L'égalité des chances garantie par le système d'éducation

a. Le système de bourses suisse ne respecte pas l'obligation internationale de contrer la sélectivité sociale

S'agissant de l'égalité des chances, comme nous l'avons expliqué, des subsides de formation sont octroyés dans l'ensemble des 26 cantons pour financer une formation ou les frais de subsistance des étudiants. Ils prennent essentiellement la forme de bourses d'études¹⁸²². Plusieurs acteurs suisses concernés ont émis des opinions quant à la capacité des cantons à garantir un accès à l'éducation sans discrimination. La CDIP note que malgré la forte augmentation des étudiants ces dernières décennies, l'égalité des chances n'a pas été améliorée. L'origine sociale était le facteur le plus important pour la réussite ou non des études¹⁸²³. De même, le Conseil suisse de la science a annoncé au Conseil fédéral, le 1^{er} mai 2019, que l'égalité des chances en matière d'éducation n'existait pas en Suisse et qu'il était préoccupé par l'insuffisance des mesures prises par les cantons et la Confédération afin de lutter contre la sélectivité sociale¹⁸²⁴. L'UNES a également dénoncé, le 20 juin 2019, que le système suisse d'éducation accentuait même les inégalités sociales¹⁸²⁵. Les ONG suisses lors de la rédaction de leur rapport parallèle dans le cadre de l'examen du 4^{ème} rapport de la Suisse auprès du CESC ont également souligné l'insuffisance du système de bourses en Suisse¹⁸²⁶.

Pour illustrer cette sélectivité dans l'éducation, nous pouvons citer le rapport social statistique suisse 2015 de l'OFS qui mentionne que : « [p]rès de deux tiers (...) des enfants dont les parents n'ont pas de formation postobligatoire ont le même niveau de formation que ces derniers. Autrement dit, seuls 34,9% des enfants connaissent une progression par rapport au niveau de formation de leurs parents »¹⁸²⁷. Ces inquiétudes au sujet du système suisse sont

1822 HOFER et OFS, 2006, p. 15, ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 7.

1823 CDIP, 2009, p. 2.

1824 CONSEIL SUISSE DE LA SCIENCE, Recommandations du Conseil suisse de la science CSS pour le message FRI 201-2024, Analyse des objectifs et recommandations d'action à l'attention de la Confédération, 2018, p. 66.

1825 UNES, Communiqué de presse, Étudier : un luxe réservé aux riches ?, 20 juin 2019, (site web, dernière consultation le 6 avril 2020).

1826 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, 2019b, § 207.

1827 RUCH, MEISTER, ADAMOLI, CABALLERO LIARDET, CAPEZZALI, CSONKA, FINK, GAZARETH, GUGGISBERG, HÄNI, KAESER, HOFER KELLENBERGER, MODETTA, RAUSA, SCHLANSER, SCHÖN-BÜHLMANN, SCHWEIZER, VOLLENWEIDER et OFS, Rapport social statistique suisse 2015, Neuchâtel 2015, p. 89. Au sujet du lien entre origine sociale et accès à l'éducation voir : FALCON, Soziale Mobilität in der Schweiz im 20. Jahrhundert: zwischen Demokratisierung der Bildung und Fortbestand der Klassengleichheiten, in Social Change in Switzerland 2016 5, 1ss, p. 3ss.

partagées par WYTTENBACH. Elle souligne que les enfants issus de familles en situation de pauvreté ont des résultats nettement inférieurs à la moyenne en termes d'éducation¹⁸²⁸.

Certes, l'égalité des chances n'est pas uniquement tributaire d'un tel système, mais les bourses jouent un rôle important pour un accès égalitaire à la formation¹⁸²⁹ pour atténuer l'influence de l'origine sociale sur la réussite en matière d'éducation¹⁸³⁰. Comme l'origine sociale reste le facteur déterminant pour la réussite des études en Suisse, les bourses d'études jouent un rôle essentiel pour éviter cette discrimination. Au vu de l'inaptitude du système suisse d'éducation, et donc des bourses, à réaliser le but d'égalité dans l'accès à l'éducation défini comme faisant partie de l'obligation minimale du droit à l'éducation, il est urgent, à notre avis, que les cantons adoptent des mesures supplémentaires et que la Confédération prenne des mesures en vue d'une harmonisation pour s'en assurer. Une harmonisation est donc exigée sur ce point.

De plus, dans ce sens, la CDIP note que le domicile joue aussi un rôle pour la réussite des études et estime que l'harmonisation des bourses d'études conduirait à une nette amélioration de l'égalité des chances entre les habitants des différents cantons, quels que soient leur canton d'origine et leur lieu de domicile¹⁸³¹. Une harmonisation permettrait également de répondre à cette difficulté.

b. La ratification obligatoire du concordat en matière de bourses

Au vu de ces affirmations, une première exigence d'harmonisation peut être constatée. Il s'agit d'exiger des derniers cantons non-signataires de ratifier le concordat en matière de bourses. Dans ce cadre, il est important de mentionner deux instruments à disposition de la Confédération qui sont prévus à l'art. 48a Cst. pour obliger les cantons à coopérer. La Confédération peut donner force obligatoire générale à des conventions intercantionales ou obliger certains cantons à adhérer à des conventions intercantionales dans certains domaines¹⁸³². La Confédération ne peut en effet obliger les cantons à coopérer de cette manière que dans les domaines exhaustivement listés à l'art. 48a al.1 Cst. qui présentent une dimension transfrontalière¹⁸³³. L'instruction publique n'est concernée que pour les domaines visés à l'art. 62 al.4 qui sont la

1828 WYTTENBACH, 2015, § 13.

1829 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 7.

1830 CDIP, 2009, p. 2.

1831 *ibid.*, p. 2-4.

1832 WALDMANN, 2015e, § 5.

1833 *ibid.*, § 14.

scolarité obligatoire, l'âge de l'entrée à l'école, la durée et les objectifs des niveaux d'enseignement et le passage de l'un à l'autre, ainsi que la reconnaissance des diplômes¹⁸³⁴. La Confédération n'a donc pas de compétence pour obliger les cantons à coopérer dans le domaine de l'art.66 Cst des aides à la formation. Toutefois, la Confédération dispose tout de même de moyens d'encouragement à la ratification du concordat dans ce domaine. Au sens de l'art.66 al.Cst., la Confédération peut prendre des mesures législatives visant à encourager l'harmonisation entre les cantons en matière d'aides à la formation comme soumettre ses contributions au financement des cantons à certaines conditions¹⁸³⁵. La Confédération l'a fait en adoptant l'art.4 de la Loi fédérale sur les contributions aux cantons pour l'octroi de bourses et de prêt d'études dans le domaine de la formation du degré tertiaire¹⁸³⁶. Cette loi conditionne expressément l'octroi de subventions fédérales au respect des conditions du concordat.

Même si la Confédération n'a pas de compétence en vertu du droit constitutionnel pour obliger les cantons à coopérer, reconnaître l'exigence de ratification qui découlerait du droit international est important. Cette reconnaissance constitue une mesure qui semble être adéquate, proportionnelle et raisonnable notamment au vu de la légitimité fédérale dont il bénéficie de par l'art.4 de la Loi fédérale sur les contributions aux cantons pour l'octroi de bourses et de prêt d'études dans le domaine de la formation du degré tertiaire précité¹⁸³⁷. Plusieurs autres éléments peuvent être avancés dans ce sens comme la large ratification du concordat et la marge de manœuvre étendue qu'il laisse aux cantons. Cela permettrait de réduire l'inégalité en matière de prévention de la pauvreté entre personnes habitant des domiciles différents. De plus, cela atténuerait également les différences de traitement en fonction de l'origine sociale dans ces cantons-là et on aurait ainsi un montant, au moins minimal, d'aide à la formation dans toute la Suisse.

Au vu du nombre de cantons qui ont ratifié le concordat, nous pouvons appuyer ces conclusions et affirmer qu'au vu de ce consensus, les cantons disposent d'une marge de manœuvre réduite. Ainsi une obligation d'harmonisation en ce sens doit être admise. De plus, au vu des considérations évoquées quant à la discrimination des enfants et des personnes pauvres dans

1834 *ibid.*, § 16.

1835 SAHLFELD, Art.66, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014, § 14

1836 Loi fédérale sur les contributions aux cantons pour l'octroi de bourses et de prêts d'études dans le domaine de la formation du degré tertiaire (Loi sur les aides à la formation), RS 416.0.

1837 *ibid.*

ces domaines, la Confédération a une obligation d'harmonisation renforcée et elle doit prendre des mesures afin d'éviter des inégalités de traitement entre cantons.

c. La promotion du soutien financier à l'encouragement précoce

S'agissant de l'égalité des chances, l'encouragement précoce à l'éducation a une grande importance pour la lutte contre la pauvreté. En effet, le manque d'accès à cet encouragement peut causer des retards d'apprentissages et a une influence sur l'accès aux études supérieures des enfants concernés¹⁸³⁸. Caritas rappelle qu'investir dans l'éducation dès la petite enfance permettrait de réduire les différences de départ qui existent, au début de l'école primaire, entre familles aisées et familles pauvres¹⁸³⁹. Les prestations financières permettant de soutenir les familles pour des places de crèches accessibles financièrement sont primordiales pour garantir cet aspect du droit à l'éducation¹⁸⁴⁰. Nous renvoyons le lecteur à nos conclusions sur les prestations circonstancielles qui recommandent de prendre en charge les besoins de base en matière d'éducation des familles. Nous renvoyons également le lecteur à nos recommandations sur les ACE et PCFam, au vu du soutien financier considérable qu'elles représentent pour les familles. Ces prestations doivent également contribuer à cet aspect primordial du droit de l'éducation pour l'égalité des chances au sein du système éducatif suisse. Ainsi, s'agissant des prestations financières cantonales permettant une mise en œuvre de cette éducation nous renvoyons à ces développements qui peuvent être repris par analogie pour admettre une exigence d'harmonisation pour l'éducation précoce.

3. Des bourses plutôt qu'une aide sociale

Les bourses d'études ne couvrent pas souvent le minimum vital, ce qui aggrave le problème d'égalité des chances. Elles sont donc peu utiles pour les bénéficiaires de l'aide sociale¹⁸⁴¹. Ainsi elles doivent être complétées par l'aide sociale. Or, celle-ci n'a pas le rôle de financer des formations¹⁸⁴². Les bourses d'études sont conçues uniquement comme contributions aux frais¹⁸⁴³. Avec l'aide sociale qui se concentre sur le minimum vital et non sur la formation et les bourses d'études qui se concentrent uniquement sur cette dernière,

1838 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 3.

1839 HEGGLI et CARITAS, *Vaincre la pauvreté par la formation, La position de Caritas sur le rôle de la politique de formation dans la prévention de la pauvreté*, Lucerne 2011, p. 6.

1840 FREDRICH et CARITAS, 2017, p. 9-10.

1841 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 171, CSIAS, 2011a, p. 7.

1842 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 41, CDIP, 2009, p. 6.

1843 CSIAS, 2011a, p. 2.

l'encouragement cohérent des formations des jeunes issus de familles en situation de pauvreté est rendu très compliqué¹⁸⁴⁴. Une coordination entre bourses d'études et aide sociale est absente en Suisse presque partout¹⁸⁴⁵.

Nous avons déjà parlé du programme du canton de Vaud appelé FORJAD quand nous présentions les avantages que peut avoir le fédéralisme sur les droits humains¹⁸⁴⁶. Il possède une caractéristique très intéressante en permettant aux jeunes adultes de passer de l'aide sociale aux bourses tout en bénéficiant de la garantie de leur minimum vital¹⁸⁴⁷. Selon la CSIAS, FORJAD mérite l'attention de toute la Suisse et elle recommande de fixer des montants de bourses permettant de couvrir le minimum vital¹⁸⁴⁸. Il a contribué à de très bons résultats en matière de prévention de la pauvreté en ville de Lausanne contrairement à la situation dans les autres cantons¹⁸⁴⁹. Au vu de ces bons résultats et malgré l'absence de consensus dans les cantons, selon nous, une harmonisation est exigée par le noyau dur du droit à l'éducation sur le principe de bourses d'études plutôt que l'aide sociale. La démarche du canton de Vaud peut être considérée comme avant-gardiste au sens de nos degrés du consensus cantonal exposé au Chapitre 2, I. De plus, cette approche permettrait de mettre en œuvre également les obligations découlant du standard minimum de vie prévu par l'art.11 ONU I et l'art.12 Cst. pour les jeunes en formation. Enfin, cette mise en œuvre de l'obligation semble respecter l'autonomie cantonale. En effet, seule l'adoption du principe de la bourse plutôt que de l'aide sociale peut être exigée par notre thèse et le reste de la mise en œuvre est laissé à la libre appréciation des cantons. Une telle harmonisation dans l'ensemble des cantons suisses permettrait une amélioration significative de la prévention de la pauvreté dans le pays. Des inégalités de traitement pourraient ainsi être évitées entre personnes de différents cantons dans l'accès à l'éducation et à la formation.

4. Un budget suffisant pour les bourses d'études

Au sujet des budgets consacrés à l'éducation dans les cantons, une ingérence passive ou une omission partielle est visible. Elle ne semble pas justifiée au vu du principe des ressources maximales et une exigence d'harmonisation peut être constatée. À ce sujet, le CESCER regarde le montant alloué à l'éducation

1844 *ibid.*, p. 6-7.

1845 *ibid.* p. 6.

1846 Cf. Chapitre 1, III, D, 1, b.

1847 CSIAS, 2011a, p. 7.

1848 *ibid.*, p. 4 et 9.

1849 LE MATIN, Le taux de l'aide sociale continue d'augmenter, 7 novembre 2017, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

comme indicateur de réalisation du droit¹⁸⁵⁰. Il est ainsi intéressant de regarder ces montants dans les cantons. Par exemple, au niveau des bourses, il est édifiant de mentionner le montant moyen d'une bourse par habitant et par canton. Il s'échelonne entre seize francs pour le canton de Zoug jusqu'à 92 francs pour le canton de Vaud sans qu'il y ait aucun lien avec les ressources financières d'un canton¹⁸⁵¹. De même, la proportion cantonale des bénéficiaires de bourses varie beaucoup d'un canton à l'autre allant de 20% au Grisson à 3% à Zoug pour le degré tertiaire¹⁸⁵². Ces différences ne semblent pas justifiées au regard du principe de l'utilisation des ressources maximales. En effet, aucun lien direct n'a été démontré entre le montant dépensé par habitant et les ressources financières des cantons. Par exemple, Zoug dépense près de cinq fois moins que le canton de Vaud pour un indice des ressources disponibles plus de deux fois plus élevé¹⁸⁵³. Même si cette indication n'est pas encore une preuve irréfutable d'une mauvaise utilisation des ressources de la part du canton de Zoug, elle en constitue un indice. En effet, le coût de la vie qui comprend l'indice des prix à la consommation et le niveau moyen des loyers sont proches entre ces deux cantons, voire même plus élevés à Zoug concernant les loyers¹⁸⁵⁴. Il est donc vraisemblable que le coût de la vie des étudiants ne diffère pas non plus fondamentalement entre régions, du moins pas de manière à justifier une telle différence dans l'utilisation des ressources en relation avec les bourses d'études¹⁸⁵⁵. Pour un autre exemple, le canton de Lucerne est de plus en plus réticent à accorder des bourses d'études et a adopté ces dernières années des mesures de réductions des coûts faisant baisser constamment le nombre de bénéficiaires de bourses¹⁸⁵⁶. Les mesures

1850 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 1108.

1851 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 14ss.

1852 *ibid.*, p. 18ss.

1853 *ibid.*, p. 14.

1854 Pour l'indice du prix à la consommation : ROH et OFS, Indice des prix à la consommation (décembre 2015 = 100), Bases méthodologiques, Neuchâtel 2015, p. 13-14, pour le niveau moyen des loyers : OFS, Loyer moyen par canton, Loyer moyen en francs par canton, en 2017, 2019b, (site web, dernière consultation le 21 octobre 2020).

1855 D'ailleurs selon une étude de l'OFS de 2005, un des facteurs influençant le plus les dépenses totales des étudiants d'HES et d'Université était le coût des logements de la région, qui nous l'avons dit est même plus élevé à Zoug. À ce sujet voir : BOEGLI, INVERSIN, MÜLLER, TEICHGRÄBER et OFS, Conditions de vie et d'études dans les hautes écoles suisses, Publication principale de l'enquête sur la situation sociale des étudiant.e.s, 2005, Neuchâtel 2007, p. 64.

1856 TROXLER, Von 0 auf 10'200 Franken – Wie eine Luzerner Studentin um Stipendien kämpfte, Der Kanton Luzern ist bei der Stipendienvergabe zurückhaltend. Ein Beispiel zeigt, dass sich Kämpfen lohnen kann, Luzerner Zeitung, 2019, (site web, dernière consultation le 11 mai 2020).

cantonales trop restrictives ne remplissent donc pas le test du caractère raisonnable et semblent manifestement trop restrictives, au vu du but à atteindre.

Pour l'enseignement primaire, ce sont les enfants qui seront traités différemment alors qu'ils n'ont pas le choix de leur domicile. Pour l'égalité des chances au niveau d'éducation secondaire, il s'agit également en majeure partie d'enfants. Pour l'enseignement supérieur, ce sont des personnes en situation de pauvreté qui ne sont donc pas traitées de manière égale face à d'autres personnes avec des besoins similaires dans d'autres cantons. Ces différences constituent une discrimination basée sur le domicile pour ces personnes que la Confédération doit combattre et une harmonisation est d'autant plus exigée. En effet, de grandes différences dans les dépenses publiques résultant dans des qualités différentes des services d'éducation selon le lieu de résidence peuvent constituer une discrimination¹⁸⁵⁷. Cette discrimination constitue une circonstance appuyant la nécessité de la prise de mesure en vue d'une harmonisation par la Confédération afin que les cantons respectent leurs obligations minimales.

Nous avons fini d'exposer les exigences d'harmonisation découlant du droit international face aux droits cantonaux. Dans une de ces situations, notre famille Harmonie pourrait-elle pour autant agir en justice pour critiquer ces ingérences passives ou omissions complètes ou partielles des cantons ? En effet, comme le contrôle judiciaire est le mode principal d'intégration, nous traiterons de la justiciabilité dans un chapitre particulier, soit le chapitre suivant.

1857 COURTIS et TOBIN, 2019, p. 1076, CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10§ 35.

Chapitre 8 : La justiciabilité des obligations internationales des cantons dans les domaines étudiés

Le contrôle judiciaire est le mode principal d'intégration normative en vue d'une harmonisation pour notre thèse. Prenons l'exemple de Madame Harmonie. Si elle saisit un tribunal pour qu'il évalue certains aspects des lois cantonales d'aide sociale au regard des obligations de droit international, l'exigence d'harmonisation que nous venons de présenter pourra être constatée par ce tribunal s'il suit notre argumentation. Dans ce cas et en particulier si ce tribunal est le Tribunal fédéral, une harmonisation des lois cantonales d'aide sociale pourra être mise en pratique. Nous expliquerons ce processus en détail au Chapitre 9, I. Toutefois, le caractère justiciable d'une norme est nécessaire au contrôle judiciaire. Nous devons donc nous arrêter sur cette notion (Section I). Le Conseil fédéral et le TF ont une approche particulière s'agissant de la mise en œuvre du Pacte ONU I en Suisse. Cette approche a certaines conséquences (Section II). Nous proposerons une approche alternative à cette vision en retenant au moins le noyau dur comme étant justiciable (Section III). Puis, dans les deux dernières sections, nous proposerons deux approches pour concrétiser la justiciabilité de ce noyau dur dans la jurisprudence du TF. Premièrement, nous évoquerons la justiciabilité du mandat législatif (Section IV). Deuxièmement, nous présenterons l'interprétation intégrative des droits de la CEDH (Section V).

Il est important de souligner ici que cet ouvrage ne cherche pas à démontrer la justiciabilité des droits humains traditionnellement considérés comme des DESC. Cette question a en effet été maintes fois abordée dans la doctrine suisse¹⁸⁵⁸. L'étude de la justiciabilité ne vise qu'à fournir un argument fort appuyant notre démonstration des chapitres 4 à 7. Au vu des pratiques cantonales actuelles, la discussion doit se déplacer vers d'autres considérations centrales. Il est important de ne plus mettre au centre de la discussion les éventuels abus des bénéficiaires ou le manque de ressources justifiant des

1858 Voir à ce sujet par exemple : CHATTON, 2013 ou WILSON, 2010

restrictions de prestations d'aide sociale¹⁸⁵⁹. Il faut se concentrer sur les droits et les obligations juridiquement contraignantes de l'État. La reconnaissance de la justiciabilité des droits humains est à notre sens une possibilité de procéder à ce déplacement. Si les acteurs concernés sont conscients que les pratiques restrictives en matière d'aide sociale touchent aux droits humains de personnes vulnérables et que ces atteintes peuvent être contrôlées par un tribunal, ils auront peut-être plus de réticences à les proposer. Une argumentation forte en intégrant la reconnaissance de la justiciabilité des obligations que nous avons constatées peut contribuer à recentrer la discussion sur les droits humains des personnes concernées.

I. Les notions d'applicabilité directe et de justiciabilité

Avant toute chose, il convient de préciser les termes d'applicabilité directe et de justiciabilité. Ces termes sont similaires sans être exactement identiques. Premièrement, nous allons expliquer la notion d'applicabilité directe. L'applicabilité directe se réfère à la possibilité des tribunaux nationaux de protéger un droit du niveau international sans nécessité de se fonder sur des lois internes garantissant ce droit particulier¹⁸⁶⁰. Elle renvoie à la question de savoir ce qu'un tribunal peut faire avec une norme¹⁸⁶¹. À l'inverse, lorsque par exemple les conséquences financières sont lourdes ou qu'une appréciation politique est nécessaire, l'applicabilité directe est moins évidente. La tâche de concrétiser une norme du droit international revient au parlement en vertu du principe de la légalité ; la norme n'est alors pas directement applicable¹⁸⁶². Selon un avis doctrinal répandu, les normes jugées non directement applicables sont considérées de nature programmatrice et doivent être concrétisées par le législateur avant de fonder des droits et obligations aux particuliers¹⁸⁶³ et comme ne conférant pas de droits subjectifs invocables en justice¹⁸⁶⁴.

1859 Cf. Chapitre 8, IV, C, 3

1860 Explications inspirées de : SCHMID, 2019, p. 55-56.

1861 *ibid.*, p. 56.

1862 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2106.

1863 CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2087-2090, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 5-7, PERRIN, 1999, p. 830, PÉTERMANN, 2014, p. 15-16.

1864 ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Quatrième rapport périodique soumis par la Suisse en application des articles 16 et 17 du Pacte, attendu en 2015, PIDESC, E/C.12/CHE/4, 2018, § 16, WILSON, 2010, p. 1506.

Cette notion d'invocabilité des droits en justice est liée à la notion du caractère justiciable des normes. Il convient donc de préciser la notion de justiciabilité. Il faut souligner que la terminologie concernant le terme de justiciabilité est fluctuante¹⁸⁶⁵, controversée et vague¹⁸⁶⁶. Beaucoup d'auteurs ont défini la justiciabilité¹⁸⁶⁷, mais nous retiendrons les définitions qui suivent. Selon HACHEZ, elle vise : « *la possibilité de revendiquer directement devant le juge national la disposition internationale [...] pour obtenir la reconnaissance du droit subjectif qu'elle consacre ou pour écarter la norme interne qui lui est contraire* »¹⁸⁶⁸. Selon COURTIS, Professeur à l'Université de Buenos Aires, la justiciabilité est « *the possibility for people who claim to be victims of violations of [...] rights to file a complaint before an impartial body and request adequate remedies or redress is a violation has occurred or is likely to occur* »¹⁸⁶⁹. Ainsi, la justiciabilité permet de répondre à la question de savoir si les tribunaux internes peuvent examiner la relation entre les lois internes et les obligations internationales dans le cas d'un recours d'un particulier¹⁸⁷⁰.

Nous sommes d'avis que les notions de justiciabilité et d'applicabilité directe ne sont pas forcément liées et que des normes peuvent être justiciables, sans être directement applicables¹⁸⁷¹. Même si la notion d'applicabilité directe est étroitement liée à la notion de justiciabilité, comme le dit Besson, elle « *ne se limite pas à elle* »¹⁸⁷². L'applicabilité directe répond à la question de savoir si un tribunal peut protéger un droit international sans se fonder sur des lois internes. La justiciabilité quant à elle répond à la question de savoir si ce tribunal a la possibilité d'examiner le respect d'obligations internationales dans le cadre d'un recours d'un particulier. L'applicabilité directe se concentre donc sur l'aptitude d'une norme à fonder une décision alors que la justiciabilité ne

1865 BESSON, *Droit international public : précis de droit et résumés de jurisprudence*, Berne 2019, p. 409.

1866 WÜGER, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Berne 2005a, p. 10.

1867 KAUFMANN, *Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen in Jusletter* 2017 16, 1ss. 2, VERDROSS, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3^e éd., Berlin 1984, § 863ss. pour la vision du CESCR sur la question : CESCR, *Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 10*, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 1.

1868 HACHEZ, *Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : focus sur la notion polysémique d'effet direct*, in *La Revue des droits de l'homme* 2015 7, 1ss, p. 2.

1869 COURTIS, 2009, p. 379.

1870 CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2087-2090, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 5-7.

1871 Dans le même sens : SCHMID, 2016, p. 19.

1872 BESSON, 2019, p. 409.

visé qu'à déterminer la possibilité de saisine du tribunal. Une absence d'applicabilité directe ne présuppose pas forcément une absence de justiciabilité.

C'est ce qu'a par exemple constaté la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans son arrêt désormais célèbre « *Grootboom et autres* »¹⁸⁷³. Elle a souligné qu'au regard du droit au logement : « *[t]he state must create the conditions for access to adequate housing for people at all economic levels of our society* »¹⁸⁷⁴. On comprend par cette phrase que le droit n'est pas directement applicable, car il exige une autre mesure de mise en œuvre. Toutefois, il est bel et bien justiciable pour la Cour qui estime que l'État doit s'assurer que ces mesures soient « *reasonable* »¹⁸⁷⁵ puisqu'il s'agit du critère qu'elle applique lors de l'évaluation des mesures étatiques¹⁸⁷⁶. La Cour a donc ouvert la possibilité d'un examen judiciaire d'une norme non directement applicable. Par rapport à notre thèse, on pense aux mandats législatifs que nous verrons à la Section IV de ce chapitre. Un tribunal peut en effet évaluer l'action du législateur et le cas échéant, le condamner tout en se limitant à lui demander d'adopter une loi d'application pour une mise en œuvre raisonnable et adéquate du droit humain en cause. C'est ce qu'a demandé la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans l'affaire précitée en estimant que le programme de réalisation du droit au logement : « *may also require framework legislation at national level* »¹⁸⁷⁷.

Dans la doctrine suisse, cette distinction n'est pas claire. Par exemple, selon AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, des normes de droit international sont considérées directement applicables, si elles « (...) [sont] suffisamment déterminées et claires pour constituer le fondement d'une décision concrète, (...) [sont] justiciables, [ont] pour contenu des droits et obligations des particuliers et comme destinataires les autorités qui sont chargées de les appliquer »¹⁸⁷⁸. On a donc l'impression que la justiciabilité est un sous-élément de l'applicabilité directe. Si cette justiciabilité n'était pas présente, l'applicabilité directe ferait également défaut. Ensuite cette définition de l'applicabilité directe présente une difficulté de compréhension par rapport au critère de la clarté. Ce critère se rapproche selon nous de celui de la précision de la norme qui est au centre

1873 Du même avis au sujet de la Cour d'Afrique du sud : SCHMID, 2016, p. 19.

1874 COUR CONSTITUTIONNELLE D'AFRIQUE DU SUD, Affaire Gouvernement d'Afrique du Sud et autres c. Irene Grootboom et autres, Case CCT 11/00, 2000 (11) BCLR 1169, § 35.

1875 *ibid.*, § 41.

1876 Cf. Chapitre 4, I, A, 3, b (i).

1877 COUR CONSTITUTIONNELLE D'AFRIQUE DU SUD, Affaire Gouvernement d'Afrique du Sud et autres c. Irene Grootboom et autres, Case CCT 11/00, 2000 (11) BCLR 1169, § 40.

1878 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 691, voir aussi : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 124 III 90, 22 décembre 1997, consid. 3a.

de la vision du TF et du Conseil fédéral de la notion de justiciabilité¹⁸⁷⁹. La justiciabilité d'une disposition de droit international est, selon eux, subordonnée à la condition qu'elle soit suffisamment précise¹⁸⁸⁰. En général, une règle est suffisamment précise si elle permet de former la base d'une décision concrète¹⁸⁸¹. Donc une norme ne peut être justiciable que si elle est susceptible de fonder une décision dans un cas d'espèce¹⁸⁸². Puisque ce critère est également mentionné dans la définition de l'applicabilité directe, on arrive à un raisonnement circulaire et peu clair qui mélange applicabilité directe et justiciabilité. Ce raisonnement fait dépendre la justiciabilité d'une norme, donc la possibilité pour un tribunal de l'examiner, d'une certaine précision. Cette précision serait elle-même présente en cas de possibilité pour ce tribunal de fonder une décision sur cette norme. La jurisprudence du TF n'est pas donc pas très claire et renforce l'ambiguïté de la notion de la justiciabilité en n'offrant que peu de repères¹⁸⁸³.

Ce critère de la précision est d'ailleurs controversé en doctrine¹⁸⁸⁴. Par exemple, KAUFMANN estime que la seule caractéristique des droits constitutionnels est leur justiciabilité. Selon lui, la précision suffisante d'une norme

1879 Il faut souligner que la pratique du TF est bien plus nuancée, voir sur ce point : WÜGER, 2005a, p. 228ss. De plus, le TF se fonde sur ce critère même si parfois il n'est pas convaincant, voir par exemple : SCHMID, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4.5.2010, X. c. Z., Rekurs; BGE 136 I 290-295, in PJA 2011, 983ss, p. 983, qui estime que lors de l'ATF 136 I 290, l'application du critère de précision n'est pas convaincante concernant une disposition aussi précise que l'art. 7 let. d PIDESc prévoyant la garantie de la rémunération des jours fériés.

1880 WÜGER, 2005a, p. 223, KAUFMANN, 2017, p. 3, MOLINARI, 2018, p. 333, KRADOLFER, 2013, p. 529, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 II 243, 22 mai 2013, consid. 10, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 16, consid. 4.3.2, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2105, GOLAY, Le Protocole facultatif se rapportant au PIDESC et la Suisse, in PJA 2013b, 483ss, p. 487ss, et les références citées, ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Quatrième rapport périodique soumis par la Suisse en application des articles 16 et 17 du Pacte, attendu en 2015, PIDESC, E/C.12/CHE/4, § 14, CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire, FF 1991 I 1129, 1991, p. 1142, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2105. Par exemple sont considérées directement applicables : les dispositions de l'Accord sur la libre circulation des personnes relatives au droit des étrangers : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 II 249, 17 janvier 2003, consid. 3.3, ou l'art. 12 CDE : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 124 III 90, consid. 3a.

1881 DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 244-245, PERRIN, 1999, p. 831, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 98 Ib 385, 13 octobre 1972, consid. 2a, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 100 Ib 226, 12 juillet 1974, consid. 3, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2105, *ibid.*, p. 2087-2090, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 5-7, HACHEZ, 2015, p. 2.

1882 CORBAZ, Les mineurs non accompagnés en droit d'asile : étude du droit suisse à la lumière du droit international des droits de l'enfant, Berne 2019, p. 100.

1883 Pour un avis similaire : WÜGER, 2005a, p. 227-228.

1884 *ibid.*, p. 248ss et les auteurs cités.

n'est pas un critère indépendant du caractère applicable, mais uniquement un sous-élément¹⁸⁸⁵. Il estime que le critère de précision n'est qu'un indicateur de l'applicabilité directe, car des normes dites programmatrices et peu précises peuvent également être examinées par un tribunal¹⁸⁸⁶. WÜGER souligne que le fait de se fonder uniquement sur une clarté textuelle pour déterminer le caractère justiciable n'est pas cohérent au vu des nombreux éléments ne venant pas du texte qui doivent être pris en compte lors de l'interprétation d'une norme¹⁸⁸⁷. Ces critiques nous semblent convaincantes, au vu notamment de nos développements concernant l'interprétation et l'importance de la prise en compte d'éléments autres que le texte d'une norme¹⁸⁸⁸.

Pour conclure, nous sommes d'avis qu'une norme peut être justiciable sans nécessairement être directement applicable. Ainsi, un tribunal pourrait examiner une norme de droit international tout en la considérant comme non directement applicable à l'image de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. Dans ce cas-là, le juge devra se contenter d'enjoindre aux législateurs d'adopter de nouvelles normes. Toutefois, comme nous l'avons dit, le TF dans la plupart de ses arrêts et une partie de la doctrine ne font pas cette distinction et estiment que pour être considérée justiciable ou directement applicable, la norme doit être concrète et ses conséquences juridiques prévisibles et évaluable¹⁸⁸⁹, ce qui est une affaire d'interprétation à apprécier au cas par cas¹⁸⁹⁰. Cette approche appliquée au Pacte ONU I par exemple a de grandes conséquences qui amènent souvent à nier la justiciabilité de normes qui ne seraient pas directement applicables. Cette approche soulève bon nombre de contrearguments que nous allons aborder à la section suivante.

1885 KAUFMANN, *Der öffentlichrechtliche Anspruch: unter besonderer Berücksichtigung seiner Rolle im Prozessrecht*, Zurich 2015, p. 82ss.

1886 *ibid.*, p. 92-93.

1887 WÜGER, 2005a, p. 249.

1888 Cf. Chapitre 3, II.

1889 Voir à ce sujet : MOLINARI, 2018, p. 336 et KÄLIN, *Völkerrecht: eine Einführung*, 4^e éd., Berne 2016, p. 129-131.

1890 COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FÉMININES, *Guide de la CEDEF pour la pratique juridique*, Partie 3, La validité et l'application de la Convention CEDEF en Suisse, 2019a, (site web, dernière consultation le 6 avril 2020), p. 4. TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 I 290, consid. 2.3.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 I 140, 22 septembre 2000, consid. 2b, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 120 Ia 1, 11 février 1994, consid. 5b, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2105. Pour PERRIN également, les organes étatiques devant appliquer les dispositions conventionnelles doivent utiliser les règles d'interprétation du droit international public : PERRIN, 1999, p. 828.

II. Les conséquences de l'approche classique du Conseil fédéral et du TF et ses contre-arguments

Dans cette section nous expliquerons les conséquences de l'approche généralement suivie par le Conseil fédéral et le TF concernant la justiciabilité des normes des droits humains. Elle a des conséquences sur les droits du PIDESC, de la CDE et de la CEDEF (Sous-section A). Toutefois, il existe bon nombre d'arguments critiquant cette vision (Sous-section B).

A. Les conséquences de cette vision sur les droits du PIDESC, de la CDE et de la CEDEF

En règle générale, le droit international est directement applicable. Ceci découle des art. 189 al.1 let.b et 190 Cst¹⁸⁹¹. Cet effet direct est reconnu, par exemple, pour la CEDH pour ses dispositions de droit matériel¹⁸⁹². Toutefois, le Conseil fédéral et le TF ne reconnaissent l'effet direct que de manière très limitée en Suisse pour le Pacte ONU I et pour d'autres dispositions qui nous intéressent particulièrement dans cette thèse¹⁸⁹³. Le TF considère que les articles 6 à 15 du Pacte ONU I contiennent un catalogue de droits programmatiques s'adressant au législateur et non au juge. Ils ne conféraient donc pas, sauf quelques exceptions, de droits subjectifs¹⁸⁹⁴. De plus, le TF nie également le caractère justiciable de dispositions nous intéressant de la CDE et de la CEDEF¹⁸⁹⁵.

1891 PERRIN, 1999, p. 831, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 98 Ib 385, consid. 2a, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 100 Ib 226, consid. 3, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2105, WYTTEBACH, 2017, p. 290.

1892 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport à l'Assemblée Fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, FF 1968 II 1069, 1968, p. 1086.

1893 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 678, GOLAY, 2013b, p. 490ss, WYTTEBACH, 2017, p. 290-291, ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Quatrième rapport périodique soumis par la Suisse en application des articles 16 et 17 du Pacte, attendu en 2015, PIDESC, E/C.12/CHE/4, § 16, COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FÉMININES, Guide de la CEDEF pour la pratique juridique, Partie 3, La validité et l'application de la Convention CEDEF en Suisse, p. 5.

1894 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 I 290, consid. 2.3.1, (art. 7 let.D ONU I).

1895 WYTTEBACH, 2017, p. 290-291, COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FÉMININES, Guide de la CEDEF pour la pratique juridique, Partie 3, La validité et l'application de la Convention CEDEF en Suisse, p. 1.

Le TF a confirmé cette jurisprudence à maintes reprises¹⁸⁹⁶ et s'en tient ainsi à une vision traditionnelle des DESC¹⁸⁹⁷, voire même dépassée comme nous le verrons à la sous-section suivante. Cette vision est, à première vue, confirmée en Suisse par la Constitution, ses buts sociaux et une reconnaissance explicite limitée des droits humains traditionnellement considérés comme des DESC¹⁸⁹⁸. Les seuls droits sociaux justiciables prévus explicitement dans le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale sont : le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (article 12), le droit à un enseignement de base (article 19) et le droit de grève, composante du droit à la liberté syndicale (article 28)¹⁸⁹⁹. Selon l'art.41 al.4 Cst. : « [a]ucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut être déduit directement des buts sociaux »¹⁹⁰⁰. Cette pratique repose aussi sur le Message lors de l'adoption du Pacte ONU¹⁹⁰¹. Le Conseil fédéral avait précisé que, selon lui, le Pacte ONU I n'imposait que des obligations à caractère programmatoire qui ne créaient pas de droits subjectifs et justiciables¹⁹⁰². C'est avec ce type d'argumentation que le Conseil fédéral n'a toujours pas voulu signer le protocole facultatif du pacte ONU I¹⁹⁰³. Le Conseil fédéral a également confirmé cette vision à maintes reprises¹⁹⁰⁴. Les dispositions du PIDESC confèreraient : « *des droits non directement applicables, exigeant une intervention de la part de l'État, une action et la fourniture*

1896 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 161, 30 avril 2009, consid. 2.2, au sujet de l'art.9 ONU I, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 130 I 113, 8 avril 2004, consid. 3.3, au sujet de l'art.13 al.2 let.C ONU I, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 123 II 472, 9 juillet 1997, consid. 4d, au sujet de l'art.26 ONU II, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 122 I 101, 24 mai 1966, consid. 2a, au sujet de l'art.11 ONU I, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 V 246, 20 juillet 1995, consid. 2ss, au sujet de l'art.9 ONU I, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 120 Ia 1, consid. 5s, au sujet de l'art.13 al.2 let.c ONU I.

1897 WILSON, 2010, p.1506.

1898 *ibid.*, p.1505-1506, GOLAY, 2013b, p.489.

1899 GOLAY, 2013b, p.489.

1900 Ceci est confirmé par le : CONSEIL FÉDÉRAL, 1996, p.203-204.

1901 COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FÉMININES, Guide de la CEDEF pour la pratique juridique, Partie 3, La validité et l'application de la Convention CEDEF en Suisse, p.5, GOLAY, 2013b, p.491.

1902 HERTIG RANDALL et CHATTON, Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, in : Rapports suisses présentés au XIX^e Congrès international de droit comparé = Swiss reports presented at the XIXth International Congress of Comparative Law : Vienne, du 20 juillet au 26 juillet 2014, (Schulthess, édit.), Vienne 2014, p.289ss, p.293, et CONSEIL FÉDÉRAL, 1991, p.1140.

1903 HERTIG RANDALL et CHATTON, 2014, p.293.

1904 ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Deuxième et troisième rapports périodiques, soumis en un seul document, en vertu des articles 16 et 17 du Pacte, PIDESC, E/C.12/CHE/2-3, 2009, §37, ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Quatrième rapport périodique soumis par la Suisse en application des articles 16 et 17 du Pacte, attendu en 2015, PIDESC, E/C.12/CHE/4, §16, et même dans : ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Réponses de la Suisse à la liste de points concernant le quatrième rapport périodique, PIDESC, E/C.12/CHE/Q/4/Add.1, 10 juillet 2019, §1.

de prestations positives» et puisqu'étant «*formulés en des termes vagues et imprécis, les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas obligatoires, ni susceptibles de recours judiciaire*»¹⁹⁰⁵. Ainsi, selon le Conseil fédéral et le TF, un contrôle judiciaire ne serait pas possible¹⁹⁰⁶ pour les dispositions explicitement nommées DESC. Celles-ci fondent la plupart de nos recommandations des Chapitres 6 et 7. Une exigence d'harmonisation qui découle de ces dispositions ne pourrait donc pas être constatée par un tribunal. Toutefois, des contre-arguments à cette thèse existent en nombre et permettent de soutenir la possibilité d'un contrôle judiciaire des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation que nous avons identifiées. Ceci permettrait à la Confédération de disposer d'un moyen prometteur pour mettre en œuvre ces exigences d'harmonisation¹⁹⁰⁷.

B. Les contre-arguments à cette vision des droits humains

Cette approche restreint la justiciabilité des droits humains. Cette vision imposant une différence entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels est très critiquée en doctrine et par les institutions internationales¹⁹⁰⁸. Certes les questions en matière de sécurité sociale sont parfois délicates à examiner d'un point de vue judiciaire, puisque les droits humains sociaux en particulier nécessitent la mise en place d'infrastructures importantes (notamment le droit à la sécurité sociale)¹⁹⁰⁹. Toutefois, la vision du TF n'est pas celle de nombreux auteurs (Sous-section 1), ni des organes des

1905 WILSON, 2010, p. 1504, MALINVERNI, Les pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen, in : Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte: La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, (Lichtenhahn, édit.), Bâle, Francfort-sur-le-Main 1991, p. 54-56

1906 Par exemple : KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2^e éd., Berne 1994, p. 149.

1907 Cf. Chapitre 9, I, B, 4 et 5.

1908 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 164ss, WILSON, 2010, p. 1506-1507, GOLAY, 2013b, p. 486, NOWAK, 2005, p. XXI, MALINVERNI, 1991, p. 56, ROMAN, 2012, p. 88-89, GERDS, 2012a, p. 123, RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 113ss, HCDH, 2004b, p. 10ss, HERTIG RANDALL et HOTTELIER, 2014, p. 51 WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS, Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23, repris par la Résolution n°48/121 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 février 1994, A/RES/48/121, 25 juin 1993, § 5, BOYLE, 2018, p. 6, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 10, KRADOLFER, 2013, p. 550. Contra pour la thèse classique par exemple : BOSSUYT, La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, in Revue des droits de l'homme 1975 VIII(4), 783ss, p. 789, DUBEY, 2018, p. 65.

1909 KÜNZLI, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte: ein Beitrag zum Zusammenspiel von Menschenrechten, humanitärem Völkerrecht und dem Recht der Staatenverantwortlichkeit, Berlin 2001, p. 280ss.

traités (Sous-section 2). Cette vision n'est pas non plus conforme à l'entrée en vigueur de différents protocoles instituant des procédures de plaintes pour les traités des droits humains (Sous-section 3). Ensuite, le droit cantonal garantit une certaine justiciabilité de certains aspects des droits du PIDESC ou des autres dispositions traditionnellement nommées comme des DESC, droits qui intéressent les personnes en situation de pauvreté (Sous-section 4). De même, la reconnaissance d'une justiciabilité pour l'ensemble des droits humains ne pose pas de problème pour différentes juridictions étrangères (Sous-section 5).

1. Les avis doctrinaux

Outre les controverses liées à la notion de justiciabilité et celles liées au critère de précision du TF expliquées en Section I, certains auteurs considèrent, comme nous, qu'il est même tout à fait possible de mettre en place un contrôle judiciaire de ces droits. Pour CHATTON, les droits sociaux économiques et culturels doivent être considérés en général comme justiciables et directement applicables « à la même enseigne que les droits civils et politiques »¹⁹¹⁰. AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, quant à eux, considèrent que la thèse de l'absence de justiciabilité des droits sociaux est « trop absolue »¹⁹¹¹. WILSON estime que cette vision est *largement dépassée*¹⁹¹² et *fondamentalement erronée*¹⁹¹³. SCHWEIZER est également de cet avis. Il estime que : « [d]as bedeutet, dass das Konzept der Sozialverfassung offener betrachtet werden sollte »¹⁹¹⁴. Enfin, il est intéressant de relever que, même dans l'ordre judiciaire, cette jurisprudence du TF a été critiquée, par exemple, par une Commission de droit cantonal vaudois au sujet du droit à l'éducation¹⁹¹⁵.

En outre, d'autres auteurs rappellent qu'un contrôle judiciaire est possible face au législateur. Refuser cette possibilité dans tous les cas n'est pas une voie viable¹⁹¹⁶. KÜNZLI estime qu'un contrôle est possible si une législation est absolument nécessaire pour atteindre un objectif du Pacte et que cette

1910 CHATTON, 2013, p. 457ss.

1911 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 682.

1912 WILSON, 2010, p. 1504.

1913 *ibid.*, p. 1506.

1914 SCHWEIZER, 2014a, p. 886.

1915 COMMISSION DE RECOURS DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE, Arrêt CRUL 019/17, 31 mai 2017, (site web, dernière consultation le 27 février 2020), consid. 4.3.

1916 Voir notamment : KÜNZLI, Soziale Menschenrechte: blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche?: Überlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz, in PJA 1996, 527ss, p. 540.

législation s'en écarte ou n'en tient pas compte¹⁹¹⁷. Pour SCHMID également, une obligation internationale effectivement adressée au législateur peut être invoquée si l'État ne réalise pas ses obligations dans le cas où une loi est indispensable¹⁹¹⁸. Pour KRADOLFER, si le tribunal réduit son pouvoir d'appréciation, le contrôle judiciaire est ouvert, en particulier pour les mesures régressives¹⁹¹⁹. Pour WULLSCHLEGER, une intervention du juge est possible s'il s'impose une certaine retenue de manière à respecter la marge de manœuvre du législateur¹⁹²⁰.

Ces avis peuvent être mis en parallèle avec le principe d'indivisibilité et d'interdépendance des droits humains. Ce principe plaide en faveur d'un dépassement de la conception restrictive sur la justiciabilité des aspects des droits humains considérés par certains comme relevant des DESC. Selon WILSON, le principe d'indivisibilité des droits humains est la première raison plaidant pour un dépassement de cette conception traditionnelle, principe déjà rappelé par la DUDH de 1948¹⁹²¹. Les Nations Unies ont tenu à souligner l'interdépendance des droits humains dans ce document qui réunit tous les droits humains, qu'ils soient nommés DCP ou DESC¹⁹²². Cette idée a été réaffirmée à maintes reprises par exemple par la Déclaration et le Programme d'action de Vienne du 25 juin 1993¹⁹²³ ou par le préambule du protocole facultatif au PIDESC¹⁹²⁴. Le CESCR, à ce sujet, a rappelé que ne pas reconnaître

1917 *ibid.*, p. 540.

1918 SCHMID, Exigences internationales de prendre des mesures législatives : la Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des « entreprises et droits humains »?, in *ibid.* 2017, 930ss, p. 935-936, SCHMID, The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to « Business and Human Rights »?, in *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht* 2015, 563ss, p. 575.

1919 KRADOLFER, 2013, p. 548, également suivi par KÜNZLI, 1996, p. 540.

1920 WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge: normativer Gehalt und Möglichkeiten richterlicher Intervention, Bâle 1999, p. 506-507.

1921 WILSON, 2010, p. 1504.

1922 GOLAY, Développement de la protection des DESC au niveau international et en Suisse, in : La Suisse et les droits économiques, sociaux et culturels, (Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève/CSDH, édit.), Genève 2013a, p. 19ss, p. 19ss, WILSON, 2010, p. 1505. Ce doucement souligne, d'ailleurs dans le préambule que : « la plus haute aspiration de l'homme est « l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère ».

1923 WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS, Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23, repris par la Résolution n°48/121 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 février 1994, A/RES/48/121, § 5.

1924 Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, A/Res/63/117, § 4.

de justiciabilité au droits du PIDESC par principe serait incompatible avec l'indivisibilité et l'interdépendance des droits humains¹⁹²⁵. De nombreux autres auteurs reconnaissent l'indivisibilité qui implique qu'il n'y a pas de différences fondamentales entre les droits humains¹⁹²⁶. La pleine jouissance des droits humains considérés comme DCP ne peut se faire sans celle de ceux considérés comme DESC et inversement¹⁹²⁷. Tous les droits humains devraient être traités sur un « *pied d'égalité* »¹⁹²⁸. Ainsi, un contrôle judiciaire des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation que nous avons identifiées doit être possible même lorsque ces obligations cantonales ont trait à des aspects traditionnellement rattachés au DESC.

2. Les avis d'institutions internationales et en particulier celui du CESCR

Le manque présumé de justiciabilité des provisions du Pacte ONU I a été également critiqué par le CESCR¹⁹²⁹. Cette vision traditionnelle de la justiciabilité des droits humains est également critiquée par les autres organes de contrôle¹⁹³⁰. La CIJ a également reconnu le caractère justiciable de certains droits humains considérés traditionnellement comme des DESC¹⁹³¹. Nous pouvons citer une décision fondamentale du CESCR pour illustrer ces propos : la communication n°5/2015 de MOHAMED BEN DJAZIA et NAOUEL BELLILI contre Espagne. Le Comité a déclaré qu'« *en application du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, les États parties ont l'obligation de garantir un recours effectif*

1925 CESC, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 10, CESC, Observations finales, Suisse, E/C.12/1/Add.30, § 10, à ce sujet, Wilson relève d'ailleurs que la conception suisse des DESC relève des principaux sujets de préoccupation du Comité : WILSON, 2010, p. 1504, pour d'autres mentions de ce principe : CESC, Observation générale n°3, E/1991/23, § 8.

1926 GOLAY, 2013b, p. 486, ROMAN, 2012, p. 88-89, RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 176, HCDH, 2004b, p. 1055, HERTIG RANDALL et HOTTELIER, 2014, p. 51, BOYLE, 2018, p. 6, WILSON, 2010, p. 1503-1515.

1927 BOYLE, 2018, p. 6.

1928 Formule du CESC : CESC, Observations finales, Suisse, E/C.12/1/Add.30, § 27, reprise par : WILSON, 2010, p. 1504.

1929 CESC, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, § 4, CESC, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/2-3, § 5, CESC, Observations finales, Suisse, E/C.12/1/Add.30, § 10.

1930 Pour la vision du CEDEF : CEDEF, Observations finales, Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/3, 7 août 2009, § 15, CEDEF, Observations finales, Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, § 12, pour la vision du CDE : CDE, Observation générale n°5, Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, § 6.

1931 GOLAY, 2013b, p. 487, CIJ, Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, § 130-134 et 150-153.

*et adéquat aux personnes dont [un] droit (...) pourrait être bafoué*¹⁹³². Cette communication correspond à la pratique bien établie du CESCR relative à l'interprétation des droits du Pacte ONU I comme devant être considérés en général ouverts à des recours internes. Elle est visible dans de nombreux documents¹⁹³³. Le CESCR considère que « *tous les droits énoncés dans le Pacte sont pleinement susceptibles de recours judiciaire* »¹⁹³⁴ et que les victimes de l'ensemble des violations des droits économiques, sociaux et culturels doivent disposer « *de véritables recours* »¹⁹³⁵. Le Comité a rappelé à la Suisse que la vision du TF et du Conseil fédéral « *a pour conséquence que certaines dispositions du Pacte ne peuvent prendre effet en droit interne* »¹⁹³⁶. Cette garantie d'un recours effectif en cas de violation des droits humains du PIDESC va dans le sens de permettre un contrôle judiciaire des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation que nous avons identifiées pour un effet concret en droit interne.

3. Les protocoles additionnels au PIDESC, à la CEDEF et à la CDE

L'entrée en vigueur du protocole additionnel au Pacte ONU I a confirmé que les visions restrictives du Conseil fédéral et du TF ne sont plus justifiées¹⁹³⁷. En effet, il faut souligner qu'un des arguments utilisés par le TF pour justifier sa position sur le caractère justiciable des garanties du PIDESC était celui de l'absence de procédure de recours au niveau international¹⁹³⁸. Cet argument n'est plus d'actualité aujourd'hui¹⁹³⁹ au vu de ces différents protocoles, dont deux ont été ratifiés par la Suisse. En effet, l'entrée en vigueur de ce protocole facultatif a une grande valeur symbolique pour la reconnaissance de l'indivisibilité des droits humains et en faveur de leur justiciabilité qu'ils soient catégorisés DESC ou DCP¹⁹⁴⁰. Nous pouvons citer DE SCHUTTER, membre du CESCR et Professeur à l'Université de Louvain, qui lors d'un évènement à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains¹⁹⁴¹, a déclaré

1932 CESCR, Constatations, Communication n°5/2015, Affaire Ben Djazia et Bellili c. Espagne, E/C.12/61/D/5/2015, § 13.4.

1933 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 5, CESCR, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 7, 10-11.

1934 CESCR, Observations finales, Pologne, E/C.12/POL/CO/5, 2 décembre 2009, § 8.

1935 CESCR, Observations finales, Royaume-Uni, E/C.12/GBR/CO/5, 12 juin 2009, § 13.

1936 CESCR, Observations finales, Suisse, E/C.12/CHE/CO/2-3§ 5.

1937 WILSON, 2010, p. 1505, GOLAY, 2013b, p. 494.

1938 Par exemple : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 V 246, consid. 2d.

1939 GOLAY, 2013b, p. 491.

1940 *ibid.*, p. 486.

1941 L'évènement était intitulé : « *Entre libéralisme et populisme, que reste-t-il des droits économiques, sociaux et culturels ?* » qui a eu lieu le 9 octobre 2019.

que la division entre les catégories traditionnelles des DESC et des DCP avait été surmontée en citant comme exemple l'attestant l'entrée en vigueur du protocole additionnel au PIDESC et les constatations du CESCR¹⁹⁴².

Certes, la Suisse n'a pas ratifié le protocole facultatif au Pacte ONU I. Toutefois, elle l'a fait pour les protocoles additionnels de la CDE et de la CEDEF qui instituent également des procédures de plaintes. Le Conseil fédéral considère que ces ratifications ne modifient pas forcément la vision suisse sur les droits humains et que cela reste aux tribunaux de se prononcer sur la question¹⁹⁴³. Se pose alors la question de savoir si une cohérence est possible entre la vision restrictive du TF et la possibilité de plainte aux Comités pour tous les droits sans exception¹⁹⁴⁴. Que se passerait-il si des particuliers invoquaient des normes considérées comme non *self-executing* par le TF, alors que beaucoup d'aspects de ces droits nécessitent une possibilité de recours interne selon les Comités ? La justiciabilité de principe de tous les droits humains doit donc être retenue et donc un contrôle judiciaire des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation constatées aux Chapitres 6 et 7 doit l'être également. Cette affirmation est aussi confirmée par le droit cantonal.

4. Le droit cantonal

Deux arguments tirés du droit cantonal militent en faveur d'une justiciabilité de principe de l'ensemble des droits humains. Premièrement, certaines constitutions cantonales prévoient des droits sociaux fondamentaux comme par exemple le droit au logement ou pour le droit d'enfants à bénéficier de protection particulière¹⁹⁴⁵. Le droit au logement de la Constitution genevoise a

1942 Voir l'affaire déjà citée : CESCR, Constatations, Communication n°5/2015, Affaire Ben Djazia et Bellili c. Espagne, E/C.12/61/D/5/2015, § 13.4.

1943 CONSEIL FÉDÉRAL, Message portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communications, FF 2016 179, 2015a, p. 188-189, CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'approbation du Protocole facultatif du 6 octobre 1999 relatif à la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (OP CEDAW), FF 2006 9253, 2006, p. 9268.

1944 Au sujet de la CEDEF : WYTTEBACH, 2017, p. 291.

1945 Pour le droit au logement : Constitution du Canton de Vaud (Cst. VD), RS n°131.231, 14 avril 2003, art. 33, Constitution de la République et canton de Genève (Cst. GE), RS n°131.234, 14 octobre 2012, art. 38 Cst. GE ou Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (Cst. NE), RS n°131.233, 24 septembre 2000, art. 13 Cst. NE. Pour une protection particulière des jeunes : Constitution du Canton de Vaud (Cst. VD), RS n°131.231, art. 13, Constitution de la République et canton de Genève (Cst. GE), RS n°131.234, art. 23 ou Constitution du canton de Fribourg (Cst. FR), RS n°131.219, 16 mai 2004, art. 14. Voir sur ces dispositions : DUPONT, 2020, p. 2101.

été déclaré justiciable par le TF¹⁹⁴⁶. Deuxièmement, nous l'avons longuement analysé, même si la mise en œuvre des droits humains n'est pas forcément parfaite au niveau cantonal, ces droits humains se fondent déjà en grande partie sur des droits subjectifs législatifs. Des lois consacrant une aide sociale, des bourses d'études ou des soins de santé sont présentes dans tous les cantons et les particuliers peuvent les invoquer comme arguments pour défendre leurs droits humains. En effet, elles mettent en œuvre une grande partie de droits humains catégorisés comme des DESC devant les tribunaux¹⁹⁴⁷. Le Professeur KÜNZLI s'étonne d'ailleurs du fait que la Confédération ne souligne pas ces lois face aux comités des Nations Unies dans le cadre de la procédure de rapport du PIDESC, « *alors qu'ils présentent un intérêt crucial dans le cadre de la mise en œuvre des obligations découlant du Pacte* »¹⁹⁴⁸. Ainsi, des lacunes de droit cantonal en matière de droits humains sont exacerbées, selon KÜNZLI, uniquement pour des raisons théoriques liées à la non-justiciabilité des droits humains, même si des droits subjectifs existent déjà, fondés sur des sources juridiques cantonales¹⁹⁴⁹. Admettre un contrôle judiciaire des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation que nous avons identifiées permettrait de combler ces lacunes en complétant les droits subjectifs cantonaux déjà reconnus.

5. L'avis de tribunaux étrangers

Il faut souligner que certaines juridictions étrangères n'ont pas de mal à effectuer un contrôle judiciaire important d'aspects de droits humains traditionnellement rangés dans la catégorie des DESC. Cette circonstance plaide également en faveur de la justiciabilité des droits humains quelle que soit leur catégorie. Par exemple, la Cour constitutionnelle de Colombie a défini le concept du noyau dur en conformité avec la définition du CESC¹⁹⁵⁰. Cette cour a pris des mesures considérables en faveur de la protection des droits humains traditionnellement considérés comme DESC¹⁹⁵¹. Dans l'affaire

1946 DUPONT, 2020, p. 2101, TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 8C_605/2013, 17 juin 2014, consid. 2.3.

1947 Du même avis, s'agissant du droit à la sécurité sociale et à la santé : KÜNZLI, Application par la Suisse des obligations liées aux DESC, in : La Suisse et les droits économiques, sociaux et culturels, (Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève/CSDH, édit.), Genève 2013, p. 15ss, p. 16.

1948 *ibid.*, p. 17.

1949 *ibid.*, p. 17.

1950 CHOWDHURY, 2009, p. 8 et 12.

1951 SEPÚLVEDA, Colombia, The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice, in : Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, (Langford, édit.), New York 2008, p. 144ss, p. 144.

John Jairo Nivia Vargas et Germán Vargas Mantilla c. Compensar E.P.S et Salud Total E.P.S., cette cour a estimé, au sujet du droit à la santé, qu'il devait être interprété en conformité avec les travaux du CDESCR, notamment s'agissant du contenu minimal du droit. Elle a ajouté que ce contenu pouvait très bien faire l'objet d'un contrôle par le juge constitutionnel¹⁹⁵². Un autre exemple concerne le contrôle judiciaire des droits humains traditionnellement considérés comme DESC en Inde. La Constitution donne beaucoup d'importance au principe que nous verrons au Chapitre 9, II, B, 2, b des *checks and balances* permettant une juridiction constitutionnelle forte ce qui a permis l'établissement de jurisprudences étendues sur les DESC de la part de la cour suprême¹⁹⁵³. Par exemple, elle reconnaît depuis longtemps le droit à la santé comme partie intégrante du droit à la vie¹⁹⁵⁴. Pour un dernier exemple, nous avons déjà mentionné la pratique de la Cour constitutionnelle sud-africaine¹⁹⁵⁵. Elle a développé une jurisprudence abondante sur les droits humains traditionnellement considérés comme DESC depuis leur concrétisation dans la Constitution de ce pays¹⁹⁵⁶. Nous avons utilisé le critère de « *reasonableness* » développé par cette Cour pour analyser le respect du noyau dur des droits par les cantons. Des approches reconnaissant la justiciabilité des droits humains en général ont été ainsi directement utilisées par ces cours pour traiter de revendications portant sur des droits humains traditionnellement considérés comme DESC. Notre approche qui appuie la possibilité d'un contrôle judiciaire des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation identifiées par les Chapitres 6 et 7, n'est donc pas isolée et peut trouver des échos dans des pratiques judiciaires existantes, et ce même si ces tribunaux opèrent dans des contextes très différents de notre thèse.

1952 COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, Affaire John Jairo Nivia Vargas et Germán Vargas Mantilla c. Compensar E.P.S et Salud Total E.P.S., Sentencia T-859/03, 25 septembre 2003, §15.

1953 MURALIDHAR, India, The Expectations and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights, in : Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, (Langford, édit.), New York 2008, p. 102ss, p. 102.

1954 COUR SUPRÊME INDIENNE, Affaire Paschim Banga Khet Mazdoor Samity et Ors c. l'État du Bengal de l'ouest et Anor, AIR SC 2426/ (1996), 4 SCC 37, 6 mai 1996, § 9-10.

1955 Cf. Chapitre 4, I, A, 3, b, (i) et Chapitre 8, I.

1956 A ce sujet voir : SCHMID, 2012, p. 68ss, LIEBENBERG, South Africa, Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution, in : Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, (Langford, édit.), New York 2008b, p. 75ss, p. 81ss.

III. Une approche alternative de la justiciabilité s'inscrivant dans la jurisprudence du TF

Nous allons proposer une autre approche que celle du TF et du Conseil fédéral pour admettre une possibilité d'un contrôle judiciaire des obligations cantonales pour permettre à la Confédération de respecter les exigences d'harmonisation constatées dans notre démonstration en nous fondant sur les contre-arguments présentés ci-dessus. Il s'agira d'une justiciabilité par l'utilisation des concepts du noyau dur des droits humains et du caractère raisonnable des mesures. En effet, cette notion de noyau dur peut viser à donner un contenu normatif aux droits humains, même pour ceux traditionnellement catalogués comme DESC, qui soit justiciable¹⁹⁵⁷. Comme nous l'avons expliqué, ce concept doit être complété par une analyse du caractère raisonnable des mesures pour former une approche mixte liant le caractère raisonnable d'une mesure et le noyau dur d'un droit. Ainsi nous montrerons que nos critères d'évaluation des mesures cantonales¹⁹⁵⁸ permettent de fonder le caractère justiciable de revendications liées aux obligations internationales découlant de droits humains présentées aux Chapitres 4 et 5. Nous pourrions donc affirmer clairement le caractère justiciable des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation constatées dans cette thèse aux Chapitres 6 et 7 en adoptant une approche similaire à celles des cours colombienne et sud-africaine.

Au sujet de la justiciabilité d'un tel minimum, il existe d'intenses controverses doctrinales¹⁹⁵⁹. Certains auteurs estiment que ce concept n'est pas propre à une analyse judiciaire. Par exemple, LEHMANN invoque la raison qu'il est relatif au contexte de l'État dans lequel il est appliqué¹⁹⁶⁰. Nous le verrons par la suite, nous pensons au contraire que le contexte étatique est très important pour admettre sa justiciabilité. D'autres pensent, par exemple, que ce concept demanderait trop et que ces exigences ne seraient pas faisables¹⁹⁶¹. Nous pensons toutefois qu'en Suisse ce minimum pour chaque droit est tout

1957 CHOWDHURY, 2009, p. 2, YOUNG, 2008, p. 113 et 159.

1958 Cf. Chapitre 4, I, A, 3, b.

1959 CHOWDHURY, 2009, p. 2, SCHMID, 2012, p. 71, YOUNG, 2008, p. 159.

1960 LEHMANN, In Defense of the Constitutional Court: Litigating Socio Economic Rights and the Myth of the Minimum Core, in *American University International Law Review* 2006 22(1), 163ss, p. 183-185, voir aussi CHOWDHURY, 2009, p. 5, qui souligne cette difficulté de lien en contexte de ce noyau dur.

1961 KENDE, The South African Constitutional Court's Construction of Socio-Economic Rights: Response to Critics, in *Connecticut Journal of International Law* 2004 19(3), 617ss, p. 622-623.

à fait exigible et réalisable. Certains auteurs entretiennent la crainte que ce principe, en permettant un contrôle juridictionnel des droits sociaux, enfreigne le principe de la séparation des pouvoirs en soustrayant ce qui ressort de ce minimum au processus démocratique¹⁹⁶². Nous reviendrons sur cette crainte dans le Chapitre 9, II, B.

D'autres auteurs sont en faveur de ce concept et considèrent le noyau dur des droits humains d'application immédiate et de caractère justiciable¹⁹⁶³. BILCHITZ estime que ce concept permet de fournir à l'État un critère clair pour juger son comportement et permet de reconnaître l'importance cruciale et prioritaire de certaines prestations élémentaires pour la qualité de vie des personnes et pour lesquelles une action urgente est nécessaire¹⁹⁶⁴. Selon lui, il permet aussi un contrôle rigoureux des juges par rapport aux besoins élémentaires des personnes¹⁹⁶⁵. CHOWDHURY, qui cite PIETERSE, rappelle que ce concept peut être important pour éviter que les gouvernements puissent invoquer un manque de ressources comme c'est souvent le cas en matière de droits humains traditionnellement considérés comme DESC¹⁹⁶⁶. La Commission internationale des juristes reconnaît que les obligations immédiates peuvent être directement abordées par les tribunaux et sont justiciables¹⁹⁶⁷. PIETERSE estime qu'il faut « *trouver comment les droits sociaux et économiques peuvent être utilisés pour bénéficier à des personnes réelles* » et qu'à cet égard ce concept peut dans une certaine mesure aider à transcrire des garanties socio-économiques en des droits juridiques concrets¹⁹⁶⁸. Il permet ainsi de transformer ces droits en réalités concrètes¹⁹⁶⁹. C'est bien là notre but. Nous aspirons à déterminer comment les droits humains, même ceux catégorisés comme des DESC, peuvent bénéficier à des personnes comme Madame Harmonie.

Il convient de souligner que le but de la démonstration de la justiciabilité au moyen du noyau dur est de nous fournir un argument fort pour notre démonstration. Toutefois, il faut garder à l'esprit qu'en procédant de la sorte, un aspect réducteur est présent en limitant la justiciabilité uniquement à des

1962 YOUNG, 2008, p. 159-160, qui explique cette crainte.

1963 Par exemple : COURTIS, 2009, p. 379ss, BOYLE, 2018, p. 6, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 26-27.

1964 BILCHITZ, Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and its Importance, in *South African Law Journal* 2002 119(3), 484ss, p. 500-501.

1965 BILCHITZ, 2008, p. 146.

1966 CHOWDHURY, 2009, p. 6 et 17-18.

1967 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 26-27.

1968 PIETERSE, Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited, in *Human Rights Quarterly* 2007 29(3), 796ss, p. 800 et 822.

1969 YOUNG, 2008, p. 159.

aspects du noyau dur. Dans le cadre de cette thèse qui s'intéresse principalement aux obligations minimales, une telle limitation est suffisante pour démontrer la justiciabilité des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation si elle est complétée par la reconnaissance du caractère justiciable d'un autre type d'obligation, qui est primordiale pour notre thèse. Il s'agit du principe de non-discrimination qui est considéré comme d'effet immédiat¹⁹⁷⁰ et qui doit être considéré comme justiciable¹⁹⁷¹. Pour le surplus, nous n'excluons évidemment pas la reconnaissance éventuelle de tout aspect des droits humains allant au-delà du noyau dur.

Nous l'avons expliqué au Chapitre 4, le critère de la raisonnable complète le critère du noyau dur lorsqu'il s'agit d'évaluer les mesures cantonales à la lumière des obligations internationales. Or, l'évaluation du caractère raisonnable et non discriminatoire se retrouve dans la jurisprudence du TF lorsqu'il évoque la nécessité d'une pesée des intérêts¹⁹⁷². Ainsi, notre argumentation n'est pas totalement étrangère à la jurisprudence de la Cour suprême fédérale et la démonstration de la justiciabilité des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation peut s'inscrire au sein d'une jurisprudence existante.

De plus, par rapport à la justiciabilité, l'exigence de précision des normes juridiques ne peut cependant pas être comprise de manière absolue¹⁹⁷³. À cet égard, le TF précise que *« [l]e législateur ne peut pas éviter de recourir à des concepts généraux plus ou moins flous qui nécessitent d'être concrétisés par la pratique. Le degré de précision nécessaire ne se prête pas à une définition abstraite. Il dépend notamment de la diversité des situations à évaluer, de la complexité et de la prévisibilité des décisions à prendre dans chaque cas d'espèce, des destinataires de la législation, de la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux et de la difficulté de choisir une solution appropriée avant qu'un cas d'application ne se présente concrètement »*¹⁹⁷⁴. Dans la continuité de ce lien avec la jurisprudence du TF, nous proposerons deux concepts pouvant, selon

1970 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 10, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 48ss, WYTTENBACH, 2017, p. 87, CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 10, voir aussi WILSON, 2010, p. 1509.

1971 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 213.

1972 BESSON, 2003, p. 86, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 II 300, consid. 5, voir aussi Chapitre 4, I, A, 3, b, (i).

1973 MOLINARI, 2018, p. 336-337.

1974 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 I 87; JdT 2010 I p. 367, 30 septembre 2009, consid. 3.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 132 I 49, 25 janvier 2006, consid. 6.2, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 II 243, consid. 10, WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005b, p. 433ss.

nous, permettre de donner un caractère justiciable au noyau dur et au caractère raisonnable des mesures tout en adoptant une approche s’inscrivant dans la jurisprudence du TF. Il est question de démontrer, dans les sections suivantes, la possibilité d’invoquer en justice des normes internationales qui sont applicables dans les domaines des prestations sous conditions de ressources choisies. Afin de s’inscrire dans la vision du TF pour permettre de meilleures chances à notre argumentation d’être reconnue comme justifiée en Suisse, le caractère justiciable du noyau dur des droits sera identifié de deux manières. Cela permettra de soutenir la possibilité d’un contrôle judiciaire des exigences des obligations cantonales fondant les exigences d’harmonisation constatées aux Chapitres 6 et 7.

Premièrement, nous nous référerons à un arrêt du TF reconnaissant des mandats législatifs justiciables des droits humains. Nous lirons les principes d’un noyau dur mis en œuvre de manière raisonnable et non discriminatoire à la lumière de cet arrêt (Section IV). Deuxièmement, comme les droits de la CEDH sont considérés comme justiciables par le Conseil fédéral¹⁹⁷⁵ et par le TF¹⁹⁷⁶, l’interprétation intégrative de ces dispositions permettra de donner un caractère justiciable à certains aspects du noyau dur des droits humains pertinents pour notre thèse. Cette approche présente dans la jurisprudence de la CourEDH rappelle celle de la Cour suprême indienne par rapport au droit à la santé fondé sur le droit à la vie que nous avons précédemment cité (Section V). Encore une fois, une telle approche peut à première vue paraître réductrice par rapport à la reconnaissance du caractère justiciable d’une obligation internationale. Toutefois, notre but est à nouveau d’offrir une argumentation forte pour notre thèse et en aucun cas d’affirmer que la justiciabilité devrait se réduire à ces deux manières de la comprendre.

IV. La justiciabilité des obligations cantonales fondant l’exigence d’harmonisation concrétisée par les mandats législatifs

Pour montrer le caractère justiciable des obligations cantonales fondant les exigences d’harmonisation identifiées dans nos Chapitres 6 et 7, nous allons premièrement utiliser le concept de mandat législatif justiciable. Nous nous fonderons principalement sur l’ATF 137 I 305 et un arrêt qui le suit (TF 1C_504/2016). Le TF, dans le premier ATF, a traité de la notion d’obligation

1975 CONSEIL FÉDÉRAL, 1968, p. 1086.

1976 Voir la jurisprudence citée en Section I de ce chapitre.

positive à l'exécution d'un mandat de droit international au législateur¹⁹⁷⁷. Les développements qui suivront se basent en partie sur cet arrêt¹⁹⁷⁸ pour conceptualiser la notion de mandats législatifs justiciables. Les juges fédéraux ont reconnu que les droits humains peuvent être invoqués devant les tribunaux non seulement dans leur dimension défensive, mais également pour exiger une action positive de la part de l'État¹⁹⁷⁹. Les normes internationales imposant des mesures législatives sont nombreuses et laissent une grande marge de manœuvre aux États¹⁹⁸⁰. Ce contrôle judiciaire d'obligations positives a été également appliqué récemment le 29 avril 2020. Le TF a procédé à un contrôle similaire d'une obligation positive dans le domaine de l'aménagement d'aires de stationnement pour les gens du voyage¹⁹⁸¹. À l'image du TF lors de ces affaires et en particulier celle de l'ATF 137 I 305, nous allons donc déterminer si ce raisonnement peut s'appliquer aux obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation que nous avons définies aux Chapitres 6 et 7.

Il faut souligner que cet arrêt du TF n'est pas exempt de critiques¹⁹⁸². Alors que d'autres comme SCHMID estiment que cet arrêt est intéressant quant au développement de l'obligation de réalisation (*duty to fulfil*) et pour la mise en œuvre des mandats législatifs de droit international¹⁹⁸³. Elle précise que le TF a ouvert la porte à une amélioration de la protection des droits humains lors d'une mise en œuvre insuffisante d'obligations positives¹⁹⁸⁴. MAGISTRO estime que cette manière de voir du TF permet de lutter contre l'inaction d'un législatif cantonal. Ceci serait une bonne chose pour le respect

1977 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47. Voir aussi : PÄRLI, BGE 137 I 305, auch eine Art «Haftungsfall», in : Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht: Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, (Böhme/Gähwiler/Theus Simoni/Zuberbühler, édit.), Zurich 2016, p. 417ss, p. 418ss.

1978 Ainsi que sur les contributions de la Professeure SCHMID : SCHMID, 2017, p. 930ss, SCHMID, 2015, p. 563ss.

1979 SCHMID, 2016, p. 18, CHATTON, 2019, p. 86-87.

1980 SCHMID, 2016, p. 5.

1981 TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 1C_181/2019, 29 avril 2020, consid. 14.4.3.1. Dans le même sens : KAEMPFER, Bientôt un droit à la création d'aires d'accueil pour les gens du voyage ?, in Plaidoyer, Revue juridique et politique 2020 6, 14ss, p. 14ss. L'auteur rappelle que même si le TF souligne l'absence de caractère justiciable des dispositions internationales litigieuses, il reconnaît tout de même l'obligation du législateur cantonal de créer des aires de stationnement.

1982 Cf. par exemple : KAUFMANN, 2017, p. 6-7, qui estime que les mandats législatifs concernés ne sont pas directement applicables, ne peuvent pas être examinés par le pouvoir judiciaire et que le TF aurait dû déclarer le recours irrecevable pour ces raisons.

1983 SCHMID, 2016, p. 6.

1984 *ibid.*, p. 6.

de droits humains, en l'absence de moyens efficaces de la Confédération de sanctionner l'inaction et/ou la mise en œuvre insuffisante des cantons¹⁹⁸⁵. Comme les exigences d'harmonisation que nous avons constatées sont pour la plupart données dans des cas de mises en œuvre insuffisantes de mandats législatifs internationaux et comme nous le verrons, la Confédération ne dispose que de peu de moyens efficaces de sanctionner les cantons dans ces cas¹⁹⁸⁶, cet arrêt est particulièrement pertinent pour appuyer la possibilité d'un contrôle judiciaire de ces exigences.

Nous présenterons tout d'abord le raisonnement du TF présent dans ces arrêts (Sous-section A). Nous appliquerons le raisonnement du TF dans deux situations différentes. Premièrement, nous traiterons des cas d'omissions totales ou partielles¹⁹⁸⁷ du législateur (Sous-section B). Ensuite, nous traiterons des cas où le législateur adopte un comportement actif en adoptant une loi moins protectrice (Sous-section C).

A. Le raisonnement du TF dans l'ATF 137 I 305 et dans l'arrêt 1C_504/2016

L'ATF 137 I 305 traite de la notion d'obligation positive à l'exécution d'un mandat constitutionnel et de droit international au législateur¹⁹⁸⁸. Le TF n'a pas suivi les catégories classiques s'agissant de l'applicabilité directe des normes de droit international¹⁹⁸⁹. Les recourants demandaient en effet une action du législateur¹⁹⁹⁰. Ce mandat est relatif à la promotion et à la réalisation d'une égalité juridique effective entre femmes et hommes au sens des articles 8 al. 3 Cst. et art. 2 let. a CEDEF¹⁹⁹¹. Le TF a considéré dans cette affaire que l'art. 8 al. 3 Cst. 2^e phrase et la CEDEF assignaient clairement à la Confédération suisse et aux cantons le mandat d'agir pour assurer une égalité effective entre femmes et hommes. Une marge de manœuvre pour la Confédération et les cantons n'existait que quant à la manière d'accomplir ce mandat. Il est vrai que le TF ne va pas jusqu'à exiger la création d'une commission pour l'égalité homme femme et se contente de préciser que seule la renonciation à la prise de mesure

1985 MAGISTRO, *Le droit à un environnement sain revisité : étude de droit suisse, international et comparé*, Genève 2016, p. 270-271. Ce qui est le cas dans notre domaine. Nous le verrons au Chapitre 9, par rapport à la surveillance fédérale en matière d'aide sociale.

1986 Cf. Chapitre 9, I, B, 1, 2 et 3.

1987 Sur ces notions voir le Chapitre 4, I, A, 3, a.

1988 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47.

1989 *ibid.*, consid. 3.3 : « [l]e cas présent est exorbitant des catégories habituelles de l'applicabilité directe ou indirecte ».

1990 SCHMID, 2016, p. 19.

1991 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, consid. 2.4.

en faveur de l'égalité serait inconstitutionnelle¹⁹⁹². Ainsi, selon le TF, l'obligation d'agir résulte du droit international et constitutionnel et exige la prise de mesures organisationnelles et institutionnelles en matière d'égalité¹⁹⁹³.

Il faut mentionner que le TF s'est à nouveau penché sur l'affaire du bureau de l'égalité dans le canton de Zoug¹⁹⁹⁴. À la suite de l'arrêt 137 I 305, le gouvernement du canton a adopté un projet de loi sur l'égalité qui a cependant été rejetée par le législatif le 29 septembre 2016. Des particuliers ont déposé plainte au Tribunal fédéral pour qu'il soit constaté que le canton de Zoug ne remplissait pas ses obligations en vertu notamment de la CEDEF en vue de réaliser l'égalité entre hommes et femmes. Les recourants ont estimé que ce comportement était une mauvaise exécution de l'ATF 137 I 305 et un retard inconstitutionnel¹⁹⁹⁵. Tout en déclarant la plainte recevable, le TF estima que le mandat constitutionnel et international avait depuis lors été rempli par l'adoption d'une ordonnance du gouvernement sur l'égalité¹⁹⁹⁶. Il a estimé que le gouvernement de Zoug avait pris des mesures suffisantes pour honorer les mandats constitutionnels et conventionnels constatés dans le premier arrêt en édictant une ordonnance et un plan de mesures de deux ans pour l'égalité. Il reprend ici l'argument du premier arrêt en se concentrant sur l'inactivité totale de l'État¹⁹⁹⁷. Le TF se contente ici d'une solution temporaire en admettant l'ordonnance comme solution transitoire¹⁹⁹⁸.

Cette décision peut sembler, à première vue, décevante d'un point de vue de la possibilité pour des particuliers de se plaindre du législateur, si le gouvernement peut apporter une solution provisoire. C'est d'autant plus le cas lorsque l'on sait que les procédures parlementaires ont maintes fois échoué à Zoug pour tenter de remédier à cette absence de commission pour l'égalité. En 2010, le parlement cantonal a rejeté de justesse le maintien de la Commission. Puis en 2016, le parlement n'a pas donné suite à une nouvelle proposition pour l'instauration d'une telle commission. C'est d'ailleurs cette absence de prise de mesure parlementaire qui a donné lieu au recours pour déni de justice ayant donné lieu au second arrêt¹⁹⁹⁹. Cette solution, selon SPRECHER

1992 *ibid.*, consid. 5.5 et 6.6, KAEMPFER, 2020, p. 16.

1993 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, consid. 4, PÄRLI, 2016, p. 419.

1994 TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 1C_504/2016 19 octobre 2017.

1995 *ibid.*, let. c et d et consid. 1.

1996 *ibid.*, consid. 3.4.3, 4.5 et 5.

1997 *ibid.*, consid. 6 et COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FÉMININES, Guide de la CEDEF pour la pratique juridique, Partie 5, La jurisprudence et la pratique administrative en Suisse, 2019b, (site web, dernière consultation le 24 novembre 2020), p. 3.

1998 TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 1C_504/2016, consid. 3.4.3.

1999 *ibid.*, partie de l'arrêt sur les faits, A à E.

et al., semble vouloir dire que le TF reconnaît que la politique d'obstruction du canton puisse empêcher la réalisation du mandat constitutionnel et international²⁰⁰⁰. Cette approche paraît en effet assez critiquable. Cependant, cet arrêt a le mérite de confirmer la possibilité d'une action contre le législateur en cas d'inaction et d'apporter des précisions sur les conditions de cette action.

Quelles sont les conditions d'une telle action ? Premièrement, la qualité pour agir appartient aux destinataires de l'acte à adopter²⁰⁰¹. Selon le TF, l'absence d'action législative peut être assimilée au déni de justice et au retard injustifié de l'art. 94 LTF, si le mandat législatif est suffisamment clair et précis²⁰⁰². Ainsi, la norme doit contenir des éléments suffisamment clairs et précis pour qu'une solution puisse être justifiée sur le plan juridique en cas d'application²⁰⁰³. Cette exigence correspond à la jurisprudence et la doctrine en Suisse qui demandent qu'une norme puisse être considérée comme directement applicable si elle est suffisamment précise²⁰⁰⁴. Ainsi, le droit international doit assigner expressément ou par interprétation un mandat clair et déterminé au législateur cantonal. Lorsqu'uniquement une obligation d'action générale du législateur est stipulée sans précisions concrètes sur la manière d'accomplir ce mandat, un intérêt digne de protection des parties fait généralement défaut²⁰⁰⁵. À l'aide de ces notions, nous pouvons maintenant entrer dans l'analyse de ces mandats en tant qu'ils demandent une action du législateur (Sous-section B) et en tant qu'ils interdisent une action régressive (Sous-section C), ce qui nous permettra de démontrer la possibilité d'un contrôle judiciaire des obligations des cantons. Lorsque ces obligations ne sont pas mises en œuvre correctement, des exigences d'harmonisation du type de celles démontrées aux Chapitres 6 et 7 pourraient être constatées par un juge. Ce contrôle a un grand enjeu puisque, nous le verrons, il permet de mettre en œuvre ces exigences d'harmonisation de manière prometteuse²⁰⁰⁶.

2000 SPRECHER, LIENHARD, TSCHANNEN, TSCHENTSCHER et ZELLER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018 in *Revue de la société des juristes bernois* 2018 10, 641ss, p. 648.

2001 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, consid. 2.6.

2002 SCHMID, 2016, p. 9, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, chapeau.

2003 MOLINARI, 2018, p. 333-334, voir également : BIAGGINI G., GÄCHTERT. et KIENER R., *Staatsrecht*, Zurich 2015, § 30, n°6 : qui utilisent une formulation claire : « [a]ls *justizibel* gilt eine Norm *allgemein* dann, wenn sie *inhaltlich genügend klar und bestimmt* ist, um im *Einzelfall* Grundlage eines *Entscheid*s zu bilden ».

2004 Cf. Chapitre 8, I.

2005 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, consid. 2.5.

2006 Cf. Chapitre 9, I, B, 4 et 5.

B. Les mandats législatifs en cas d'omission totale ou partielle du législateur

Pour admettre un mandat législatif, nous verrons qu'il faut d'abord préciser si nous sommes dans le domaine de compétences des cantons ou de la Confédération²⁰⁰⁷. Il convient ainsi de préciser que cette section ne s'intéresse qu'aux obligations législatives immédiates des cantons identifiées par le Chapitre 5 (en matière de standards minimaux) et le Chapitre 4, II, B (en matière d'interdiction de la discrimination) et concrétisées par les Chapitres 6 et 7. Les Sections I, B et II, C du Chapitre 4 traitant des obligations de la Confédération ne sont pas concernées. Elles peuvent servir tout de même à appuyer l'obligation de reconnaître un recours des particuliers contre une mise en œuvre inefficace des droits humains de la part des cantons et donc à appuyer la reconnaissance du caractère justiciable des obligations des cantons évoquées dans cette thèse.

Les cantons doivent avoir un devoir « *identifiable et juridiquement contraignant d'agir* » qui ne laisse aucune marge d'appréciation sur la nécessité de mesures législatives²⁰⁰⁸. Dans le domaine des obligations législatives internationales, il faut être ainsi en présence d'un domaine où une législation est indispensable. Il faut donc différencier cette situation de celles où des modifications ou adoptions de législations sont « *simplement souhaitables* »²⁰⁰⁹. Dans ce cas, lorsqu'une législation est absolument indispensable pour atteindre un objectif du traité, un contrôle des tribunaux doit être admis²⁰¹⁰. Certaines considérations sont importantes pour définir le caractère indispensable des mandats législatifs. Il faut commencer par les règles d'interprétation des traités pour déterminer l'existence et la portée de cette obligation²⁰¹¹. Ensuite, pour déterminer si une loi est indispensable tant le droit international que la Constitution suisse sont pertinents²⁰¹². En effet, « *[cette] question se situe (...) à l'intersection du droit international et du droit national (constitutionnel)* »²⁰¹³.

2007 SCHMID, 2017, p. 936-937, voir aussi HANGARTNER, 2001, p. 480, qui estime que la Confédération et les cantons mettent en œuvre les mandats législatifs uniquement dans leur domaine de compétences respectif.

2008 SCHMID, 2017, p. 936-937, voir aussi : KÜNZLI, 1996, p. 539, selon le TF également, la justiciabilité d'une disposition doit être appréciée en tenant compte des particularités constitutionnelles : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 16, consid. 4.2.3.

2009 SCHMID, 2017, p. 935-936, SCHMID, 2015, p. 575, KÜNZLI, 1996, p. 539.

2010 Au sujet du PIDESC : KÜNZLI, 1996, p. 539, KÄLIN, 1994, p. 149.

2011 SCHMID, 2017, p. 935-936, SCHMID, 2015, p. 575.

2012 SCHMID, 2017, p. 936, voir également : KRADOLFER, 2013, p. 535, qui estime qu'une décision d'application du droit doit être prise au regard de l'ensemble de la Constitution.

2013 SCHMID, 2017, p. 936.

Enfin, le contexte du domaine spécifique est indispensable pour pouvoir démontrer « *l'inévitabilité des mesures législatives* » en se basant sur des informations empiriques²⁰¹⁴. Pour évaluer cette nécessité de légiférer, nous allons aborder le droit international (Sous-section 1), puis le contexte (Sous-section 2). Enfin, le droit constitutionnel sera présenté en Sous-section 3.

1. Les exigences du droit international définies par le Chapitre 5

Nous avons défini les obligations internationales en nous fondant principalement sur les traités interprétés, notamment, à l'aide de documents de *soft law*²⁰¹⁵. SCHMID, Professeure à l'Université de Lausanne, estime que, dans le contexte de la recherche de mandats législatifs justiciables, il est justifié de recourir au *soft law* et les documents des organes sont d'une aide essentielle pour leur interprétation²⁰¹⁶. Le TF partage cette vision et estime que ces documents malgré leur caractère non contraignant, constituent une source d'autorité importante pour l'interprétation des traités²⁰¹⁷. Nous renvoyons le lecteur aux mandats législatifs internationaux que nous avons définis au Chapitre 4, II, B et au Chapitre 5.

Il suffit de souligner que le CESCR a défini un certain nombre de garanties où une législation apparaît comme essentielle : « *[d]ans des domaines tels (...), la protection des enfants et des mères, et l'éducation, ainsi que dans les domaines dont il est question dans [l'art.] 9, la législation peut aussi être un élément indispensable pour nombre d'objectifs visés* »²⁰¹⁸. Il s'agit des domaines visés par nos trois prestations de ressources choisies pour lesquelles nous avons proposé des obligations précisées aux Chapitres 6 et 7. Le droit international semble aller même au-delà du noyau dur lorsqu'il s'agit d'exiger des mesures législatives en relation avec les droits humains pertinents pour notre thèse. Si tel est le cas, il est *a fortiori* clair que le droit international exige des mesures législatives pour le noyau dur de ces droits.

Ensuite, le Comité précise que pour lutter contre la discrimination, des mesures législatives semblent aussi indispensables²⁰¹⁹. Or, toutes nos obligations identifiées doivent être mises en œuvre au moins pour lutter contre la discrimination des personnes en situation de pauvreté, voire même lors de discriminations multiples telles que celles des femmes et enfants en situation

2014 *ibid.*, p. 936, KRADOLFER, 2013, p. 535.

2015 Conformément à notre démarche interprétative expliqué au Chapitre 3,II.

2016 SCHMID, 2017, p. 936.

2017 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, consid. 6.5, SCHMID, 2016, p. 18.

2018 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 3, KÜNZLI, 1996, p. 539.

2019 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 3.

de précarité. Pour mettre en œuvre les obligations définies dans ces chapitres, une loi générale et abstraite est indispensable. Des prestations d'aides financières doivent être prévues conformément aux différentes obligations définies pour les groupes de la population en situation de pauvreté ou disposant de faibles revenus²⁰²⁰. Or, sans une loi générale et abstraite, la fourniture non discriminatoire de ces prestations pour toutes les personnes résidentes en Suisse serait impossible²⁰²¹. De cette façon, le principe de non-discrimination exige dans le domaine des prestations financières, l'adoption d'une loi au titre de l'exigence de l'adoption de mesures spéciales visant à éliminer la discrimination dans les faits²⁰²².

Ainsi, le droit international plaide en faveur de la nécessité d'une loi pour la mise en œuvre des obligations internationales en rapport d'une part aux obligations minimales des droits et d'autre part en rapport avec l'interdiction de la discrimination. De cette manière, les obligations internationales des cantons évoquées dans cette thèse doivent être considérées comme justiciables. Lorsqu'elles ne sont pas mises en œuvre correctement, la Confédération pourrait ainsi respecter les exigences d'harmonisation constatées aux Chapitres 6 et 7 par un contrôle judiciaire. Cette affirmation est confirmée par le contexte d'application.

2. Le contexte d'application défini par les Chapitres 6 et 7

Comme nous l'avons mentionné, le contexte est indispensable pour définir la portée du mandat législatif. C'est aussi l'avis de WALDMANN, au sujet des mandats législatifs en matière d'égalité des sexes, qui mentionne par exemple l'importance d'enquêtes statistiques²⁰²³. Le TF est également prêt à tenir compte de la teneur des mandats législatifs dans le cadre d'une interprétation fondée sur un contexte global²⁰²⁴. Il conviendrait d'analyser la norme internationale et « *de l'insérer dans un cadre général et, notamment, de [la] juger dans le contexte d'autres mesures prises ou prévues* »²⁰²⁵.

2020 Cf. Chapitre 5.

2021 En effet, la loi permet de construire une base juridique abstraite permettant un traitement égalitaire : WALDMANN, 2015a, § 28.

2022 CESCR, Observation générale n°20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art.2, paragraphe 2 du Pacte), E/C.12/GC/20, § 8 et 9, COURTIS et TOBIN, 2019, p.1077.

2023 WALDMANN, 2015a, § 107.

2024 COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FÉMININES, Guide de la CEDEF pour la pratique juridique, Partie 3, La validité et l'application de la Convention CEDEF en Suisse, p. 5.

2025 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 130 I 113, consid. 3.

De plus, comme il faut garder à l'esprit qu'au vu de l'obligation de mise en œuvre de bonne foi²⁰²⁶, la marge de manœuvre ne signifie pas que l'État ne fasse rien²⁰²⁷. Les mesures choisies doivent avoir un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans les traités²⁰²⁸. Ainsi, plus les obligations des traités sont concrètes et précises, moins la marge de manœuvre des États est grande. Elle est particulièrement réduite concernant les standards minimaux²⁰²⁹. Notre approche contextuelle adoptée aux Chapitres 6 et 7, se basant sur des faits, grâce aux références à des études de terrain comme des statistiques ou des rapports de la société civile, a permis de montrer que les mesures relatives aux prestations choisies adoptées par les cantons n'étaient qu'en partie raisonnables. Nous avons pu proposer des obligations législatives concrètes et précises à charge des cantons, qui lorsqu'elles ne sont pas mises en œuvre de manière suffisante exigent une harmonisation. La liberté d'appréciation des cantons est ainsi réduite et les conséquences juridiques de ces obligations sont prévisibles et évaluables. Cette affirmation permet de comparer notre approche de celle de la définition de la justiciabilité reprise par le TF, le Conseil fédéral et une partie de la doctrine que nous avons présentée précédemment²⁰³⁰. Cette démarche contextuelle permet, comme le dit KÜNZLI, de remplacer la notion classique de justiciabilité statique basée sur tel ou tel traité par une notion prenant mieux en compte les spécificités des cas individuels et concrets²⁰³¹.

À l'aide de ces deux sous-sections, nous pouvons affirmer qu'au vu de la nécessité de prise de mesure législative (Sous-section 1) pour remplir des obligations qui sont concrètes et précises (Sous-section 2), la reconnaissance du caractère justiciable des obligations à charge des cantons identifiés dans cette thèse doit être admise. Cette reconnaissance permettrait à la Confédération de réaliser ses obligations d'harmonisation que nous avons identifiées²⁰³² en permettant un contrôle judiciaire. Cette affirmation est confirmée par le droit constitutionnel prévoyant des mandats législatifs.

2026 Cf. Chapitre 3, I, B, 1.

2027 RAMCHARAN, 2011, p. 17ss.

2028 CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 2.

2029 WYTENBACH, 2017, p. 89-90.

2030 Cf. Chapitre 8, I.

2031 KÜNZLI, 1996, p. 540.

2032 Cf. Chapitre 4, I, B et Chapitre 4, II, C.

3. L'importance du droit constitutionnel

Le droit constitutionnel de l'État est central pour déterminer si la Suisse ou les cantons peuvent ou non se conformer à une obligation internationale sans action législative²⁰³³. En effet, tant l'applicabilité directe des normes internationales que celle des droits constitutionnels peuvent être liées au concept de droit subjectif. Au vu de ce lien, lorsqu'on examine la justiciabilité, il faut se référer tant aux définitions internationales qu'aux droits constitutionnels de la Constitution²⁰³⁴. Ainsi, la loi doit non seulement être adéquate ou raisonnable, mais également « *indispensable et inévitable* » dans un domaine donné à la lumière de la Constitution²⁰³⁵. Nous avons brièvement abordé la Constitution en tant qu'elle se recoupeait avec certains aspects des obligations internationales. Il convient désormais de se pencher un peu plus en détail sur le contenu de la Constitution pertinent pour les droits humains dans le domaine de l'aide sociale. Même si les garanties internationales que nous avons analysées garantissent une protection plus étendue à bien des égards que la Constitution²⁰³⁶, plusieurs dispositions constitutionnelles montrent que les mandats législatifs que nous avons identifiés et concrétisés dans le contexte suisse s'inscrivent aisément dans notre régime constitutionnel. Cette inscription soutient l'admission du caractère justiciable des obligations des cantons et va dans le sens de permettre à la Confédération de procéder à un contrôle judiciaire pour mettre en œuvre ses obligations d'harmonisation.

a. Des mandats législatifs exigeant un soutien des personnes dans le besoin

En matière de standard minimum de vie, des mandats législatifs de droits internationaux coexistent avec des mandats de droit constitutionnel (voire même de niveau cantonal)²⁰³⁷. La Constitution fédérale prévoit notamment comme droit social justiciable, le droit à l'aide d'urgence (12 Cst.)²⁰³⁸. Le Tribunal fédéral a reconnu en 1995 que le droit à un minimum d'existence était un droit fondamental non écrit de la Constitution²⁰³⁹. Suite à cette jurisprudence,

2033 A ce sujet voir : SCHMID, 2017, p. 935-936, SCHMID, 2015, p. 575-576.

2034 MOLINARI, 2018, p. 332.

2035 SCHMID, 2017, p. 936-937, voir aussi : KÜNZLI, 1996, p. 539. Selon le TF également, la justiciabilité d'une disposition doit être appréciée en tenant compte des particularités constitutionnelles : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 16, consid. 4.2.3.

2036 Au sujet du PIDESC et de la CDE : DUPONT, 2020, p. 2102.

2037 Pour cette même remarque au sujet de l'égalité des sexes : SCHMID, 2016, p. 7.

2038 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 683, DUPONT, 2020, p. 2099.

2039 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 I 367; JdT 1997 I 278.

un nouvel article 12 Cst. sur l'aide d'urgence est ajouté à la Constitution²⁰⁴⁰. L'art.12 Cst. est la disposition centrale de la Constitution suisse s'agissant de la garantie du standard minimum d'existence. Ce droit garanti à quiconque se trouvant dans une situation de détresse sans être en mesure de subvenir lui-même à ses besoins, le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine²⁰⁴¹. Il exige des prestations pour les besoins essentiels tels que la nourriture, les vêtements, un abri et des soins médicaux²⁰⁴². Le TF estime en effet qu'« *assurer les besoins humains élémentaires comme la nourriture, le vêtement et le logement est somme toute la condition de l'existence de l'être humain et de son développement* »²⁰⁴³, ceci afin « *d'éviter une mendicité indigne* »²⁰⁴⁴. Cet article découle directement de la dignité humaine inscrite à l'art. 7 Cst.²⁰⁴⁵.

Le TF estime que : « *[c]e qui constitue la condition indispensable à une vie conforme à la dignité humaine est clairement reconnaissable et peut être obtenu dans une procédure judiciaire. (...) C'est uniquement lorsque le simple droit légal ne permet pas en fait de satisfaire aux exigences minimales du droit constitutionnel que l'on peut se fonder directement sur ce dernier* »²⁰⁴⁶. Ainsi, ce droit ne couvre qu'un minimum indispensable à la survie. Sa portée et son noyau coïncident²⁰⁴⁷. Ce droit ne peut donc subir aucune restriction²⁰⁴⁸. L'art.12 Cst. constitue ainsi le noyau le plus minimal du droit à la sécurité sociale prévu par l'art.9 PIDESC, dont la justiciabilité est admise sans problème²⁰⁴⁹. En effet, la doctrine et la jurisprudence admettent que l'art.12 Cst. fonde une prétention justiciable à des prestations positives lorsque l'État refuse toute aide à une personne qui est dans le besoin ou quand l'aide n'atteint pas ce niveau minimum nécessaire aux besoins élémentaires²⁰⁵⁰. Bien que le seuil de prestations

2040 GNAEGI, 2012, p. 220, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 686.

2041 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 130 I 71, consid. 4.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 131 I 166, JdT 2007 I 75 consid. 3.1, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 685, PÄRLI, 2004, p. 48.

2042 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 138 V 310, 21 août 2012, consid. 2.1, GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 25.

2043 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 I 367; JdT 1997 I 278, consid. 2b.

2044 *ibid.*, consid. 2c.

2045 GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 6.

2046 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 I 367; JdT 1997 I 278, consid. 2c).

2047 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 130 I 71, consid. 4.1.

2048 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 131 I 166, JdT 2007 I 75, consid. 7.

2049 GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 12, GÄCHTER, Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der Sozialen Sicherheit. Charakterisierung des schweizerischen Modells, in RDS 2014 II, 5ss, p. 44.

2050 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 689-690, PÄRLI, 2004, p. 48, GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 4, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 122 I 101, consid. 2, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 122 II 193; JdT 1998 I 562, consid. 2d.

de cet article soit très bas, nous pouvons conclure que le contexte constitutionnel reconnaît la justiciabilité de certaines prestations positives fondamentales de survie. Même si les obligations que nous avons identifiées dans nos Chapitres 6 et 7 vont au-delà de ce que prévoit l'art. 12 Cst., leur caractère minimal ne fait aucun doute. Ainsi, le régime constitutionnel suisse en reconnaissant la possibilité de justiciabilité de prestations minimales va dans le sens d'une reconnaissance de la justiciabilité des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation à charge de la Confédération.

Pour appuyer cette affirmation, il convient de s'arrêter sur les notions de minimum absolu et de minimum de participation à la vie sociale. Cette distinction est présente tant dans le discours politique, la doctrine ou encore dans les NCSIAS²⁰⁵¹. Or, certains auteurs, comme AMSTUTZ ou PÄRLI reconnaissent que l'article 12 Cst. garantit plus qu'un simple minimum de survie, mais comprend également un minimum vital social²⁰⁵². GÄCHTER et WERDER estiment que le minimum absolu de survie est trop étroit²⁰⁵³ et MÜLLER estime que l'aide d'urgence comprend aussi une intégration sociale minimale qui comprend notamment le maintien des contacts sociaux²⁰⁵⁴. Nos recommandations en lien avec les obligations internationales des cantons dans le domaine de l'aide sociale poursuivent expressément un but de prévention de la pauvreté et de l'exclusion sociale des plus vulnérables. Elles vont dans le sens d'un minimum de participation sociale²⁰⁵⁵.

AMSTUTZ soutient d'ailleurs que cette approche d'inclusion dans l'art. 12 Cst. d'un minimum de participation à la vie sociale n'a pas été expressément refusée par le TF²⁰⁵⁶, même s'il semble, au vu sa jurisprudence, interpréter cet article restrictivement. Ceci laisse la porte ouverte à une extension future de cette garantie allant au-delà d'un simple niveau de survie²⁰⁵⁷. Les obligations cantonales constatées à l'aide des Chapitres 4 à 7 peuvent constituer cette extension. Ce d'autant plus qu'elles ne vont dans tous les cas pas au-delà de ce minimum social au vu de leur caractère minimal. De plus, même s'il est admis que des prestations monétaires ne sont pas exigées dans tous les

2051 PÄRLI, 2004, p. 48, AMSTUTZ, 2002, p. 63-64, CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. A.1-1 et A.2-2.

2052 PÄRLI, 2004, p. 48, AMSTUTZ, 2002, p. 63-64.

2053 GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 27.

2054 MÜLLER, 2014 § 30, cette nécessité de contacts sociaux est reconnue par le TF dans le cas de personnes autorisées à séjourner en Suisse : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 119, 20 mars 2009, consid. 5.4.

2055 Cf. Chapitre 5.

2056 AMSTUTZ, 2002, p. 64, dans le même sens : GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 27.

2057 AMSTUTZ, 2002, p. 64.

cas par l'art 12 Cst.²⁰⁵⁸, la revendication doit, tout de même, être évaluée en fonction de la situation d'urgence concrète²⁰⁵⁹. C'est ce que nous avons fait lors de nos Chapitres 6 et 7. Nous avons montré que certaines prestations monétaires étaient indispensables. Ainsi, si les obligations internationales en matière d'aide sociale ne sont pas mises en œuvre correctement par les cantons, des particuliers pourraient saisir la justice en se basant au moins en partie sur l'art. 12 Cst., ce qui pourrait permettre au juge de constater une exigence d'harmonisation.

Nous pouvons conclure cette sous-section par l'affirmation que les mandats législatifs internationaux exigeant un soutien aux personnes dans le besoin s'inscrivent aisément dans notre régime constitutionnel. Cette affirmation est confirmée par d'autres dispositions constitutionnelles, comme l'art. 41 al. 1 let. a qui doit être lu en relation avec l'art. 9 du PIDESC²⁰⁶⁰. Nous pouvons aussi mentionner l'art. 41 al. 1 let. e Cst. qui encourage aux actions étatiques en matière de logement, qui a été concrétisée par des lois fédérales garantissant ainsi une certaine justiciabilité de cet objectif²⁰⁶¹. Ces développements plaident en faveur d'une reconnaissance du caractère justiciable des obligations cantonales fondant les exigences d'harmonisation que nous avons constatées en matière de soutien aux personnes dans le besoin.

b. Des mandats législatifs exigeant une éducation primaire gratuite

Les mandats législatifs en matière d'éducation ne sont pas non plus étrangers à la Constitution. Comme nous l'avons vu, elle prévoit le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit (art. 19 Cst.) en tant que droit justiciable²⁰⁶². Cet article met en œuvre les garanties du Pacte ONU I quant à ce niveau d'enseignement²⁰⁶³. Il est complété par l'art. 62 Cst. qui demande aux cantons de mettre en place un enseignement gratuit²⁰⁶⁴. Cette disposition garantit des

2058 GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 28, MÜLLER, 2014, § 9.

2059 GÄCHTER et WERDER, 2015a, § 28.

2060 GÄCHTER et WERDER, 2015b, § 27.

2061 DUPONT, 2020, p. 2106, l'auteure cite par exemple les dispositions de la Loi sur la prévoyance professionnelle permettant d'utiliser son avoir de prévoyance pour l'acquisition d'un logement ou les dispositions impératives du Code des obligations protégeant les locataires.

2062 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 683, DUPONT, 2020, p. 2098ss.

2063 WYTTENBACH, 2015, § 2 et 7, il convient de préciser que l'art. 19 Cst. ne vise que les enfants. Le Pacte ONU I va à cet égard plus loin. Par exemple : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 117 Ia 27, consid. 6a.

2064 WYTTENBACH, 2015, § 9, KÄGI-DIENER, Art. 19, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014, § 8, ATF 129 I 12, JdT 2004 I 9, consid. 4.1 et Cf. Chapitre 7, II, B, 1.

revendications justiciables pour le niveau primaire²⁰⁶⁵. Ainsi, les obligations cantonales en relation avec ce niveau d'enseignement doivent être considérées comme justiciables. Elles peuvent donc permettre à un tribunal de mettre en œuvre l'exigence d'harmonisation si ces obligations ne sont pas mises en œuvre correctement. S'agissant des autres niveaux de formation, il n'existe pas en Suisse de droit explicite à la formation allant au-delà de l'enseignement primaire²⁰⁶⁶. Nous renvoyons le lecteur à nos développements concernant des mandats législatifs en relation avec la notion d'égalité des chances que nous traiterons plus loin.

c. Des mandats législatifs exigeant une protection particulière des enfants

Des mandats législatifs protégeant les enfants sont aussi présents dans notre texte constitutionnel. Selon l'art. 11 al. 1 Cst., les enfants ont le droit à une protection particulière et un soutien spécifique²⁰⁶⁷. Sa définition juridique n'est pas claire, notamment sur sa portée sociale, son caractère justiciable et sur le cercle des bénéficiaires²⁰⁶⁸. Selon MAHON et AUBERT, il vise les personnes de moins de 18 ans à l'image de la CDE²⁰⁶⁹. Selon ces auteurs, il est douteux que ce droit à une « *protection particulière* » soit justiciable. Ils admettent toutefois que c'est une injonction au législateur de prendre en considération les intérêts de l'enfant²⁰⁷⁰. Le TF estime même qu'au vu de sa place dans le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution, cette préoccupation doit être prioritaire du droit constitutionnel²⁰⁷¹. TSCHENTSCHER est d'avis que l'art. 11 Cst. garantit un minimum de soutien indépendant du droit à l'enseignement primaire²⁰⁷². Cette disposition est complétée par l'art. 67 Cst. qui demande aussi à l'État de tenir compte des intérêts particuliers des enfants et des jeunes²⁰⁷³ et par l'art. 41 al. 1, let. f et g témoignant de la volonté de l'Assemblée constituante de protéger de manière particulière les enfants²⁰⁷⁴. Ces

2065 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 693, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 I 12, JdT 2004 I 9, consid. 4, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 144 I 1, consid. 2.

2066 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 697, WYTTEBACH, 2015 § 3.

2067 TSCHENTSCHER, art. 11 BV, in : *ibid.* (édit.), § 10.

2068 AUBERT et MAHON, 2003, p. 113-114, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 II 377, consid. 5b, TSCHENTSCHER, 2015, § 1, REUSSER et LÜSCHER, Art. 11, in : *Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014, § 2.

2069 AUBERT et MAHON, 2003, p. 114.

2070 *ibid.*, p. 115.

2071 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 II 377, consid. 5d, REUSSER et LÜSCHER, 2014, § 10.

2072 TSCHENTSCHER, 2015, § 2 et 10-11.

2073 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 II 377, consid. 5a, REUSSER et LÜSCHER, 2014, § 10.

2074 AUBERT et MAHON, 2003, p. 541.

mandats législatifs permettent d'appuyer le caractère justiciable des obligations cantonales en faveur des enfants.

L'affirmation précédente peut être appuyée par le fait l'art.11 Cst. a pour but d'ancrer sous une forme générale les dispositions et objectifs de la CDE dans la Constitution²⁰⁷⁵. Il y a deux dispositions principales de la CDE dont l'applicabilité directe peut être affirmée. L'art.2 CDE, interdisant la discrimination des enfants, invoqué en relation avec un autre droit de la Convention est justiciable²⁰⁷⁶. Ceci est confirmé par l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge au sens de l'art.8 Cst²⁰⁷⁷. Ensuite, l'art.3 CDE prévoit un droit de l'enfant à la prise en compte de son intérêt supérieur comme considération primordiale et est considéré comme directement applicable²⁰⁷⁸. Le TF estime d'ailleurs que l'intérêt supérieur de l'enfant a acquis un statut constitutionnel par l'art.11 Cst²⁰⁷⁹. Or, l'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur de la CDE et de notre analyse. TSCHENTSCHER admet que ce droit donne des revendications justiciables en matière de prestations²⁰⁸⁰. Ainsi, ces articles et surtout l'art.11 Cst. vont dans le sens de la reconnaissance de mandats législatifs justiciables issus des obligations cantonales concernant les enfants, ce qui permettrait un contrôle judiciaire et le cas échéant la mise en œuvre de l'exigence d'harmonisation à charge de la Confédération.

d. Des mandats législatifs exigeant une protection particulière des femmes
Les femmes disposent également d'une place particulière dans notre Constitution. L'art.8 al.3 précise les termes d'égalité de droit et de fait pour appuyer l'importance du mandat législatif d'une réalisation de l'égalité entre hommes et femmes dans les faits. La deuxième phrase de cet alinéa demande au législateur la prise de mesures positives par le législateur pour réaliser une égalité

2075 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 II 377, consid. 5d, voir aussi : TSCHENTSCHER, 2015, § 2, REUSSER et LÜSCHER, 2014, § 7.

2076 BESSON et KLEBER, 2019, p. 48-49.

2077 WALDMANN, 2015a, § 72, SCHWEIZER, 2014b, § 71, et voir les développements sur la discrimination du Chapitre 4, II.

2078 CDE, Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3 § 1), CRC/C/GC/14, p. 2, cette applicabilité directe est d'ailleurs reconnue par le CF : GRAF-LITSCHER, Question n°19.5420 déposée au Conseil national, Des enfants sur les listes des mauvais payeurs des primes de l'assurance-maladie. Sanctionner les enfants pour les problèmes de paiement de leurs parents? et TSCHENTSCHER, 2015, § 15.

2079 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 III 250, 19 décembre 2002, consid. 3.4.2, REUSSER et LÜSCHER, 2014, § 8.

2080 TSCHENTSCHER, 2015, § 19, cet avis est partagé par d'autres : voir par ex : REUSSER et LÜSCHER, 2014, § 30 et les réf citées ; le TF n'a d'ailleurs pas tranché la question : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 II 377, consid. 5d.

des chances matérielle entre hommes et femmes²⁰⁸¹. Nous renvoyons le lecteur à nos développements sur la discrimination au Chapitre 4. Il convient de préciser que cette disposition vise tous les domaines de la vie, mais s'intéresse en priorité aux contextes de la famille et de l'éducation²⁰⁸², à l'image des Chapitres 6 et 7. Nous pouvons conclure que des mandats législatifs, allant dans le sens des obligations internationales des cantons qui visent une plus grande égalité entre hommes et femmes dans les faits face à la pauvreté, sont présents dans la Constitution. Ces mandats, lorsqu'ils sont lus à la lumière du droit international et du contexte suisse, peuvent être considérés comme justiciables. Le TF a d'ailleurs admis une action de particulier dans l'ATF qui suit la même réflexion que nous utilisons dans cette sous-section²⁰⁸³.

Nous avons ainsi montré l'existence de mandats législatifs constitutionnels applicables aux domaines de nos prestations sous conditions de ressources cantonales choisies. Il reste désormais à aborder des mandats législatifs relatifs à l'égalité des chances qui s'appliquent pour toutes nos prestations. Ils permettront d'appuyer la reconnaissance de la justiciabilité des obligations internationales des cantons dans le domaine de l'aide sociale.

e. Des mandats législatifs en matière d'égalité des chances

L'égalité des chances est exprimée à l'art.2 al.3 Cst.²⁰⁸⁴. Elle montre que les mandats législatifs cantonaux étudiés dans cette thèse en relation avec l'égalité des chances s'intègrent aisément dans le cadre constitutionnel. L'art.8 Cst. prévoit que l'égalité de traitement s'adresse également au législateur. Ce principe, dans le sens d'un principe sociopolitique, comprend également une revendication d'égalité des chances²⁰⁸⁵. Ainsi, l'art.2 al.3 Cst. est étroitement lié à l'art.8 Cst. (Sous-section (ii)), mais aussi à l'art.41 Cst. qui prévoit des buts sociaux (Sous-section (i))²⁰⁸⁶. Après avoir évoqué ces liens, nous pourrions nous concentrer sur son caractère justiciable (Sous-section (iii)) ce qui permettra de soutenir la possibilité d'un contrôle judiciaire des obligations cantonales

2081 AUBERT et MAHON, 2003, p. 86-88, WALDMANN, 2015a, p. 106, BIGLER-EGGENBERGER et KÄGI-DIENER, Art. 8 BV, RZ. 88-149, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014, § 110-111, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305 ; JdT 2012 I p. 47, consid. 3.1, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 125 I 21, 7 octobre 1998, consid. 3a, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 123 I 152, 19 mars 1997, consid. 5b.

2082 WALDMANN, 2015a, § 104.

2083 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305 ; JdT 2012 I p. 47, consid. 4.

2084 PÄRLI, 2004, p. 47, HÄNNI, 2015a, § 30.

2085 PÄRLI, 2004, p. 47.

2086 BELSER, Art. 2 BV, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015a, § 16.

et le cas échéant mettre en œuvre l'exigence d'harmonisation à charge de la Confédération.

(i) *L'égalité des chances et les buts sociaux*

Les buts sociaux permettent de concrétiser la notion d'égalité des chances. Les buts sociaux chargent la Confédération et les cantons d'une véritable obligation de mise en œuvre et ne sont donc pas dépourvus de toute valeur normative²⁰⁸⁷. Ces buts obligent le législateur à développer les sept objectifs sociaux élémentaires qui y sont listés²⁰⁸⁸. Même s'ils ne fondent pas des réclamations justiciables, ils permettent de spécifier les objectifs fondamentaux de l'activité sociale de l'État (au niveau fédéral et cantonal) qui sont indispensables pour une vie digne²⁰⁸⁹. Ils sont donc liés tant à la dignité humaine qu'à l'égalité des chances et impliquent que les inégalités économiques en particulier sont jugées socialement injustes et doivent être corrigées²⁰⁹⁰. Or, ces objectifs²⁰⁹¹ se recourent avec ce que visent les obligations internationales. L'identification des lacunes dans la mise en œuvre des cantons permet de réduire justement des inégalités économiques si elles sont corrigées. D'ailleurs, l'art. 41 al. 4 Cst. n'exclut pas que des droits à des prestations soient dérivés des droits fondamentaux existants. Ils peuvent non seulement justifier la création de droits constitutionnels non écrits, mais également concrétiser d'autres dispositions constitutionnelles²⁰⁹². Nous nous contentons de ce dernier rôle dans notre argumentation. Partant, l'égalité des chances comprise en relation avec ces objectifs fondamentaux permet d'appuyer nos conclusions concernant la justiciabilité des obligations cantonales identifiées.

(ii) *L'égalité des chances et l'interdiction de la discrimination*

Ensuite, l'art. 8 Cst. en relation avec l'égalité des chances permet aussi d'avancer un argument pour admettre le caractère justiciable des obligations internationales à charge des cantons qui peuvent fonder une exigence d'harmonisation. L'art. 8 Cst. joue un rôle important dans la jurisprudence du TF en rapport avec la mise en œuvre des obligations internationales puisqu'il offre

2087 GOLAY, 2013b, p. 490, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 684.

2088 GÄCHTER et WERDER, 2015b, § 10.

2089 *ibid.*, § 11-12, DUPONT, 2020, p. 2093.

2090 BIGLER-EGGENBERGER et SCHWEIZER, Art. 41, in : Bundesverfassung St. Galler Kommentar, (Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, édit.), 3^e éd., Zurich 2014, § 11.

2091 GÄCHTER et WERDER, 2015b, § 27ss, ces objectifs qui se recourent avec notre démonstration sont les suivants : la sécurité sociale (let. a), la santé (let. b), la protection de la famille (let. c), le logement (let. e), la formation (let. f), le soutien aux jeunes (let. g).

2092 *ibid.*, § 26, BIAGGINI, 2017d, § 7.

une protection reprenant ces exigences, du moins face aux lois cantonales²⁰⁹³. Or, en Suisse, l'égalité et l'interdiction de la discrimination sont considérées comme justiciables et il n'y a pas de raison de traiter différemment l'interdiction de discrimination du Pacte ONU I²⁰⁹⁴.

Cet article prévoit une interdiction de la discrimination qui demande, à l'image de nos développements en droit international, des mesures spécifiques et des mesures positives en faveur de certains groupes particulièrement exposés. Ainsi, cet article exige un traitement spécial de soutien pour les bénéficiaires de l'aide sociale ou comme le dit PÄRLI, du moins il ne s'y oppose pas²⁰⁹⁵. De plus, le Conseil fédéral reconnaît d'ailleurs qu'au vu des art. 8 al. 2 et 12 Cst., « (...) l'aide sociale devrait permettre à tous les bénéficiaires de couvrir leurs besoins vitaux et de participer à la vie sociale, et ce indépendamment de leur lieu de domicile »²⁰⁹⁶. Pour ces raisons, le caractère justiciable des mandats législatifs identifiés doit être admis en comprenant la garantie de l'égalité des chances en lien avec l'interdiction de la discrimination basée la situation sociale et le domicile. Un canton, lorsqu'il ne met pas en œuvre correctement ces mandats, pourra ainsi être condamné par un tribunal et l'exigence d'harmonisation de la Confédération pourra être mise en œuvre. Le caractère justiciable de cette égalité des chances est d'ailleurs admis dans certains cas. Nous allons discuter de ces cas plus en détail à la sous-section suivante.

(iii) Le caractère justiciable de l'égalité des chances : synthèse

Cette égalité des chances n'est pas simplement programmatrice. Son caractère justiciable est par exemple reconnue en matière d'accès aux perspectives d'éducation²⁰⁹⁷. Pour un exemple de jurisprudence du TF, il convient de mentionner l'ATF 144 I 1. Nous l'avons vu, en matière de cours de langue le TF a expressément rappeler que l'art. 19 Cst., qui est justiciable, vise également à maintenir l'égalité des chances²⁰⁹⁸. KÄLIN et KÜNZLI admettent aussi que le droit à l'accès égal aux institutions éducatives existantes est justiciable. Il implique un accès non discriminatoire aux opportunités d'éducation qui existent dans le pays²⁰⁹⁹. Ensuite, selon l'art. 62 al. 3 Cst., ce sont les cantons qui doivent veiller à fournir un tel enseignement gratuit dans les écoles

2093 WALDMANN, 2015a, § 11.

2094 KRADOLFER, 2013, p. 544ss.

2095 PÄRLI, 2004, p. 48.

2096 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 52.

2097 PÄRLI, 2004, p. 47-48.

2098 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 144 I 1, consid. 3.2.3.

2099 KÄLIN et KÜNZLI, 2019, p. 412.

publiques afin de garantir l'égalité des chances dans l'éducation²¹⁰⁰. La garantie de l'égalité des chances constitue un mandat législatif en vue de remédier notamment à l'importance du facteur socio-économique dans la réussite des études²¹⁰¹. S'agissant des autres niveaux, le système de bourses d'études en Suisse contribue à promouvoir l'égalité des chances et constitue même un instrument central pour y parvenir. Ces contributions sont indispensables pour les couches défavorisées de la population²¹⁰². Hors du droit à l'éducation, l'art.12 Cst. précité met également en œuvre, dans une mesure minimale, cette égalité des chances²¹⁰³. Ainsi, nos mandats législatifs semblent s'intégrer sans mal dans le cadre constitutionnel qui prévoit déjà une justiciabilité pour l'égalité des chances. Les obligations internationales des cantons telles que nous les avons identifiées constituent des mesures adéquates et raisonnables à exiger des législateurs cantonaux au vu de l'importance de l'égalité des chances dans la Constitution. Elles sont aptes à être contrôlées par un tribunal qui le cas échéant pourra mettre en œuvre l'exigence d'harmonisation à charge de la Confédération.

Ayant défini la notion de mandat législatif dans le cas d'une omission du législateur, il nous faut aborder les mandats législatifs en cas de mesure régressive.

C. Les mandats législatifs en cas d'action du législateur

Certains auteurs considèrent que face à une action régressive de l'État, les particuliers pourraient invoquer une violation des droits humains. Cette obligation serait une obligation fondamentale minimum d'effet immédiat²¹⁰⁴. Elle est liée à l'obligation immédiate qu'ont les États à prendre au moins des mesures tendant à une réalisation progressive²¹⁰⁵. Le principe de non-régression joue à tout le moins un rôle de plancher à défaut d'un rôle d'un effet cliquet strict²¹⁰⁶. Selon BÄCHLER, cette obligation permettrait de rendre les mandats

2100 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 I 12, JdT 2004 I 9, consid. 4, WYTENBACH, 2015, § 2 et TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 144 I 1, consid. 3.2.3, en lien avec l'art.19 Cst.

2101 Au sujet de l'art.19 Cst. : WYTENBACH, 2015, § 13, l'art.62 al.2 Cst. consacre également un mandat législatif de garantie de l'égalité des chances : HÄNNI, 2015a, § 14.

2102 HÄNNI, 2015b, § 3.

2103 MÜLLER, 2014, § 8.

2104 HACHEZ, 2008, p. 7-8, BÄCHLER, A paraître, p. 15, HCDH, 2007a§19.

2105 CESCR, Observation générale n°13, Le droit à l'éducation (art.13), E/C.12/1999/10, §13, CESCR, Observation générale n°11, Plans d'action pour l'enseignement primaire (art.14 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/1999/4, § 10.

2106 MARGUÉNAUD et MOULY, Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique, in Droit social 2013, 339ss, p. 340.

législatifs en matière de droits humains traditionnellement considérés comme des DESC suffisamment précis pour correspondre au raisonnement du TF dans l'ATF 137 I 305²¹⁰⁷. C'est aussi l'avis de KRADOLFER qui estime que l'interdiction de mesure régressive pourrait constituer un mandat législatif justiciable dû à sa précision et sa clarté dans les textes internationaux²¹⁰⁸. Nous sommes du même avis. Pour le montrer, il convient de discuter de cette notion d'interdiction des mesures régressives en lien avec la justiciabilité en Sous-section 1. Ensuite, nous expliquerons que cette obligation a un intérêt fondamental pour notre thèse au vu de son effet d'harmonisation particulier (Sous-section 2). Ensuite, nous examinerons les mesures régressives dans le contexte suisse (Sous-section 3). Il est important de souligner que nous nous concentrerons uniquement sur les mesures régressives en relation avec les obligations minimales que nous avons démontrées aux chapitres 5 à 7. Le Chapitre 8 a pour but de soutenir notre argumentation en fournissant un argument fort en démontrant la justiciabilité des obligations constatées. Il n'est pas nécessaire de se pencher sur les liens qu'aurait le principe de non-régression sur l'ensemble du système d'aide sociale cantonal. Nous n'excluons toutefois pas que l'interdiction des mesures régressives puisse s'appliquer également au-delà des minimums démontrés.

1. L'interdiction des mesures régressives

Lorsque le législateur intervient pour la protection d'un droit fondamental, il ne lui est, sous réserve de certaines conditions, pas possible de revenir sur ces mesures²¹⁰⁹. Si cette obligation ne devait pas être observée par le législateur, elle devrait autoriser le juge à stopper les régressions injustifiées²¹¹⁰. Cette obligation requiert de l'État uniquement de ne pas modifier ses lois à la baisse et ne demande l'adoption d'aucune mesure spécifique. L'examen du juge s'en trouve de plus facilité, il n'a pas besoin de se prononcer sur l'adéquation d'une mesure, mais seulement de procéder à une comparaison entre la nouvelle législation et l'ancienne pour savoir si on a à faire à une mesure régressive²¹¹¹.

2107 BÄCHLER, A paraître, p. 25.

2108 KRADOLFER, 2013, p. 547-548, qui estime que c'est d'ailleurs particulièrement le cas dans le domaine de la sécurité sociale. Voir aussi KÜNZLI, 1996, p. 540.

2109 HACHEZ, 2008, p. 288, HERTIG RANDALL, La restriction des droits sociaux, in : L'Homme et son droit : mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire, (Schulthess, édit.), Zurich 2011, p. 185ss, p. 201ss.

2110 HACHEZ, 2008, p. 150.

2111 COURTIS, 2009, p. 393, il précise que cette comparaison est connue dans d'autres domaines du droit, par exemple le principe de la rétroactivité d'une norme pénale si elle profite à l'accusé ou le principe *pro homine* en droit de la protection des droits humains.

Dans le cadre des prestations sociales, si le législateur durcit les conditions d'admissibilité, l'accès aux droits humains est atteint alors que si les prestations sont réduites c'est le caractère adéquat et suffisant des prestations qui est touché²¹¹². Nous suivons l'avis de WILSON, qui estime qu'il n'y a ainsi aucune raison de ne pas considérer cette obligation comme directement applicable. Les tribunaux sont capables de procéder à une pesée des intérêts en présence pour la justification ou non d'une telle mesure régressive²¹¹³. Ainsi, ces obligations sont concrètes et leurs conséquences juridiques sont prévisibles et facilement évaluables. Ceci est conforme à la définition de l'applicabilité directe retenue par la doctrine et le TF²¹¹⁴. De plus, les buts sociaux mentionnés précédemment permettent de soutenir cette affirmation. GOLAY estime que « [l]a consécration des buts sociaux a également une force juridique limitative, puisqu'(...) un recul en deçà d'un niveau minimal de protection signifierait indubitablement un conflit avec l'article 41 »²¹¹⁵. Il tire cette affirmation de l'avis du Conseil fédéral qui avait estimé à ce sujet que « [p]areille démarche n'est pas sérieusement envisagée en Suisse de nos jours »²¹¹⁶.

Après l'introduction d'une telle action par un particulier, l'État devra prouver avoir utilisé toutes ses ressources disponibles. Nous l'avions mentionnée au Chapitre 4, I, A, 2, une forte présomption de violation de cette obligation est présente en présence de mesures régressives. Elles doivent être justifiées au regard des ressources disponibles²¹¹⁷. Selon HACHEZ, « [l]es droits sociaux engendrent un effet de standstill qui interdit au législateur de diminuer significativement le niveau de protection qu'il leur a d'ores et déjà accordé, sauf motif d'intérêt général »²¹¹⁸. L'obligation du standstill permet donc de déterminer le niveau de protection d'un droit fondamental et d'obliger le législateur à justifier une réduction²¹¹⁹. La charge de la preuve d'une violation par les titulaires de l'obligation s'en trouve facilitée²¹²⁰.

2112 KRADOLFER, 2013, p. 548.

2113 WILSON, 2010, p. 1511-1512.

2114 MOLINARI, 2018, p. 336, KÄLIN, 2016, p. 129-131, KAUFMANN, 2017, p. 3, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 II 243, consid. 10, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 16, consid. 4.3.2.

2115 GOLAY, 2013b, p. 490.

2116 CONSEIL FÉDÉRAL, 1996, p. 202.

2117 CESC, Observation générale n°3, E/1991/23, § 9, CHATTON, 2013, p. 230-231, COURTIS, 2009, p. 393.

2118 HACHEZ, 2008, p. 429.

2119 *ibid.*, p. 429ss, cela permet de respecter l'exigence de Pacte rappelée par le CESC dans son Observation Générale n°30 : CESC, Observation générale n°3, E/1991/23 § 9, lorsqu'il estime que « toute mesure délibérément régressive [...] doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles ».

2120 HACHEZ, 2008, p. 439ss.

2. L'effet harmonisateur particulier d'une telle action

Un effet harmonisateur n'est pas directement visé par une telle obligation, puisqu'elle s'applique à des standards propres à un seul canton. Lorsqu'une action est admise à l'encontre d'une mesure régressive d'un canton, aucun effet harmonisateur n'est *a priori* présent. Toutefois, la problématique de la concurrence négative en matière de prestations sociales rend cette notion très importante pour notre thèse. Face aux coupes récentes dans l'aide sociale et face aux diminutions dans le domaine des bourses, les particuliers pourraient tenter des actions. L'admission de telles actions pourrait au moins éviter des tendances à la baisse. Les niveaux de prestations dans certaines circonstances ne pourront pas être modifiés. Ceci constitue un moyen évident pour éviter ces mesures régressives dues à la concurrence négative entre cantons. En effet, seule une harmonisation serait propre à éviter le phénomène de concurrence négative qui est lié aux mesures régressives dans les prestations sociales. De cette manière, l'obligation du *standstill* pourrait également induire un effet d'harmonisation indirect et partiel en fixant au moins le principe de l'interdiction de la concurrence négative. Ces tendances à la baisse sont actuelles en Suisse comme nous allons l'expliquer.

3. Les mesures régressives en Suisse

En Suisse, il y a beaucoup de mesures potentiellement régressives en matière d'aide sociale. Nous l'avons dit au début de cette section, nous n'allons pas discuter de l'interdiction des mesures régressives pour le système de l'aide sociale en entier. Nous nous concentrerons uniquement sur des mesures régressives qui touchent potentiellement aux obligations minimales que nous avons constatées dans notre thèse aux chapitres 5 à 7. Avant toute chose, il convient de parler de la tendance à la baisse des NCSIAS et de leur réduction au fil du temps. Ensuite, nous parlerons des pratiques cantonales proprement dites.

a. Les NCSIAS

Les NCSIAS ont été adaptées et le forfait pour l'entretien couvrant les besoins de base a été revu à la baisse pour inciter les bénéficiaires à chercher d'autres sources de revenus²¹²¹. Le montant du forfait a été modifié à plusieurs

2121 SCHUWEY et CARITAS, 2014, p.135.

reprises²¹²². De plus, comme nous l'avons déjà vu au Chapitre 6 auquel nous renvoyons, deux révisions des NCSIAS ont eu des conséquences régressives s'agissant des sanctions et du régime propre aux jeunes adultes. Auparavant, les jeunes adultes bénéficiaient du régime ordinaire²¹²³. Le montant maximal pour les sanctions était avant 2016 de 15%²¹²⁴, puis est passé à 30%²¹²⁵. Ces révisions ont été suivies par les cantons comme nous l'avons vu. Ainsi, des mesures régressives s'agissant du montant du forfait, du régime pour jeunes adultes et de l'ampleur des sanctions sont présentes en Suisse par les révisions des NCSIAS.

b. Les pratiques cantonales

Ensuite, nous devons mentionner les politiques de réduction de l'aide sociale de certains cantons. Outre les réductions et les durcissements des NCSIAS, différents cantons se penchent sur des propositions de réduction du forfait d'entretien²¹²⁶. Par exemple, dernièrement, le Grand Conseil du canton de Berne a adopté un projet de loi sur l'aide sociale. Cette loi stipule de ne plus suivre les NCSIAS et de prévoir des pratiques plus restrictives s'agissant des montants des prestations et des possibilités de réduction pour manque de volonté d'intégration²¹²⁷. De même, dans les cantons d'Argovie et de Bâle, les parlements ont accepté des propositions allant jusqu'à 30% de réduction²¹²⁸. Le montant moyen versé par habitant en matière de bourse a diminué entre 2008 et 2018 dans près de 13 cantons²¹²⁹. Ces réductions sont les conséquences du phénomène déjà abordé précédemment au Chapitre 1 de concurrence négative. Mais ces mesures sont-elles justifiables au vu du principe de non-régression ?

2122 CSIAS, 2019d, p. 3 : en 1998, il avait été fixé à 1100 francs pour un ménage d'une personne par un calcul basé sur les dépenses du 20% des ménages suisses aux revenus les plus modestes. Ce montant avait été adapté à 1130 en tenant compte du renchérissement en 2003. Il a ensuite été baissé à 960 francs en ne prenant en compte que les dépenses des 10% des ménages les plus modestes. Ce montant a été adapté trois fois au renchérissement en 2011, 2013 et 2020 pour atteindre 997 francs.

2123 CSIAS, 2015, p. 28-29.

2124 *ibid.*, p. 17.

2125 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art. A.8-3 et 4.

2126 CSIAS, 2019c, p. 1.

2127 CSIAS, 2019d, p. 2 et RTS, Les montants de l'aide sociale dans le canton de Berne revus à la baisse, 7 avril 2018, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020) : ces réductions pouvaient atteindre 8%, même jusqu'à 15% chez les jeunes et 30% pour les étrangers. À noter qu'un référendum a été déposé contre ce projet de loi qui a été refusé : LA LIBERTÉ, Les bénéficiaires de l'aide sociale ne seront pas pénalisés, 19 mai 2019, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

2128 CSIAS, 2019d, p. 2.

2129 ARBOGAST, MÜHLEMANN, SCHÖBI, ZANGGER et OFS, 2019, p. 14ss.

c. La justification de ces mesures

Ces réductions sont présumées contraires aux droits humains. Or, les décisions de baisser considérablement les montants du forfait pour l'entretien de l'aide sociale dans certains cantons ont été prises sans analyse professionnelle et sans examen des conséquences pour les personnes bénéficiaires²¹³⁰. La CSIAS admet que se baser sur le décile inférieur des revenus en Suisse est suffisamment restrictif et que ces réductions plus poussées pourraient causer des dommages sur le long terme comme une alimentation malsaine et une mauvaise santé²¹³¹. Des économies supplémentaires à faire pour les personnes à l'aide sociale sans conséquences personnelles graves sont presque impossibles²¹³².

Le but invoqué pour ces restrictions est souvent le manque de ressources²¹³³. Or, nous l'avons vu au Chapitre 4, I, A, 2, b, il semble difficile pour la Suisse d'invoquer de tels manques. Le CDE rappelle que la Suisse dispose d'une des économies les plus riches du monde²¹³⁴. Les cantons auraient du mal à justifier de telles mesures présumées incompatibles avec les traités des droits humains. Une autre justification avancée des modifications à la baisse est d'inciter les bénéficiaires à chercher d'autres sources de revenus²¹³⁵. La pertinence de ces choix est surtout politique et nous ne nous avancerons pas sur le terrain de leur critique d'un point de vue juridique. Ces restrictions, même si elles peuvent être justifiées politiquement par un des buts mentionnés, portent en tout cas atteinte au noyau dur des droits humains. Les législateurs cantonaux ne peuvent pas aller en dessous du niveau prévu par le noyau dur et ces restrictions ne semblent pas proportionnelles au vu de notre démonstration. Ainsi, la famille Harmonie pourrait porter cette situation au tribunal, si elle habitait dans un canton adoptant des mesures régressives, puisque la justiciabilité du principe du *standstill* doit être admise face à ces réductions.

2130 CSIAS, 2019a, p. 1, CSIAS, 2018a, p. 5.

2131 CSIAS, 2018a, p. 5, CSIAS, 2019d, p. 4-6.

2132 CSIAS, 2019c, p. 6.

2133 Par exemple, à Berne un des buts de la modification des prestations de l'aide sociale était « *de soulager financièrement le canton et les communes* » : GRAND CONSEIL DU CANTON DE BERNE, Message du Grand Conseil du canton de Berne, Votation populaire cantonale du 19 mai 2019, Berne 2019, p. 2.

2134 CDE, Observations finales, Suisse, CRC/C/CHE/CO/2-4, § 14.

2135 Comme au sujet des NCSIAS : SCHUWEY et CARITAS, 2014, p. 135, ou comme à Berne, un des buts de la modification de l'aide sociale était de rendre le travail rémunéré plus attractif que l'aide sociale : GRAND CONSEIL DU CANTON DE BERNE, 2019, p. 2.

V. La justiciabilité des obligations cantonales fondant l'exigence d'harmonisation concrétisée par l'interprétation intégrative des droits de la CEDH

Une autre manière est envisageable pour reconnaître le caractère justiciable de certains aspects des obligations des cantons dans le domaine de l'aide sociale. Il s'agit de l'approche intégrée dans l'interprétation des droits de la CEDH. Il faut la distinguer de l'interprétation intégrative générale au sens de l'art. 31 § 3 let. c CVT, qui donne la possibilité d'interpréter un traité à la lumière d'autres normes internationales²¹³⁶. L'interprétation de cette section est certes proche, mais poursuit le but spécifique d'interprétation des dispositions de la CEDH pour soutenir des aspects de droits traditionnellement considérés comme des DESC. Nous allons premièrement l'expliquer (Sous-section A), puis deuxièmement énumérer des exemples de jurisprudence de la CourEDH appliquant ce principe (Sous-section B). Nous nous concentrerons uniquement sur la CEDH pour une raison simple. L'art. 122 LTF stipule que les jugements de la CourEDH sont un motif de révision²¹³⁷. D'où on comprend l'importance de pouvoir interpréter les obligations des droits humains qui traitent du bien-être des personnes en situation de pauvreté comme liées à des droits de la CEDH, au vu de l'impact des jugements de la CourEDH en Suisse. La Constitution fédérale prévoit, d'ailleurs, un catalogue de droits très similaire. Ainsi, si une action peut être admise sur la base de ces droits pour permettre à un tribunal d'examiner les obligations cantonales que nous avons identifiées, la Confédération pourra mettre en œuvre ses obligations d'harmonisation lorsque ces obligations ne sont pas correctement mises en œuvre.

A. L'approche intégrée de l'interprétation des droits de la CEDH

Les droits de la CEDH sont considérés par le TF comme directement justiciables en Suisse²¹³⁸. Nous analyserons la CEDH par une méthode d'interprétation intégrative pour tenter de justifier la justiciabilité des obligations internationales des cantons que nous avons identifiées. En effet, un niveau

2136 Cf. Chapitre 3, II, C, 1.

2137 ESCHER, Art. 122 BGG, in : Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, (Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler, édit.), 3^e éd., Bâle 2018, § 1.

2138 HOTTELIER, MARTENET, PEJCHAL, FERRETTI, CORBAZ et JOSEPH, La pratique suisse relative aux droits de l'homme, in *Swiss Review of International and European Law* (Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht) 2015 26(3), 505ss, p. 509, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 V 246, consid. 2.

inadéquat de prestations sociales peut créer des situations indignes et inégales aussi dans le domaine des droits civils et politiques. Certaines dispositions de la CEDH sont pertinentes en la matière²¹³⁹. Pour KÜNZLI, des conclusions en faveur d'une action du législateur dans certains domaines du PIDESC peuvent être tirées de la notion d'obligations positives développées en relation avec la jurisprudence de la CEDH²¹⁴⁰. L'approche intégrée est visible dans plusieurs décisions de la CourEDH reconnaissant des contenus sociaux à des droits de la CEDH et montre que la notion de l'indivisibilité des droits humains a un contenu juridique. Ceci signifie que tous les droits humains qui nous intéressent peuvent être coordonnés et intégrés concrètement dans un contexte de prise de décision même s'ils ressortent de Conventions différentes et même s'ils sont parfois rigidelement classifiés comme des DCP ou DESC²¹⁴¹. La CourEDH utilise toutes les normes internationales pertinentes y compris les décisions des organes des traités même si ces traités n'ont pas été ratifiés par l'État en question²¹⁴². Pour KOCH, on ne peut pas exclure que cette jurisprudence se développe dans l'avenir pour mieux protéger ceux qui ont besoin d'un logement et donc harmoniser l'interprétation de la CEDH avec celle de la Charte sociale révisée²¹⁴³. Selon PÄRLI, l'approche intégrative offre de grands potentiels d'innovation dans le domaine des droits sociaux et économiques²¹⁴⁴, comme ceux liés à la pauvreté.

Or, cette approche est particulièrement pertinente pour notre domaine au vu du principe de l'interdépendance et l'indivisibilité des droits humains dont nous avons déjà parlé. En effet, selon GERDS, la pauvreté est un exemple de situation qui montre le principe d'interdépendance des droits humains²¹⁴⁵. DESPOUY est du même avis²¹⁴⁶. Le CEDS a également souligné l'importance de ce principe en matière de pauvreté²¹⁴⁷. Ne pas le reconnaître constitue une entrave importante à l'efficacité de la lutte contre la pauvreté sur le plan judiciaire²¹⁴⁸ et empêcherait les plus pauvres d'exercer leurs droits humains²¹⁴⁹.

2139 KOCH, 2009, p. 180.

2140 KÜNZLI, 1996, p. 539.

2141 KOCH, 2006, p. 409-410.

2142 PÄRLI, Gutachten zur Bedeutung der EMRK und der Beschwerde an den EGMR für das schweizerische Arbeitsrecht im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbund SGB, Berne 2015, p. 47.

2143 KOCH, 2009, p. 147-148.

2144 PÄRLI, 2015, p. 47.

2145 GERDS, 2012b, p. 181, voir aussi : RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 176.

2146 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 176, voir aussi Chapitre 1, I, B, 3.

2147 GERDS, 2012b, p. 167.

2148 *ibid.*, p. 181.

2149 RAPPORTEUR SPÉCIAL DESPOUY, 1996, § 121.

Cette approche permet de pallier le risque que les plus pauvres aient l'impression que leurs droits sont secondaires par rapport aux droits traditionnellement vus comme des droits civils et politiques qui profitent plus facilement aux classes plus aisées qui n'ont pas besoin de s'inquiéter de leur survie quotidienne²¹⁵⁰.

B. Des exemples de jurisprudence

Nous allons tout d'abord citer quelques exemples en général pour illustrer l'approche de la CourEDH (Sous-section 1). Ensuite, nous examinerons le droit à la vie et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (Sous-section 2), le droit à la vie privée et familiale (Sous-section 3) et les garanties procédurales (Sous-section 4). Nous n'analyserons pas le droit à l'éducation ni la garantie du droit à la propriété qui font certes l'objet d'un protocole additionnel à la CEDH, mais qui n'a pas été ratifié par la Suisse, même si ces droits pourraient avoir un grand impact sur les personnes en situation de pauvreté²¹⁵¹. Il est important de mentionner la problématique de la surveillance des bénéficiaires de l'aide sociale. En effet, la surveillance des bénéficiaires d'aide sociale peut avoir de nombreuses implications sur les droits fondamentaux des personnes concernées et en particulier sur leur droit à la vie privée²¹⁵². Or, les organes d'aide sociale appliquent dans la pratique différentes mesures de contrôle, comme des visites à domicile, des contrôles périodiques des dossiers ou des recours à des inspecteurs sociaux²¹⁵³. La CSIAS souligne que pour cette dernière mesure notamment, des bases légales claires sont indispensables²¹⁵⁴. Par exemple dans le canton de Vaud, dès le 1^{er} mars 2020, l'enquêteur du service social peut observer secrètement un bénéficiaire même à l'aide des instruments techniques visant à le localiser²¹⁵⁵. Toutefois, même si un besoin d'harmonisation pourrait être présent dans ce domaine,

2150 GERDS, 2012b, p. 181.

2151 Pour plus de détails voir : GERDS, 2012a, p. 124ss et 127.

2152 Par exemple voir : MOSER-SZELESS, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, in *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* 2013, 129ss, p. 138ss, au sujet de la surveillance des assurances sociales ou privées. Ces préoccupations peuvent être transposées dans le domaine de l'aide sociale. En effet, « *selon la jurisprudence, la collecte et le stockage de données d'identification, qui comprennent les enregistrements vidéo, portent atteinte à la protection de la liberté individuelle ou de la vie privée dans les relations de droit public* » : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 327, 11 novembre 2011, consid. 4.4.

2153 CSIAS, 2010, p. 4ss.

2154 *ibid.*, p. 7.

2155 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art. 39d.

ces mesures législatives n'entrent pas directement dans le domaine que nous étudions, à savoir les prestations sociales définies par la législation cantonale versées en espèces²¹⁵⁶.

1. En général

Avant toute chose, nous devons mentionner quelques arrêts principaux de la CourEDH reconnaissant que « *nulle cloison étanche ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention* » et que « *nombre [des DCP qui y sont prévus] ont des prolongements d'ordre économique et social* »²¹⁵⁷. Selon PÄRLI, l'approche intégrative générale de la Cour EDH est notamment présente et reconnue par l'arrêt « *Demir et Baykara* »²¹⁵⁸ déjà cité. Cette affaire permet également d'illustrer l'approche intégrative dans son sens spécifique pour soutenir des aspects sociaux économiques puisque dans cette affaire, la CourEDH a conclu que l'art.11 CEDH s'appliquait au droit de fonder des syndicats des fonctionnaires²¹⁵⁹. Un autre arrêt important pour cette interprétation tant dans son sens général que spécifique est l'affaire *Sidabras et Džiautas contre la Lituanie*²¹⁶⁰. Dans cet arrêt, la CEDH a analysé une interdiction de travail dans le secteur public et une grande partie du secteur privé pour d'anciens agents du KGB et a rappelé cette approche intégrative²¹⁶¹. Ici, la Cour interprète la vie privée protégée par l'art.8 CEDH à la lumière de l'art.1 § 2 de la Charte sociale européenne qui a été interprétée par le Comité des droits sociaux en référence à la Convention n°111 de l'OIT sur l'interdiction de la discrimination dans les relations de travail²¹⁶².

Ensuite, nous pouvons citer l'affaire *Airey c. Irlande*, où la CEDH a admis également à l'aide de l'interprétation évolutive qu'aucune cloison étanche ne sépare les droits économiques sociaux et culturels et les droits civils et politiques. Elle a ainsi admis que l'art.6 CEDH devait garantir un accès réel au juge, même pour les personnes en situation de précarité²¹⁶³. Cet arrêt est

2156 DUBACH, PESCH, PFISTER et OFS, 2007, p. 9, voir également HOFER et OFS, 2006, p. 9 et Chapitre 2, II, A.

2157 Formulation reprise de ROMAN, 2012, p. 89, voir aussi : KOCH, 2006, p. 408ss, PÉTER-MANN, 2014, p. 70, à ce sujet SUDRE, La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »?, in RTDH 2003 55, 756ss, p. 756ss.

2158 PÄRLI, 2015, p. 47.

2159 *ibid.*, p. 34-35, COUREDHD (GC), Affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, n°34503/97, § 107.

2160 PÄRLI, 2015, p. 16.

2161 COUREDHD, Affaire *Sidabras und Džiautas c. Lituanie*, n°55480/00 et n°59330/00, 27 juillet 2004, § 47.

2162 PÄRLI, 2015, p. 16.

2163 COUREDHD, Affaire *Airey c. Irlande*, n°6289/73, § 26.

important, car il montre de façon claire que le principe d'une interprétation selon l'effet utile que nous avons mentionné au Chapitre 3, II permet de servir de base à des obligations positives²¹⁶⁴. Nous pouvons maintenant aborder des exemples plus ciblés sur les droits de la CEDH pour illustrer en quoi cette interprétation peut permettre de fonder une justiciabilité des obligations internationales des cantons que nous avons constatées dans cette thèse.

2. Le droit à la vie, l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et l'interdiction du travail forcé

Ces garanties peuvent permettre de concrétiser la justiciabilité des droits humains dans trois domaines : les conditions de vie (Sous-section a), les soins médicaux (Sous-section b) et les sanctions en matière de prestations sociales liées à l'obligation d'acceptation d'un travail convenable (Sous-section c).

a. Les conditions de vie

La pauvreté peut avoir des incidences sur le droit à la vie et sur l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Par rapport aux traitements inhumains ou dégradants, le concept de dignité humaine est central. Nous l'avons vu, c'est sur cette base que le Tribunal fédéral a reconnu le droit constitutionnel non écrit qui a été repris à l'art. 12 Cst. S'agissant de la dignité humaine pour la CourEDH, il est important de souligner que la dignité humaine ne figure pas dans la CEDH²¹⁶⁵. Mais la CourEDH l'a reconnue déjà en 1995 notamment dans un arrêt sur le viol entre époux²¹⁶⁶. Dans la continuité de la reconnaissance de ce principe, la CourEDH a également affirmé que l'extrême pauvreté était contraire à la dignité humaine²¹⁶⁷. Elle l'a par exemple rappelé dans l'affaire *Moldovan et autres c. Roumanie*. La Cour précise que « (...) *les conditions de vie des requérants (...), constituent une atteinte à leur dignité humaine qui, dans les circonstances de l'espèce, équivaut à un « traitement dégradant » au sens de l'article 3 de la Convention* »²¹⁶⁸. Il faut toutefois souligner que

2164 SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: an Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Leiden 2011, p. 76.

2165 PAVIA, *La découverte de la dignité de la personne humaine*, in : *La dignité de la personne humaine*, (Pavia, édit.), Paris 1999, p. 3ss, p. 8.

2166 COUREDH, *Affaire S.W. c. Royaume-Uni*, n°20166/92, 22 novembre 1995, § 44.

2167 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013b, p. 687.

2168 COUREDH, *Affaire Moldovan et autres c. Roumanie*, n°41138/98 et n°64320/01, 12 juillet 2005, § 113, au sujet de l'application de l'art. 3 CEDH à l'évaluation de conditions de vie voir : CASSESE, *Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions?*, in *European Journal of International Law* 1991 2(2), 141ss, p. 141ss.

la Cour a précisé, par exemple, dans l'affaire Pancenko c. Lituanie que « *la Convention ne garantit aucun droit socio-économique en tant que tel, et ne prévoit en particulier aucun droit à un logement gratuit, au travail, à une assistance médicale gratuite ou à l'assistance financière de l'État afin d'assurer un certain niveau de vie* »²¹⁶⁹. Ainsi, les conditions de vie très modestes n'enfreignent pas en tant que telles la CEDH, mais doivent être appuyées par des circonstances exceptionnelles²¹⁷⁰.

Cette solution a été confirmée dans l'affaire Larioshina c. Russie, où la Cour a précisé qu'« *un grief portant sur le montant totalement insuffisant d'une pension et autres prestations sociales peut en principe soulever une question au titre de l'article 3* »²¹⁷¹. De plus, lors de l'affaire M.S.S c. Belgique et Grèce, la CourEDH a conclu que les conditions de vie d'un requérant d'asile violaient l'art.3 CEDH²¹⁷². Elle a estimé que les « *conditions dans lesquelles il s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels. (...) combinées avec l'incertitude prolongée dans laquelle il est resté et l'absence totale de perspective de voir sa situation s'améliorer, ont atteint le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention* »²¹⁷³. On peut voir ici une forme d'obligation d'une aide sociale minimale²¹⁷⁴. Ainsi, bien que la CEDH ne prévoit pas de droit à des prestations sociales, on ne peut pas totalement exclure qu'une requête ne puisse être admise au sens de l'art.3 CEDH si la prestation sociale est absolument insuffisante dans son montant. Le seuil d'un tel contrôle est ainsi très bas²¹⁷⁵ et l'approche de la CourEDH reste centrée sur les circonstances individuelles exceptionnelles²¹⁷⁶. Ici, la mise en œuvre insuffisante du noyau dur du droit à la sécurité sociale pourrait, même si cela est rare, violer les DCP comme le droit à la vie ou l'interdiction des traitements inhumains et dégradants²¹⁷⁷. Au vu de la jurisprudence de la Cour, l'on peut conclure que la protection de la CEDH ne semble pas aller plus loin que ce que prévoit déjà l'art.12 Cst. Les mêmes conclusions sont donc à prendre s'agissant de suppression totale ou de sanctions extrêmes tout en laissant ouverte la question

2169 COURED H, Affaire Pancenko c. Lettonie (déc.), n°40772/98, 28 octobre 1999, § 2.

2170 GERDS, 2012a, p. 137, cf. aussi : KOCH, 2009, p. 181-182.

2171 COURED H, Affaire Larioshina c. Russie (déc.), n°56869/00, 23 avril 2002, § 3.

2172 GERDS, 2012a, p. 137-138.

2173 COURED H (GC), Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce, n°30696/09, 21 janvier 2011, § 263.

2174 PÉTERMANN, 2014, p. 254.

2175 KOCH, 2009, p. 181-182, voir aussi PÉTERMANN, 2014, p. 254, COURED H (GC), Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce, n°30696/09, § 249.

2176 GERDS, 2012a, p. 138.

2177 SAUL, KINLEY et MOWBRAY, 2014, p. 650-651.

d'un éventuel minimum de participation sociale. Pour de tels motifs, une action de notre famille Harmonie pourrait s'appuyer pour soutenir la justiciabilité de certaines des obligations internationales des cantons que nous avons identifiées. Si un canton ne la mettait pas en oeuvre de manière suffisante, un juge pourrait ainsi le sanctionner ce qui permettrait à la Confédération de mettre en œuvre son obligation d'harmonisation.

b. Les soins médicaux

Il convient de parler maintenant d'un éventuel droit aux soins médicaux. La CourEDH a déclaré entre autres que les États devaient prendre les mesures appropriées pour protéger la vie de personnes dans leur juridiction et n'a pas exclu que des actes ou omissions des autorités dans le domaine de la santé puisse engager dans certaines circonstances leur responsabilité sous l'angle de l'art.2 CEDH²¹⁷⁸. Selon PETERMANN, la Cour a interprété les dispositions de la Convention comme prévoyant une obligation positive de fournir des prestations médicales dans l'affaire Chypre c. Turquie²¹⁷⁹. De plus, en matière de droit à la santé, selon KOCH, la Cour a établi la notion de standard minimum du droit à la santé lors de sa décision D. c. Royaume-Uni, même si cette décision semble isolée²¹⁸⁰. Elle a admis que le renvoi d'un patient atteint du SIDA vers un État où aucun traitement approprié n'était disponible « *l'exposerait à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses et constituerait donc un traitement inhumain* »²¹⁸¹. L'État peut être obligé de fournir des médicaments adéquats pour soigner une maladie qui met la vie en péril²¹⁸². C'est ici l'effet le plus concret de l'art.2 CEDH pour les personnes en situation de pauvreté : « *l'obligation positive de fournir des soins pour toute personne en danger de mort* »²¹⁸³. Cependant, cette protection demeure très restreinte et semble être peu utile pour notre famille Harmonie. Éventuellement, si la famille se trouve dans un état de dénuement total face à un éventuel refus de soins, une action pourrait être fondée sur la CEDH pour faire évaluer par un tribunal certaines des obligations internationales

2178 KOCH, 2009, p. 62, SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: a Commentary*, 1^{ère} éd., Oxford, United Kingdom 2015, p. 131, COURED H (GC), *Affaire Calvelli et Ciglio c. Italie*, n°32967/96, 17 janvier 2002, § 48ss.

2179 PÉTERMANN, 2014, p. 231, COURED H (GC), *Affaire Chypre c. Turquie*, n°25781/94, 10 mai 2001, § 216ss.

2180 KOCH, 2009, p. 64.

2181 SCHABAS, 2015, p. 172, COURED H, *Affaire D. c. Royaume-Uni*, n°30240/96, 2 mai 1997, § 53.

2182 SCHABAS, 2015, p. 131, COURED H, *Affaire Panaitescu c. Roumanie*, n°30909/06, 10 avril 2012, § 37.

2183 GERDS, 2012a, p. 136.

des cantons identifiées en matière de soins médicaux. Cette situation semble peu probable en Suisse, sauf en cas de refus de paiement de l'assurance maladie mettant la vie en danger comme dans le cas du patient atteint de VIH pré-cité²¹⁸⁴. Dans de tels cas, l'aide sociale doit reprendre en charge le traitement sous peine d'une violation de la CEDH.

c. L'obligation d'accepter un travail convenable

Enfin, il convient de mentionner que la question de l'interdiction du travail forcé au sens de l'art. 4 CEDH pourrait se poser en relation avec l'obligation d'acceptation d'un travail convenable comme condition aux prestations sociales²¹⁸⁵. La CourEDH a conclu à l'inapplicabilité de cet article en relation avec des prestations chômage et a estimé que « *[i]t does not appear, however, that the applicant was in any way forced to perform any kind of labour or that his refusal to look for other employment (...) made him liable to any other measures than the reduction of his unemployment benefits* »²¹⁸⁶. Toutefois, certains auteurs se posent la question de la gravité admissible des sanctions²¹⁸⁷. Nous pouvons aussi citer l'arrêt récent de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans lequel elle a estimé que des réductions totales et des réductions de 60% du montant des allocations chômage pour refus d'un travail convenable étaient contraires à l'art. 1 de la Loi fondamentale prévoyant un droit à des prestations pour un niveau d'existence conforme à la dignité humaine²¹⁸⁸. Au vu de ces avis et de la gravité de la suppression totale rendue possible par la jurisprudence du TF, la question d'une violation de la CEDH et notamment de l'art. 4 CEDH pourrait être soulevée²¹⁸⁹.

3. Le droit à la vie privée et familiale

Ensuite, la protection de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH peut concerner des requêtes de prestations sociales. La Cour a également estimé que cet article n'imposait pas d'obligations positives de fournir une assistance

2184 Par exemple, un Suisse malade du Sida s'était vu refusé le remboursement de soins au motif d'être inscrit sur une liste noire de mauvais payeur au sens de l'art. 64a al. 7: KELLER, La mort d'un sidéen crée la polémique sur les listes noires, 24 heures : Suisse.

2185 GERDS, 2012a, p. 133ss.

2186 COURED(H) (COMMISSION), Affaire Talmon c. Pays-Bas, n°30300/96, 26 février 1997, p. 1ss.

2187 GERDS, 2012a, p. 133, STUDER, A paraître, p. 379ss, STUDER, FUCHS, MEIER et PÄRLI, 2020, p. 70ss.

2188 CCA, 1 BvL 7/16, 5 novembre 2019, § 158ss, p. 45ss.

2189 Dans le même sens STUDER, FUCHS, MEIER et PÄRLI, 2020, p. 50 et 70. Ces auteurs estiment que les pratiques cantonales en matière de suppression totale des prestations d'aide sociale en application du principe de subsidiarité par rapport à un travail convenable peuvent poser des difficultés par rapport à l'interdiction du travail forcé.

financière²¹⁹⁰. Toutefois, trois domaines permettent son application à des aspects traditionnellement dévolus aux DESC : l'interdiction de la discrimination en matière de prestations sociales (Sous-section a), le placement d'enfants pour cause d'indigence (Sous-section b) et le logement (Sous-section c).

a. L'interdiction de la discrimination en matière de prestations sociales

La Cour a appliqué l'art.14 CEDH en conjonction avec l'art.8 CEDH à une prestation sociale (en l'occurrence, un congé maternité) sur le motif que cette prestation était destinée à favoriser et promouvoir la vie de famille²¹⁹¹. L'art.8 CEDH a même été considéré comme violé en tant que tel sans l'utilisation de l'art.14 CEDH dans un cas de refus de prestation de retraite pour un transsexuel²¹⁹². En droit suisse, le TF a repris ces notions par exemple au sujet d'une allocation pour impotent. La suppression de la rente et de l'allocation pour impotent n'entre pas du point de vue thématique dans le champ d'application de l'art.8 CEDH. Le TF estime que : « *[e]lles n'ont pas pour but de favoriser la vie familiale ou d'intervenir dans les relations personnelles ou familiales* »²¹⁹³.

Ainsi, les prestations entrant dans le champ de l'art.8 CEDH sont celles qui ont pour but de favoriser la vie de famille. Le standard minimum de vie en général n'a pas le but de promouvoir la vie de famille en tant que telle. Ces considérations sont toutefois très intéressantes s'agissant des PCfam et des ACE. Par exemple, un accès limité à ces prestations pourrait avoir un impact positif sur la possibilité de mener une vie de famille adéquate. Comme ces prestations touchent plus les femmes, un examen judiciaire des obligations internationales des cantons en relation avec l'interdiction de la discrimination et le droit à la vie privée et familiale semble possible.

b. Le placement d'enfants pour cause d'indigence

Le placement d'enfants pour cause de manque de ressources financières a été traité par le CourEDH à plusieurs reprises. La relation entre un enfant et ses parents est considérée comme un élément essentiel du droit à la vie familiale²¹⁹⁴. Par exemple, dans l'affaire Soares de Melo c. Portugal, la Cour a

2190 COURED, Affaire Petrovic c. Autriche, n°156/1996/775/976, 27 mars 1998, § 26.

2191 KOCH, 2009, p. 188.

2192 *ibid.*, p. 190, COURED, Affaire Grant c. Royaume-Uni, n°32570/03, 23 mai 2006, § 39ss.

2193 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 155, 15 avril 2013, consid. 4.3, la Cour a été saisie suite à cette affaire et bien que n'ayant pas vu de violation de l'art.14 CEDH combiné avec l'art.8 CEDH, elle a estimé que « *le refus de verser les rentes à l'étranger était susceptible d'influencer l'organisation de la vie familiale des requérantes* » dans le cas d'espèce. Ainsi la CEDH a confirmé l'applicabilité de l'art.8 CEDH : COURED, Affaire Belli et Arguier-Martinez c. Suisse, n°65550/13, 11 décembre 2018, § 66.

2194 SCHABAS, 2015, p. 391.

examiné le placement en vue de l'adoption des 7 enfants de la requérante. La Cour rappelle que le placement des enfants ne doit être utilisé qu'en dernier ressort²¹⁹⁵. Ensuite, elle souligne qu'« [e]n dépit du dénuement matériel manifeste constaté au cours des différentes visites au domicile de la requérante, les autorités internes n'ont pas essayé de combler ces carences au moyen d'une aide financière supplémentaire afin de couvrir les besoins primaires de la famille (par exemple en matière d'alimentation, d'électricité et d'eau courante) et les frais d'accueil des enfants les plus jeunes dans des crèches familiales pour permettre à l'intéressée d'exercer une activité professionnelle rémunérée. ». Et elle est d'avis que « (...) les autorités auraient dû prendre des mesures concrètes pour permettre aux enfants de vivre avec leur mère, avant de les placer et d'ouvrir une procédure d'adoptabilité »²¹⁹⁶. Cet arrêt est conforme à la jurisprudence de la Cour voulant que l'indigence matérielle ne peut pas constituer la seule cause de placement. Les carences matérielles, dans ce cas, doivent être compensées par l'État autrement que par la séparation de la famille²¹⁹⁷. La Cour avait déjà rappelé ce principe dans deux autres affaires²¹⁹⁸. Dans cette ligne de raisonnement, la Cour a également souligné que « le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques »²¹⁹⁹.

Il est d'ailleurs intéressant de souligner que le juge Sajó, dans son opinion concordante de l'affaire Soares de Melo, lie l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'art. 3 CDE au maintien de l'enfant avec ses parents²²⁰⁰. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant est également reconnu par la CourEDH²²⁰¹ et il exige notamment le maintien des relations familiales²²⁰². Ainsi, « tant qu'aucune atteinte à l'intégrité physique ou psychique de l'enfant n'est avérée, les parents en situation de pauvreté ont le même droit d'élever leurs enfants que les gens aisés »²²⁰³. D'ailleurs, selon PETERMANN, l'aide matérielle nécessaire au maintien des relations familiales est la mesure de type social la plus conséquente

2195 COURED, Affaire Soares de Melo c. Portugal, n°72850/14, 16 février 2016, § 91.

2196 *ibid.*, § 106.

2197 COURED, Affaire R.M.S c. Espagne, n°28775/12 18 juin 2013, § 85-86.

2198 COURED, Affaire Wallová et Walla c. République tchèque, n°23848/04, 26 octobre 2006, § 73, COURED, Affaire Havelka et autres c. République tchèque, n°23499/06, 21 juin 2007, § 61ss.

2199 COURED, Affaire Haase c. Allemagne, n°11057/02, 8 avril 2004, § 95.

2200 COURED, Affaire Soares de Melo c. Portugal, n°72850/14, Opinion concordante du juge Sajó, 16 février 2016, § 1.

2201 EEKELAAR et TOBIN, 2019, p. 83 et 97.

2202 COURED, Affaire Gnahoré c. France, n°40031/98, 19 septembre 2000, § 59.

2203 GERDS, 2012a, p. 144.

admise par la Cour²²⁰⁴. Pour conclure, si Madame Harmonie perdait la garde de ses enfants à cause d'une suppression totale ou des sanctions extrêmes de l'aide sociale, une argumentation basée sur l'art. 8 CEDH pourrait être avancée pour fonder la justiciabilité des obligations internationales des cantons que nous avons identifiées en matière de protection de la famille.

c. Le droit au logement

Un autre aspect de l'art. 8 CEDH peut être analysé par rapport aux prestations sociales que nous avons choisies. Il s'agit du droit au logement. La CEDH ne contient pas de disposition expresse sur le droit au logement²²⁰⁵. Cependant, la Cour a admis que l'art. 8 CEDH contenait des obligations positives de protection et n'a pas totalement exclu que l'art. 8 CEDH puisse obliger un État à fournir un logement, même si son approche est très limitée²²⁰⁶. Par exemple dans l'affaire Marzari contre Italie, la Cour a dit que : « [l'art. 8 CEDH] n'oblige certes pas les autorités à résoudre les problèmes de logement d'un individu, mais le refus de fournir une aide à cet égard à une personne souffrant d'une maladie peut, dans certaines circonstances, poser problème en raison des conséquences de ce refus sur la vie privée de l'intéressé »²²⁰⁷. La Cour ici accepte que l'art. 8 CEDH peut, sous certaines circonstances, obliger les autorités à fournir de l'aide au logement²²⁰⁸. Cependant, l'obligation de fournir un logement a seulement été suggérée d'une manière très prudente et en rapport à des circonstances très exceptionnelles ou des groupes très vulnérables²²⁰⁹. Cette conclusion est tout de même intéressante dans les cas extrêmes que nous avons mentionnés comme la suppression totale de l'aide sociale, des sanctions disproportionnées, voire des plafonds si bas qu'ils entraînent la perte de logement pour des personnes très vulnérables.

4. L'art. 6 CEDH

Il reste à mentionner l'art. 6 CEDH même s'il ne vise pas à proprement parler le niveau de prestations en espèces. Toutefois, lorsque l'État a introduit une législation au niveau national fournissant des prestations sociales, ces prestations entrent dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH lorsqu'elles ont une

2204 PÉTERMANN, 2014, p. 324.

2205 KOCH, 2009, p. 114. Par exemple, l'a CourEDH l'a souligné dans l'affaire Chapman : COURED (GC), Affaire Chapman c. Royaume-Uni, n°27238/95, 18 janvier 2001a, §98-99.

2206 KOCH, 2009, p. 115, GERDS, 2012a, p. 146.

2207 COURED, Affaire Marzari c. Italie (déc.), n°36448/97, 4 mai 1999, § 2.

2208 KOCH, 2009, p. 121.

2209 *ibid.*, p. 125.

base légale claire²²¹⁰. En effet, certaines prestations sociales dans le domaine de la santé ont été reconnues comme droit civil sous l'angle de l'art. 6 CEDH²²¹¹. Par exemple, la Cour l'a admis au sujet d'allocations d'assurance maladie²²¹² ou des pensions d'invalidité²²¹³, et ce même concernant la Suisse dans l'affaire *Schuler-Zraggen c. Suisse*²²¹⁴. Le retrait, voire l'octroi de prestations de l'aide sociale doivent donc respecter l'art. 6 CEDH. Si les cantons ne les respectaient pas, nous pourrions envisager une action de notre famille Harmonie qui pourrait porter devant un juge certains aspects des obligations internationales des cantons en matière d'aide sociale et donc permettre à la Confédération de mettre en œuvre le cas échéant son obligation d'harmonisation.

Nous avons donc montré que certains aspects des obligations internationales des cantons que nous avons identifiées dans cette thèse sont justiciables. Ainsi, un contrôle d'un juge est dans certains cas possibles. Par ce biais, l'exigence d'harmonisation qui pèse sur la Confédération en cas de mise en œuvre insuffisante des obligations des cantons (découlant des standards minimaux et de l'interdiction de la discrimination) peut être mise en œuvre. Cette obligation de contrôle des droits cantonaux en vue d'une harmonisation pèse sur la Confédération pour deux raisons. Premièrement, la Confédération doit s'assurer de la bonne mise en œuvre des obligations immédiates de la part des cantons (Chapitre 4, I, B). Deuxièmement, elle doit particulièrement le faire dans le cas de personnes à la liberté de choix du domicile limitée en vertu du principe d'interdiction de la discrimination (Chapitre 4, II, C). Nous arrivons au dernier chapitre de cette étude. Il va s'occuper des conséquences et des effets sur les droits cantonaux de notre démonstration en reprenant nos deux modes d'intégration normative en vue d'une harmonisation que nous avons retenus au Chapitre 2. Il se concentrera ensuite sur les implications de l'admission d'un contrôle judiciaire qui se fonde sur la justiciabilité argumentée dans le présent chapitre.

2210 *ibid.*, p. 206-207.

2211 *ibid.*, p. 62-63.

2212 COURED, Affaire *Feldbrügge c. Pays-Bas*, n°8562/79, 27 juillet 1987, § 40.

2213 COURED, Affaire *Francesco Lombardo c. Italie*, n°11519/85, 26 novembre 1992, § 17.

2214 COURED, Affaire *Schuler-Zraggen c. Suisse*, n°14518/89, 24 juin 1993.

Chapitre 9 :

Résultats et conclusion

Nous avons démontré que la Confédération doit prendre des mesures en vue d'une harmonisation des lois cantonales sur des points précis. Le droit cantonal de l'aide sociale pose des difficultés et doit être harmonisé sur certains points. Ce chapitre va démontrer comment mettre en œuvre cette harmonisation en pratique en Suisse. Nous avons identifié deux modes principaux pour cette mise en œuvre que nous présenterons dans la première section. Ensuite, nous pourrions aborder en détail les craintes liées aux contrarguments d'une telle harmonisation dans une deuxième section. En effet, notre thèse peut soulever quelques inquiétudes que nous tenterons d'apaiser. Enfin nous concluons ce chapitre de conclusion et cette thèse par une Section III.

I. Les modes d'intégration normative en vue d'une harmonisation

S'agissant des modes d'harmonisation, comme l'État fédéral est responsable au niveau international, la Suisse pourrait voir sa responsabilité internationale engagée par les lois cantonales ou leurs absences. Elle a un intérêt à ce que les cantons respectent le droit international. Cela permet d'éviter d'engager cette responsabilité, notamment dans le cas d'action ou d'omission du législateur²²¹⁵. Il est nécessaire, pour s'assurer d'une mise en œuvre réelle dans les droits cantonaux, d'avoir des mécanismes concrets²²¹⁶. Quels sont ces mécanismes ? Ce chapitre de conclusion va les décrire en tant qu'implications de notre démonstration en droit suisse. Ces mécanismes sont des moyens dont dispose la Confédération pour que les cantons respectent les mandats législatifs internationaux. L'art. 49 Cst. donne non seulement la possibilité à la Confédération, mais aussi l'obligation, de prendre toutes les mesures appropriées pour que les cantons respectent le droit fédéral et le droit international²²¹⁷.

2215 SCHMID, 2016, p. 15-16, PERRIN, 1999, p. 812-813, TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, 2014, p. 287.

2216 Sur cette idée : SCHMID, 2019, p. 50.

2217 SCHMID, 2016, p. 15, BIAGGINI, 2017h, p. 545.

En effet, ce contrôle reste obligatoire au vu du texte des articles 49 al.2 Cst. et 186 al.4 Cst²²¹⁸.

Premièrement, ce contrôle peut être exercé à l'aide de la surveillance fédérale. La surveillance fédérale permet à la Confédération, par divers moyens, de s'assurer du respect par les cantons, dans leurs activités législatives et administratives, du droit fédéral²²¹⁹. C'est aussi le cas pour le droit international²²²⁰, qui fait partie du droit fédéral²²²¹. Cette surveillance fédérale s'applique même dans les domaines où les cantons sont autonomes²²²². La surveillance couvre tous les types d'actes : une loi²²²³, voire même une omission d'en adopter une²²²⁴. Cette surveillance est exercée généralement par le Conseil fédéral et dans des cas plus rares par l'Assemblée fédérale²²²⁵. La Confédération peut et doit prendre des mesures de surveillance fédérale pour tenter d'éviter d'engager sa responsabilité internationale²²²⁶.

Ensuite, dans le cas de normes justiciables, le Tribunal fédéral pourra rendre une décision contraignante en rapport avec une garantie internationale. En effet, la mission de contrôle des lois cantonales par rapport aux droits humains constitutionnels ou conventionnels peut, en Suisse, être non seulement exécutée par la surveillance fédérale, mais également par le contrôle judiciaire. Ce sont des moyens pour faire respecter les droits humains dans le système juridique suisse²²²⁷. Pour que les tribunaux internes puissent prendre des décisions contraignantes relatives à ces revendications, elles doivent être fondées sur des normes directement applicables ou *self-executing*²²²⁸. Le contrôle judiciaire permet d'atteindre le même but que la surveillance fédérale tout en garantissant une protection juridique de l'individu. Ainsi, ces revendications individuelles sont en quelque sorte un instrument servant le but de contrôle de la mise en œuvre par les cantons du droit fédéral²²²⁹.

2218 SCHMID, 2016, p. 15, BIAGGINI, 2017e, p. 545.

2219 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 387ss, BIAGGINI, 2017e, p. 542ss.

2220 BIAGGINI, 2017h, p. 542ss, SCHEIDEGGER, 2014, p. 188.

2221 WYTTEBACH, 2017, p. 288, BIAGGINI, 2017e, p. 536, BIAGGINI, 2017h, p. 538, WALDMANN, 2015f, § 42.

2222 SCHMID, 2016, p. 15, KÜNZLI, art.186 BV, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015, § 28.

2223 WYTTEBACH, 2017, p. 490.

2224 BIAGGINI, 2017h, p. 542ss.

2225 WYTTEBACH, 2017, p. 490, BIAGGINI, 2017e, p. 545, KÜNZLI, 2015, § 7.

2226 SCHMID, 2016, p. 15

2227 SCHWEIZER, 2014c, § 28.

2228 DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 255

2229 BIAGGINI, 2017e, p. 543, HOTTELIER, 2020, p. 1112.

Il est important de présenter, dans un premier temps, les mesures de surveillance applicables à tous les types de normes, qu'elles soient justiciables ou non. Cette surveillance fédérale est notre mode d'intégration secondaire, permettant de souligner l'importance du contrôle judiciaire. Nous allons expliquer ce mode à la section suivante (Section A). Ensuite, nous expliquerons dans une Section B pour quelles raisons le contrôle judiciaire du TF doit être compris comme le mode d'intégration principal pour la Confédération d'obtenir une harmonisation contraignante des droits cantonaux. Suite à cette explication, nous présenterons les effets du contrôle judiciaire en rapport avec l'harmonisation des droits cantonaux dans une Section C.

A. Le mode d'intégration normative secondaire : la surveillance fédérale

L'art. 49 Cst. ne règle pas les différents instruments à disposition de la Confédération. Ils sont prévus explicitement à l'art. 186 Cst. et l'alinéa 4 utilise le terme de « *mesures nécessaires* »²²³⁰. Cet alinéa est la base juridique de compétence du Conseil fédéral pour exercer les tâches de surveillance énoncées à l'art. 49 Cst.²²³¹. Par exemple, on pense notamment à l'envoi de circulaires, la sommation, l'exécution par substitution, voire même l'intervention militaire²²³². Comment les différencier ? La surveillance peut se faire tout d'abord par l'approbation des actes législatifs cantonaux au sens de l'art. 186 al. 2 Cst.²²³³. L'approbation n'est pas possible dans le domaine de compétences cantonales²²³⁴. Elle doit également être fixée dans une loi fédérale²²³⁵. Ainsi, nous ne l'étudierons pas ici. Ensuite, parmi les autres types d'instruments, trois grandes catégories de moyens de contrôle peuvent être esquissées : la surveillance au sens strict (allant de la demande d'information à la demande de modification du droit cantonal), l'exécution par substitution de la Confédération et les sanctions fédérales²²³⁶.

L'autonomie cantonale doit être garantie lors de l'exécution de la surveillance fédérale et la Confédération doit laisser aux cantons la plus grande liberté possible²²³⁷. Les principes de proportionnalité et de subsidiarité doivent

2230 WALDMANN, 2015f, § 42, WYTTEBACH, 2017, p. 498.

2231 KÜNZLI, 2015, § 25.

2232 CONSEIL FÉDÉRAL, 1996, p. 218-219, WYTTEBACH, 2017, p. 502.

2233 WYTTEBACH, 2017, p. 498.

2234 KÜNZLI, 2015, § 11, AUBERT et MAHON, 2003, p. 1410.

2235 KÜNZLI, 2015, § 12.

2236 BIAGGINI, 2017e, p. 547-548, voir aussi : WALDMANN, 2015f, § 42.

2237 BIAGGINI, 2017e, p. 546.

être respectés lors de l'usage de ces mesures²²³⁸. La subsidiarité impose de laisser d'abord aux cantons la possibilité de contrôler eux-mêmes l'application du droit fédéral dans leur ordre juridique²²³⁹. Le principe de proportionnalité impose la préférence aux moyens préventifs par rapport aux moyens répressifs qui sont en pratique quasi inexistant²²⁴⁰. Par conséquent, nous n'allons pas traiter des sanctions fédérales. Pour être complet, nous pouvons mentionner la cassation de décisions cantonales non judiciaires. Toutefois, cet instrument n'est que subsidiaire au contrôle judiciaire²²⁴¹. Nous n'allons donc pas nous y arrêter, ce d'autant plus que de telles interventions sont très contestées et tout à fait exceptionnelles²²⁴².

Parmi les instruments de surveillance au sens strict, les plus utilisés sont les mesures de collecte d'informations et les ordonnances de surveillance visant à demander la modification du droit²²⁴³. Les circulaires sont d'une importance particulière selon WYTENBACH et contiennent des instructions générales afin d'orienter les cantons vers une application uniforme du droit fédéral²²⁴⁴. Ces ordonnances administratives ou circulaires lient les cantons dans l'interprétation des dispositions à exécuter²²⁴⁵. Ainsi, nous pouvons conclure que des circulaires contenant des instructions générales doivent être édictées pour toutes obligations législatives identifiées aux Chapitres 6 et 7. En effet, le Conseil fédéral peut prendre des mesures de sa propre initiative lorsqu'il les juge nécessaires dans les circonstances données²²⁴⁶. Au vu de notre argumentation, il est manifeste que tel est le cas. D'ailleurs, le Conseil fédéral a précisé lors de sa réponse à un postulat déposé par FERI au Conseil national le 8 mars 2018, en matière d'égalité entre hommes et femmes garantie notamment par la CEDEF, que la Confédération peut « adresser une lettre à un gouvernement cantonal pour attirer son attention sur une situation problématique »²²⁴⁷.

Ensuite, l'exécution par substitution est possible. C'est une forme très poussée d'interférences qui réduit énormément l'autonomie des entités fédérées²²⁴⁸. Lorsque les manquements des cantons sont graves, ils peuvent

2238 WYTENBACH, 2017, p. 502, WALDMANN, 2015f, § 44.

2239 BIAGGINI, 2017e, p. 544, WALDMANN, 2015f, § 44.

2240 BIAGGINI, 2017e, p. 547.

2241 KÜNZLI, 2015, § 33.

2242 *ibid.*, § 36.

2243 BIAGGINI, 2017e, p. 547-548, KÜNZLI, 2015, § 31ss.

2244 WYTENBACH, 2017, p. 502.

2245 KÜNZLI, 2015, § 31.

2246 *ibid.*, § 29.

2247 CONSEIL FÉDÉRAL, Avis concernant le postulat n°18.3120 déposé par Feri, Y., Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité entre femmes et hommes.

2248 SCHMID, 2019, p. 53.

donner lieu à une exécution par substitution. On pourrait penser aux suppressions totales de l'aide sociale. Ces circonstances pourraient demander ce genre de mesure au vu de l'impact considérable de ces suppressions sur les droits des individus. En effet, il est très probable que la Confédération engage sa responsabilité dans ces cas-là et soit responsable de faits internationalement illicites. Cependant, cette exécution par substitution n'est que peu utilisée en pratique comme nous le verrons à la section suivante qui présentera pourquoi le contrôle judiciaire doit être considéré comme le mode d'intégration principal d'harmonisation.

B. Les raisons de l'importance du contrôle judiciaire

Il y a cinq raisons qui expliquent pourquoi le contrôle judiciaire est à privilégier pour mettre en œuvre cette exigence d'harmonisation. Il est en effet plus prometteur et réaliste que la surveillance fédérale. En tant que contrôle du respect des droits humains, la surveillance présente plusieurs faiblesses qui sont liées aux principes du fédéralisme (Sous-section 1), à la faible utilisation de la responsabilité internationale (Sous-section 2), au manque de volonté politique (Sous-section 3). De plus, l'action en justice est potentiellement plus efficace pour la mise en œuvre du droit international (Sous-section 4) et face aux enjeux de l'harmonisation de l'aide sociale en Suisse (Sous-section 5).

1. Les principes du fédéralisme

Plusieurs raisons qui sont liées au fédéralisme entachent l'efficacité de la surveillance fédérale. Premièrement, dans les domaines de compétences cantonales, la surveillance fédérale est limitée à la légalité, ne couvre pas l'opportunité et est exercée avec retenue pour respecter l'autonomie des cantons²²⁴⁹. Deuxièmement, les principes du fédéralisme empêchent de penser qu'un organe fédéral puisse adopter trop facilement des mesures de remplacement quand les cantons n'agissent pas²²⁵⁰. La proportionnalité des moyens de surveillance impose une violation du devoir de mise en œuvre grave²²⁵¹. Au vu de ce principe, la Confédération ne devrait pas prononcer des mesures en cas de fautes légères²²⁵². Ensuite, l'exécution par substitution du niveau fédéral en cas de mise en œuvre insuffisante des cantons n'a, en Suisse, que très peu d'importance, voire aucune²²⁵³. Cette institution est, comme le dit SCHMID,

2249 BIAGGINI, 2017h, p. 545-546, WYTTEBACH, 2017, p. 499, WALDMANN, 2015f, § 41.

2250 SCHMID, 2016, p. 5.

2251 *ibid.*, p. 16.

2252 KÜNZLI, 2015, § 29.

2253 SCHMID, 2019, p. 51, note de bas de page n°16.

non seulement exceptionnelle, mais également « *unfriendly towards lower level federal interests* » et, plus un tel mécanisme donne du pouvoir au niveau fédéral, plus il pose des problèmes avec l'autonomie des entités fédérées²²⁵⁴. Le Conseil fédéral l'a confirmé dans la réponse précitée en matière d'égalité : « *les mesures de substitution n'entrent généralement pas en ligne de compte, car le principe de proportionnalité doit être respecté* »²²⁵⁵. Un tel mécanisme, bien que permettant une certaine harmonisation, ne permettrait pas d'y arriver en respectant l'autonomie cantonale qui est une des considérations majeures que notre thèse tente de prendre en compte.

2. La faible utilisation de la responsabilité internationale

Les faiblesses de ce mode d'intégration sont d'autant plus exacerbées par le fait que la responsabilité internationale n'est que peu déclenchée, les États disposant d'une grande marge de manœuvre et faisant souvent preuve de réserve pour des motifs politiques²²⁵⁶. Ainsi, la menace de son engagement reste faible pour la Confédération, qui ne sera que peu encline à faire usage de sa surveillance. De plus, la surveillance fédérale de la législation des cantons par rapport aux traités internationaux est très limitée et très peu concrétisée dans le domaine des droits humains. Cette surveillance s'exerce plutôt par rapport aux obligations de respect et plus rarement pour les obligations de protection ou de mise en œuvre²²⁵⁷. La surveillance fédérale semble donc être peu prometteuse pour les obligations de mise en œuvre telles que nous les avons définies.

3. Le manque de volonté politique

De telles mesures sont également inexistantes quand la volonté politique de mettre en œuvre ces mandats manque²²⁵⁸. Lors de l'examen du quatrième rapport de la Suisse devant le CESCR, face à la critique répétée des membres du Comité estimant que : « *la Suisse ne peut pas utiliser la justification de son système fédéral pour échapper à ses obligations internationales* »²²⁵⁹, l'administration fédérale a évoqué la possibilité de recourir à des circulaires pour

2254 *ibid.*, p. 51, voir aussi : BIAGGINI, 2017e, p. 548.

2255 CONSEIL FÉDÉRAL, Avis concernant le postulat n°18.3120 déposé par Feri, Y., Mise en œuvre du principe constitutionnel d'égalité entre femmes et hommes.

2256 DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 255.

2257 WYTENBACH, 2017, p. 501-502.

2258 SCHMID, 2016, p. 16.

2259 PLATEFORME DES ONG SUISSES POUR LES DROITS HUMAINS, Communiqué de presse, La société civile tire le bilan après le passage de la Suisse devant l'ONU, 2019a, (site web, dernière consultation le 2 avril 2020).

informer les cantons de leurs obligations²²⁶⁰. Il sera intéressant de surveiller l'évolution de cette déclaration. Cependant, on voit mal la Confédération utiliser de manière poussée la surveillance fédérale dans des domaines où l'absence de volonté politique semble patente comme celui de l'aide sociale.

En sus des volontés cantonales de baisse de l'aide sociale expliquées précédemment, trois exemples que nous avons déjà évoqués en partie illustrent de manière claire le manque de volonté politique dans ce domaine. Ce manque de volonté révèle les faiblesses de la surveillance fédérale et l'importance du contrôle judiciaire dans ce domaine. Le premier exemple est le cas de la *Wochenzeitung*. Dans ce cas, une solution aurait pu être une meilleure péréquation financière entre communes du canton pour répartir les charges de l'aide sociale. Mais les politiques à Saint-Gall n'ont pas eu le courage de mettre en place une telle mesure²²⁶¹. Que faire face à ce manque de courage ? La surveillance fédérale semble compromise.

Nous pouvons illustrer la faiblesse de ce contrôle par un autre exemple. Certains cantons tiennent des listes de mauvais payeurs des primes de l'assurance maladie et les caisses ne paient pour eux (et leurs enfants) que les frais pour les traitements d'urgence²²⁶². La députée GRAF-LITSCHER, du parti socialiste, a demandé au Conseil fédéral, le 11 septembre 2019, si selon lui cette pratique était conforme à la CDE. Tout en admettant que cette pratique était contraire aux obligations internationales de la Suisse, il n'a pas exprimé la volonté de prendre des mesures de surveillance fédérale autres que celle de conseiller aux personnes concernées d'invoquer leurs droits devant les tribunaux. Selon le Conseil fédéral, l'art. 3 CDE prévoyant l'intérêt supérieur de l'enfant serait directement applicable²²⁶³. On voit par ces exemples l'importance du caractère justiciable des droits humains pour obtenir un contrôle fédéral des législations cantonales.

Troisièmement, le Conseil fédéral encourage particulièrement une action des cantons pour combattre et prévenir la pauvreté des familles monoparentales au vu de leurs problèmes sociaux accrus et de leur taux de pauvreté matérielle plus élevé que la moyenne²²⁶⁴. Selon le Conseil fédéral, les coûts

2260 BERSET BIRCHER, Allocution orale de l'Ambassadrice et cheffe de la délégation suisse à l'occasion de l'examen périodique du quatrième rapport de la Suisse lors de la 66e session du CESCR, 2 octobre 2019, (site web, dernière consultation le 25 mai 2020), dès 2 h., 46 min.

2261 FAGETTI, Auf unfaire Weise aktiv geworden, *Wochenzeitung* n°41/2018.

2262 DUPONT, 2020, p. 2113

2263 GRAF-LITSCHER, Question n°19.5420 déposée au Conseil national, Des enfants sur les listes des mauvais payeurs des primes de l'assurance-maladie. Sanctionner les enfants pour les problèmes de paiement de leurs parents ?.

2264 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 62.

liés aux enfants qui font peser sur les familles le risque de pauvreté impliquent de considérer « *la sécurité économique des familles et la lutte contre la pauvreté des familles comme des objectifs fondamentaux de la politique familiale* »²²⁶⁵. Cependant, le Conseil fédéral n'envisage pas d'autre mesure dans ce domaine que la mise en place de programmes nationaux pour soutenir les cantons²²⁶⁶. Pour conclure de façon intermédiaire, une certaine harmonisation est envisageable par le mode d'intégration qu'est la surveillance fédérale, mais elle restera de faible ampleur. Les droits cantonaux actuels ne semblent pas respecter pleinement les obligations minimales des droits humains dans le domaine de l'aide sociale. Or, la Confédération ne paraît pas dotée de la volonté politique nécessaire pour mettre en œuvre ses pouvoirs de surveillance, ce d'autant plus dans des domaines de prestations qui subissent des pressions politiques dans les cantons en vue de leurs réductions, comme nous l'avons vu.

4. La promesse du contrôle judiciaire pour la mise en œuvre du droit international

Le contrôle judiciaire est prometteur s'agissant du contrôle de la mise en œuvre du droit international dans notre domaine. Comme le rappelle le Conseil fédéral, « *le fait que des individus veillent à ce que leurs droits soient sauvegardés est un excellent moyen pour que le droit international déploie ses effets pleinement* »²²⁶⁷. Selon SCHMID, le contrôle judiciaire est « *a powerful tool to support upper level law* » qui est d'autant plus efficace s'il permet de critiquer des omissions législatives²²⁶⁸. Ainsi, une solution efficace de mise en œuvre du droit international peut consister en un contrôle du droit international par les tribunaux internes²²⁶⁹. Le contrôle judiciaire est considéré comme un moyen approprié qu'ont les États pour satisfaire à leurs obligations²²⁷⁰.

Les organes des traités reconnaissent également l'instauration de recours judiciaires comme étant des mesures de contrôle efficaces de la mise en

2265 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015C, p. 8.

2266 CONSEIL FÉDÉRAL, 2017, p. 63.

2267 CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2105.

2268 SCHMID, 2019, p. 54.

2269 DAILLIER, PELLET et FORTEAU, 2009, p. 255.

2270 BOYLE, 2018, p. 7, § 1, AGNU, Résolution n°60/147, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, A/RES/60/147, § 1, CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 3-5, CESCR, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24, § 4, CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 77-80.

œuvre des obligations internationales²²⁷¹. Cette protection judiciaire est désormais considérée d'un point de vue du droit international comme le moyen le plus efficace pour mettre en œuvre des obligations²²⁷². Selon KÜNZLI, la reconnaissance de la justiciabilité d'obligation de légiférer en l'absence de mise en œuvre satisfaisante peut être le moyen le plus approprié pour mettre en œuvre un traité²²⁷³. Cette reconnaissance est donc particulièrement pertinente pour notre domaine qui traite principalement d'obligations législatives des cantons. Cette manière de procéder semble également en accord avec la doctrine majoritaire sur la nature des droits humains rappelée au Chapitre 8. Enfin, comme nous l'avons déjà dit, cette approche a été appliquée très récemment par le TF dans l'arrêt 1C_181/2019²²⁷⁴. Ainsi, le contrôle judiciaire paraît être une piste prometteuse à l'avenir pour permettre à la Confédération de s'acquitter de son obligation de contrôle et de celle de prise de mesure le cas échéant²²⁷⁵.

5. La promesse du contrôle judiciaire en rapport avec les enjeux de l'harmonisation de l'aide sociale

Le contrôle judiciaire fournit également des moyens bien plus efficaces et adéquats d'harmonisation par rapport aux enjeux de notre thèse identifiés aux Chapitres 1, I et II. Le premier enjeu identifié est la problématique selon laquelle la pauvreté dépend du lieu de domicile en Suisse. Une forme d'inégalité de traitement est visible entre cantons. Le contrôle judiciaire donne des moyens d'action directement aux particuliers, notamment à notre famille Harmonie, pour contester ce niveau de protection. S'il devait être insuffisant, ces actions contribueraient à une harmonisation des lois cantonales par l'application du principe de la force du précédent en jurisprudence²²⁷⁶ et pourraient ainsi réduire les inégalités cantonales par l'application des standards minimaux de la protection des droits humains tels que nous les avons

2271 WYTENBACH, 2018, p. 66, CDH, Observations finales, Allemagne, CCPR/C/79/add.73, 8 novembre 1996, § 6, CDH, Observations finales, Canada, CCPR/C/CAN/CO/5, § 11, CESCR, Observation générale n°3, E/1991/23, § 3 à 5, CESCR, Observation générale n°9, E/C.12/1998/24§ 4, CESCR, Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art.9 du Pacte), E/C.12/GC/19, § 77-80.

2272 KRADOLFER, 2013, p. 532-533.

2273 KÜNZLI, 1996, p. 540.

2274 TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 1C_181/2019, consid. 14.4.3.1.

2275 Dans le même sens à propos de l'arrêt 1C_181/2019 du 29 avril 2020: KAEMPFER, 2020, p. 14ss. L'auteure considère que cet arrêt est une avancée importante pour assurer la bonne mise en œuvre des droits humains en cas d'inaction du législateur.

2276 Par exemple: Loi sur le Tribunal fédéral LTF, RS n°173.110, 17 juin 2005, art.23.

identifiés. Par exemple, l'admissibilité de la justiciabilité, dans le sens de nos chapitres de démonstration, permettrait la mise en œuvre, à l'aide de recours des individus comme notre famille Harmonie, des obligations internationales des cantons que nous avons identifiées à l'aide des Chapitres 4, 5, 6 et 7. Un contrôle judiciaire serait une solution pour permettre que ces obligations soient mises en œuvre de manière harmonisée dans l'ensemble du pays. Ceci permettrait aussi un exercice plus aisé des droits humains des groupes marginalisés. Cela rejoint l'enjeu de la prédominance des groupes traditionnellement vulnérables parmi les personnes touchées par la pauvreté. Admettre une justiciabilité dans le sens de notre démonstration permet non seulement une harmonisation des lois cantonales à leurs égards, mais également une protection efficace et directe pour chaque situation concrète et spécifique. Ainsi, notre famille Harmonie pourrait bénéficier d'un niveau de protection accru.

De même, l'admission de ces actions permettrait une harmonisation des lois cantonales, qui dans le même temps clarifierait et améliorerait la position juridique des administrés. En effet, les potentiels bénéficiaires de l'aide sociale verraient, par la jurisprudence des tribunaux, des situations comparables à la leur, clarifiées et détaillées²²⁷⁷. Ces jugements participeraient ainsi à la clarification de leur situation juridique. Cet enjeu constitue, selon le Conseil fédéral, un des principaux buts dans le cadre d'une éventuelle harmonisation des lois cantonales de l'aide sociale²²⁷⁸. Enfin, ouvrir aux particuliers des recours pour contester l'abaissement de niveau de prestations déjà acquis dans un canton limiterait fortement le risque de concurrence négative²²⁷⁹. Les pressions sur les potentiels bénéficiaires concernant leur choix de domicile, que ce soit pour les obliger à déménager où les empêcher de s'installer seraient bien plus difficiles à mettre en place en cas de possibilité de plainte des particuliers²²⁸⁰.

Grâce à la compétence du TF d'analyser les violations des droits humains, ces concepts permettent, s'ils sont admis, d'induire une forme d'harmonisation directe des droits cantonaux qui soit liée aux situations des individus bénéficiaires de l'aide sociale. Cette harmonisation peut se voir de deux manières comme nous le montrerons dans la prochaine section.

2277 STUDER, FUCHS, MEIER et PÄRLI estiment aussi que l'introduction de standard minimaux peut apporter davantage de sécurité juridique pour tous les acteurs concernés : STUDER, FUCHS, MEIER et PÄRLI, 2020, p. 70.

2278 CONSEIL FÉDÉRAL, 2015b, p. 30.

2279 Du même avis : STUDER, FUCHS, MEIER et PÄRLI, 2020, p. 70.

2280 Cf. Chapitre 1, II, B au sujet de ces pressions. Cf. Chapitre 8 au sujet de l'interdiction des mesures régressives.

C. Le mode d'intégration normative en présence de normes justiciables : le contrôle judiciaire

Nous évoquerons ici le fonctionnement du contrôle judiciaire du droit international par le TF en commençant par expliquer le contrôle de notre Cour suprême pour montrer l'effet harmonisateur de ce contrôle judiciaire (Sous-section 1). Ensuite, nous aborderons les conditions de recevabilité d'un tel contrôle (Sous-section 2).

Il convient de préciser ici que nous nous concentrons sur le contrôle judiciaire du TF, même si la conformité au droit international est aussi examinée par les tribunaux cantonaux eux-mêmes (art. 110 LTF)²²⁸¹. Le contrôle du TF permet une harmonisation plus évidente que celui des tribunaux cantonaux puisque les jugements du TF ont une influence sur tous les cantons. Cette influence est confirmée par l'art. 70 LTF. Selon cet article, « [l]es arrêts du Tribunal fédéral (...) sont exécutés par les cantons de la même manière que les jugements passés en force de leurs tribunaux »²²⁸². Ainsi, les cantons devront se conformer aux décisions du TF les concernant²²⁸³. De même, un arrêt rendu à l'égard d'un autre canton a une influence par la force du précédent lors d'une affaire similaire dans un canton²²⁸⁴. En effet, un revirement d'une jurisprudence antérieure qui comporte un certain niveau d'innovation est soumis à l'art. 23 LTF qui vise à éviter des décisions contradictoires sur des questions juridiques identiques²²⁸⁵. Dans les autres cas, où le degré d'innovation ne serait pas présent, l'arrêt antérieur du TF pourra au moins servir d'argumentation pertinente dans le cadre d'un recours ce qui aura par ce biais aussi une influence. En effet, selon le principe établi en Suisse par l'art. 1 al. 3 CC, qui a une portée générale et qui s'applique également en droit constitutionnel²²⁸⁶, le « *juge s'inspire des solutions consacrées par (...) la jurisprudence* ». La notion de jurisprudence est définie « *comme l'interprétation de la loi telle qu'elle se dégage des arrêts rendus par les tribunaux, en particulier ceux du Tribunal fédéral* »²²⁸⁷.

2281 WYTENBACH, 2017, p. 328, en effet, la Suisse dispose d'un système de contrôle de constitutionnalité ou conventionnalité dit diffus : AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 648.

2282 WYTENBACH, 2017, p. 327, AUBRY GIRARDIN, Art. 70, in : Commentaire de la LTF, (Stämpfli, édit.), Berne 2014, p. 599ss, p. 602.

2283 Loi sur le Tribunal fédéral LTF, RS n° 173.110, art. 70 al. 1.

2284 *ibid.*, art. 23.

2285 BIAGGINI et HAAG, Art. 23 BGG, in : Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, (Niggli/ Uebersax/ Wiprächtiger/ Kneubühler, édit.), 3^e éd., Bâle 2018, § 1 et 10.

2286 WERRO, Art. 1 CC, in : Commentaire romand Code civil I, (Pichonnaz/B., édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2010, § 54-56.

2287 *ibid.*, § 39.

1. Les conséquences du contrôle judiciaire en termes d'harmonisation

Deux concepts sont à définir pour comprendre comment un jugement du TF peut avoir un effet harmonisateur des lois cantonales. Une harmonisation est possible par l'interprétation conforme (Sous-section a) et par la compétence du TF de revoir les lois cantonales (Sous-section b). Nous proposerons ensuite une synthèse en Sous-section c.

a. L'harmonisation par l'interprétation conforme

Lorsque le TF se saisit d'une affaire, il doit prendre en compte le fait que la Confédération ne peut se soustraire à ses obligations de droit international en invoquant le droit interne. Cette circonstance demande d'abord une interprétation conforme de ce droit national²²⁸⁸. C'est une obligation pour le juge qui peut être déduite de l'art. 5 al. 3 et 4 Cst. C'est le pendant en droit interne des principes de la CVT de l'exécution de bonne foi des art. 26 et 27 CVT²²⁸⁹. De même, le principe de hiérarchie des normes des art. 3 et 49 Cst. donne une priorité au droit fédéral et impose l'interprétation conforme du droit cantonal au droit fédéral²²⁹⁰. Le CESC rappelle d'ailleurs cette interprétation conforme et précise que : « [L]es droits économiques, sociaux et culturels sont pris en considération dans l'interprétation de dispositions constitutionnelles/législatives »²²⁹¹. Le Conseil fédéral aborde également cette interprétation concernant le Pacte ONU I. Selon lui, le juge peut s'inspirer d'une des dispositions pour interpréter une loi²²⁹². Il précise encore que cette obligation concerne aussi le droit cantonal²²⁹³. Ainsi, lors de l'analyse des lois cantonales, il faut prendre en compte les traités des droits humains²²⁹⁴. Cette interprétation peut mener à une application extensive d'une règle de droit,

2288 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 125 II 417, consid. 4c), au sujet de l'interprétation conforme à la Constitution : AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 379, le même principe s'applique vis-à-vis du droit international : CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 10, BOILLET et LAMMERS, La mise en œuvre des initiatives populaires fédérales, in ZB1 2016 117, 511ss, p. 514ss, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2108, WYTENBACH, 2017, p. 293. Par exemple, le CF le rappelle concernant le Pacte ONU I, le juge peut s'inspirer d'une des dispositions pour interpréter une loi : CONSEIL FÉDÉRAL, 1991, p. 1141.

2289 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 11, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2108.

2290 WALDMANN, 2015f, § 16.

2291 ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Réponses de la Suisse à la liste de points concernant le quatrième rapport périodique, PIDESC, E/C.12/CHE/Q/4/Add.1, § 1.

2292 CONSEIL FÉDÉRAL, 1991, p. 1141, ch. 431.

2293 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 11, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2108.

2294 WYTENBACH, 2017, p. 328.

restrictive, voire même à une application par analogie²²⁹⁵. De cette manière, déjà avec l'interprétation conforme, les garanties des droits humains ont un effet harmonisateur sur les droits cantonaux, puisque ces derniers sont interprétés conformément aux mêmes normes internationales²²⁹⁶. Un effet harmonisateur serait donc possible en interprétant les lois cantonales conformément à nos mandats législatifs identifiés dans notre démonstration.

De plus, cette interprétation permet de mettre en œuvre le droit international par les tribunaux tout en évitant d'éventuels conflits de lois²²⁹⁷ en adoptant une interprétation favorable au fédéralisme, qui respecte la marge de manœuvre du législateur cantonal²²⁹⁸. Elle cherche à trouver un sens «*susceptible de la mettre en harmonie avec la norme supérieure*»²²⁹⁹. Ce principe d'interprétation respecte très bien notre définition de l'harmonisation et notre souhait de respecter l'autonomie cantonale. Elle a cependant des limites. Elle n'est possible que pour autant qu'elle n'entre pas en contradiction avec le sens clair et le texte clair d'une disposition²³⁰⁰. Lorsque l'interprétation conforme n'est pas possible, il faut constater un conflit de normes²³⁰¹. Il convient alors d'appliquer des règles de conflit. Ces règles permettent également d'obtenir une harmonisation.

b. L'harmonisation par la compétence du TF de revoir les lois cantonales
Ensuite, l'effet harmonisateur peut être déduit de la compétence du TF à revoir les lois cantonales directement par le contrôle abstrait ou indirectement par le contrôle concret. Pour comprendre ces règles, il faut tout d'abord s'arrêter sur la notion de hiérarchie des normes. Au sein de l'ordre juridique suisse, il existe une hiérarchie des normes avec, au sommet, la Constitution, puis les lois, puis les ordonnances. Ensuite, le droit cantonal est subordonné à tout le droit fédéral²³⁰². Le droit international liant la Suisse fait partie du

2295 MARTENET, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, in RDS 2011 I, 243ss, p. 256-257.

2296 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 10, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2108.

2297 SCHMID, 2019, p. 59

2298 BIAGGINI, 2017h, p. 537, KRADOLFER, 2013, p. 534.

2299 AUER, MALINVERNI et HOTTELLIER, 2013a, p. 655, c'est la fonction de l'interprétation conforme: CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 10, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2108, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 139 I 16, consid. 4.2.2.

2300 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 Ia 359, JdT 1992 I 98, 27 novembre 1990, consid. 10a), TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 109 Ia 301, 9 novembre 1983, consid. 12c.

2301 BOILLET et LAMMERS, 2016, p. 514.

2302 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9-10, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2106

droit fédéral mentionné à l'art. 49 Cst²³⁰³. Ceci implique que le droit international a aussi la primauté sur les droits cantonaux, car il fait partie intégrante du droit fédéral²³⁰⁴. Cette règle de l'effet dérogoatoire du droit fédéral est très présente dans la pratique du TF²³⁰⁵. Le principe signifie donc qu'en cas de conflit entre une règle fédérale et une règle cantonale, la règle cantonale cède le pas²³⁰⁶. Mais les conséquences juridiques concrètes d'une violation du droit fédéral par le droit cantonal sont controversées²³⁰⁷. Selon la doctrine classique, une règle cantonale violant le principe de la primauté du droit fédéral est nulle²³⁰⁸. Toutefois, au vu des difficultés pratiques que ce principe pose²³⁰⁹, la jurisprudence et la doctrine actuelles ne recourent plus à ce principe de nullité absolue. Il est préférable selon AUER, MALINVERNI et HOTTELIER de déterminer les conséquences de la violation du principe à différentes étapes où peut naître ce conflit²³¹⁰.

Premièrement, les cantons n'ont pas le droit d'édicter des normes contraires au droit fédéral. Ici, cette interdiction s'adresse au législateur et en cas de violation un recours est possible en vue d'une annulation de la norme²³¹¹. Il s'agit du contrôle abstrait d'une norme. Le TF ne peut annuler une disposition attaquée que si aucune interprétation conforme à la Constitution ou au droit international n'est possible²³¹². Cette possibilité d'annulation est un mécanisme efficace de mise en œuvre du droit supérieur²³¹³. Il est important de noter, au vu de notre Chapitre 8 s'intéressant à la CEDH, que la CourEDH peut également procéder à un contrôle abstrait des lois nationales, comme elle l'a fait par exemple dans l'affaire Vallianatos et autres c. Grèce en

2303 BIAGGINI, 2017h, p. 538, WYTTENBACH, 2017, p. 288, WALDMANN, 2015f, § 42.

2304 SCHEIDEGGER, 2014, p. 186.

2305 BIAGGINI, 2017h, p. 536, SCHWEIZER, 2020, p. 702-703, et par exemple : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 142 II 369, 18 juillet 2016, consid. 5, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 141 V 455, 2 juillet 2015 consid. 6.1 ou TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 140 I 277, 22 juillet 2014, consid. 4.1 : Le TF rappelle que : « *le principe de la primauté du droit fédéral fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive* ».

2306 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 379.

2307 BIAGGINI, 2017h, p. 538, WALDMANN, 2015f, § 23.

2308 WALDMANN, 2015f, § 23, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 383-384.

2309 WALDMANN, 2015f, § 23.

2310 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 383-384, voir aussi : WALDMANN, 2015f, § 23.

2311 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 384.

2312 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 Ia 359, JdT 1992 I 98, consid. 10a), TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 113 Ia 131, 1^{er} avril 1987, consid. 5, WALDMANN, 2015f, § 22.

2313 SCHMID, 2019, p. 58.

2013²³¹⁴. Un individu peut en effet affirmer qu'une loi viole ses droits même sans avoir fait l'objet de mesure spécifique s'il montre qu'il existe un risque réel qu'il soit personnellement atteint par cette loi. Il s'agit de la notion de victime potentielle²³¹⁵.

Deuxièmement, l'obligation du contrôle préjudiciel général incombe à toutes les autorités administratives et judiciaires²³¹⁶ et donc au TF. Ainsi, si une règle en vigueur viole le droit fédéral, les autorités cantonales doivent refuser de l'appliquer. Ici, c'est l'acte d'application qui est visé et annulé²³¹⁷. Il s'agit ici du contrôle concret. Une norme du droit interne non conforme au droit international dans un cas concret, ne doit pas être appliquée²³¹⁸ et l'acte d'application de la loi annulé, privant cette dernière de toute effectivité²³¹⁹. En cas de conflit s'agissant de normes directement applicables, le TF rappelle que ces normes « *lient non seulement le législateur, mais également les autres organes de l'État. Il s'ensuit qu'en cas de conflit, le droit international public l'emporte sur le droit interne. En conséquence, une norme du droit interne qui ne serait, dans un cas déterminé, pas conforme au droit international public, ne doit pas être appliquée* »²³²⁰. Le TF rappelle que : « *[cette règle de conflit vaut d'autant plus quand la primauté est accordée à une norme de droit international public, qui tend à protéger les droits de l'homme]* »²³²¹.

Dans les deux types de contrôle²³²², la norme est écartée (soit annulée, soit privée d'effectivité) au profit du régime des droits humains. Ainsi, les droits cantonaux s'harmonisent puisque le législateur cantonal devra adopter une nouvelle loi conforme aux droits humains pour ne pas risquer une nouvelle annulation ou une non-application²³²³. Par rapport à nos résultats, si une loi

2314 COUREDHD (GC), Affaire Vallianatos et autres c. Grèce, n°29381/09 et n°32684/09, 7 novembre 2013.

2315 Cf. notamment COUREDHD, Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni, n°7525/76, 22 octobre 1981, § 41, voir également à ce sujet les explications du Juge Pinto de Albuquerque : COUREDHD (GC), Affaire Vallianatos et autres c. Grèce, n°29381/09 et n°32684/09, Opinion séparée du Juge Pinto de Albuquerque, p. 41ss.

2316 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 384, et BIAGGINI, 2017h, p. 540.

2317 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 384.

2318 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 125 II 417, consid. 4d), AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 657, WALDMANN, 2015f, § 22.

2319 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 645.

2320 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 125 II 417, consid. 4d).

2321 *ibid.*, consid. 4 d).

2322 Pour une explication de la différence entre ces deux contrôles : MAHON, *Judicial Federalism and Constitutional Review in the Swiss Judiciary*, in : *Swiss Public Administration, Making the State Work Successfully*, (Ladner/Soguel/Emery/Weerts/Nahrath, édit.), Cham 2019, p. 137ss, p. 146.

2323 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 384-385.

cantonale devait entrer en conflit avec un de nos mandats législatifs identifiés, la norme devrait soit être annulée, en cas de contrôle abstrait, soit être déclarée inapplicable en cas de contrôle concret.

c. Synthèse

En résumé, soit il est possible d'interpréter les lois cantonales de manière conforme à nos résultats sous la forme des mandats législatifs identifiés dans notre démonstration et donc une certaine harmonisation entre en jeu par l'interprétation. Soit elle n'est pas possible et le tribunal n'appliquera pas la règle cantonale, voire il l'annulera. Ici, l'harmonisation interviendra dans un second temps, lors de la modification de la législation que le canton devra réaliser pour ne pas être condamné une nouvelle fois par le tribunal. Dans les deux cas, on pourra constater un rapprochement des lois cantonales autour de principes communs tirés de nos résultats et donc une harmonisation des droits cantonaux. L'application des règles de conflit est toutefois moins respectueuse de l'autonomie cantonale que l'interprétation conforme au vu de l'impact qu'elle a sur les lois cantonales. Il conviendra le plus possible de privilégier cette interprétation au vu des principes retenus dans cette thèse.

Ainsi, le TF, par sa jurisprudence sur les garanties internationales, remplit une fonction importante de contrôle des cantons et peut être le déclencheur d'importantes activités législatives²³²⁴. Ce contrôle du TF peut conduire, selon WYTTEBACH, au résultat d'une homogénéisation des droits cantonaux²³²⁵. Il s'agit donc bien d'harmoniser les droits cantonaux entre eux à l'aide des obligations internationales. D'ailleurs, selon le Conseil fédéral, l'une des fonctions principales des hautes juridictions et notamment du TF est d'« assurer une application uniforme du droit dans toute la Suisse »²³²⁶. Nous rappelons ici que nous allons d'ailleurs moins loin et ne proposons pas d'uniformisation, mais une simple harmonisation. Ayant expliqué comment une harmonisation peut avoir lieu lors d'un contrôle du TF, il reste à aborder les conditions de recevabilité d'un tel contrôle.

2. Les conditions de recevabilité du contrôle judiciaire

Il convient ensuite de s'attarder sur les conditions de recevabilité. En effet, ces règles sont cruciales pour l'efficacité d'un contrôle judiciaire fédéral, car

2324 WYTTEBACH, 2017, p. 344.

2325 *ibid.*, p. 329, elle prend l'exemple déjà mentionné du droit de procédure civile et pénale.

2326 *ibid.*, p. 327, et CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 2001, p. 4013.

ces règles empêchent parfois les particuliers d'accéder aux juridictions nationales. Elles déterminent dans quelle mesure ce contrôle est possible²³²⁷.

a. L'objet du contrôle judiciaire : le contrôle abstrait et le contrôle concret

Le contrôle du TF peut être abstrait ou concret selon son objet. Dans le cadre du premier, ce sont des lois qui sont contrôlées et dans le cadre du second, ce sont des décisions²³²⁸. Le contrôle abstrait des lois cantonales est possible selon l'art. 82 let. b LTF²³²⁹. S'agissant de ces lois, il est d'ailleurs très poussé contrairement à celui des lois fédérales²³³⁰. Le TF pouvant contrôler librement les lois cantonales²³³¹. L'omission de l'adoption des lois est également sujette au contrôle abstrait. C'est le cas dans l'ATF 137 I 305 relatif à une loi du canton de Zoug dont nous avons parlé au Chapitre 8²³³². Une telle omission peut être assimilée au déni de justice et au retard injustifié de l'art. 94 LTF²³³³. Les normes de droit cantonal sont aussi soumises au contrôle concret²³³⁴. Les décisions en matière d'aide sociale au sens large constituent des causes de droit public cantonal et sont attaquables au sens de l'art. 82 let. a LTF²³³⁵. Ainsi, en règle générale, les décisions en matière d'aide sociale ne font pas l'objet d'exceptions énumérées à l'art. 83 LTF²³³⁶. Le recours en droit public est donc en général ouvert. Il convient toutefois de mentionner la lettre k de l'art. 83 LTF qui prévoit que le recours en droit public est irrecevable contre : « *les décisions en matière de subventions auxquelles la législation ne donne pas droit* ». La notion de subvention couvre tous les avantages monétaires accordés à des bénéficiaires extérieurs à l'administration²³³⁷. Ce droit existe lorsque la législation « *elle-même précise de manière suffisamment concrète les conditions d'octroi de la prestation, sans laisser à l'appréciation des autorités d'application le soin de déterminer si un montant sera ou non alloué* »²³³⁸. Normalement,

2327 SCHMID, 2019, p. 54.

2328 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 644ss.

2329 WURZBURGER, Art. 82 / 1.-4., in : Commentaire de la LTF, (Stämpfli, éd.), Berne 2014, p. 801ss, p. 809.

2330 HOTTELIER, 2020, p. 1111

2331 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 I 87; JdT 2010 I p. 367, consid. 3.3, MAHON, 2019, p. 148.

2332 WYTTENBACH, 2017, p. 332.

2333 SCHMID, 2016, p. 9, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 137 I 305; JdT 2012 I p. 47, chapeau.

2334 HOTTELIER, 2020, p. 1112

2335 WURZBURGER, 2014, p. 810, AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 695-696.

2336 Par exemple : TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 8C_854/2018, 22 juillet 2019, consid. 1.

2337 HÄBERLI, Art. 83 BGG, in : Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, (Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler, éd.), 3^e éd., Bâle 2018, § 96.

2338 WURZBURGER, 2014, p. 933, cf. aussi : HÄBERLI, 2018, § 200.

il est recevable, par exemple contre un refus de bourse d'études²³³⁹. Si le recours en droit public devait être exclu au sens de l'art. 83 LTF, le recours constitutionnel subsidiaire au sens de l'art. 113 LTF est en général possible²³⁴⁰ pour la violation des droits fondamentaux constitutionnels, ou prévus par des conventions internationales s'ils sont directement applicables (art. 116 LTF)²³⁴¹. En sus des conditions liées à l'objet, il nous faut aborder des motifs du recours.

b. Les motifs du recours

Même si la Confédération n'a pas de compétence législative dans les domaines de compétences des cantons, un contrôle des droits fondamentaux et humains s'opère par le TF²³⁴². Selon l'art. 189 al. 1 let. b Cst. et l'art. 95 let. b LTF, le TF a la compétence de se saisir de litiges quant à des violations des normes directement applicables du droit international²³⁴³. Or, comme mentionné en Section I du Chapitre 8, cette justiciabilité n'est en grande partie pas reconnue pour les droits du Pacte ONU I en Suisse. Par rapport à ce caractère justiciable d'un droit invoqué, les recourants potentiels devront donc être précis et particulièrement motiver cet aspect. En effet, les mémoires de requête doivent être motivés (art. 42 LTF) et invoquer de manière détaillée les griefs s'ils sont en matière de droits fondamentaux (art. 106 LTF)²³⁴⁴. Les garanties de la CEDH et des autres conventions des droits humains font partie de cette catégorie²³⁴⁵. C'est une condition de recevabilité des motifs soulevés au sens de l'art. 95 et 116 LTF²³⁴⁶. À cet égard, les Chapitres 4 à 7 ont permis de définir les obligations qui peuvent être invoquées. Ensuite, le Chapitre 8 a permis de montrer les possibilités et les limites de la justiciabilité des obligations que nous avons définies en relation avec le PIDESC, la CDE et la CEDEF.

2339 Par exemple dans le canton de Vaud : TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 2C_196/2008, 07 mai 2008, consid. 1, et le canton du Tessin : TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 2C_244/2008, 5 juin 2009, consid. 2.2.

2340 FRÉSARD, Art. 113, in : Commentaire de la LTF, (Stämpfli, édit.), Berne 2014a, p. 1339ss, KRADOLFER, 2013, p. 536.

2341 FRÉSARD, 2014b, p. 1375.

2342 CDAS, août 2008, p. 24.

2343 Il s'agit de toutes les normes directement applicables des instruments de droit international ratifiés par la Suisse qui sont en vigueur : CORBOZ, Art. 95, in : Commentaire de la LTF, (Stämpfli, édit.), Berne 2014a, p. 1090ss, p. 1100.

2344 WYTTEBACH, 2017, p. 324ss, CORBOZ, 2014b, p. 1257, HOTTELIER, 2020, p. 1117

2345 WYTTEBACH, 2017, p. 324-325, CORBOZ, 2014b, p. 1257-1258, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 125 III 209, 23 mars 1999, consid. 2.

2346 KAUFMANN, 2017, p. 13, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 136 I 241, 2 juin 2010, consid. 2.3, voir aussi la jurisprudence du TF maintes fois citées en rapport avec le PIDESC.

Notre démonstration permet de contribuer à présenter des arguments possibles à disposition des particuliers, comme notre famille Harmonie, face aux disparités cantonales de l'aide sociale potentiellement contraires aux obligations minimales des droits humains. Ceci permettrait de répondre à l'exigence de motivation de la LTF (art.106 al.2 LTF). Nous pouvons conclure qu'au vu de notre thèse, des recours devraient être admis pour les obligations identifiées aux Chapitres 4 à 7 pour autant qu'elles soient justiciables au vu du Chapitre 8. Avant de passer aux contrarguments et aux craintes majeures qui font face à nos résultats en Section II, il est important de mentionner une limite importante du contrôle judiciaire comme mode d'intégration principal pour nos résultats. Il s'agit de la problématique de l'accès à la justice des personnes en situation de pauvreté.

3. L'accès à la justice : une limite du contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire pose des problèmes évidents d'accès à la justice et ce d'autant plus à l'égard des personnes en situation de pauvreté. L'assistance judiciaire gratuite est certes un principe ancré dans notre constitution à l'art.29 al.3 Cst²³⁴⁷ et reconnu par la CEDH dans l'affaire déjà citée²³⁴⁸. L'accès au juge est également garanti dans la Constitution²³⁴⁹. Toutefois, l'accès à la justice et l'utilité des tribunaux pour les personnes défavorisées de la société ne vont pas de soi. Ces personnes font face à d'autres difficultés que les coûts de procédure²³⁵⁰, comme le manque d'information concernant leurs droits²³⁵¹ ou comme des régimes législatifs restrictifs. Pour illustrer cette dernière difficulté, nous pouvons citer un arrêt du Tribunal fédéral inquiétant pour l'accès à la justice des personnes bénéficiaires de l'aide sociale. Le 14 janvier 2020, le Tribunal fédéral a rejeté un recours contre une modification de la loi cantonale d'aide sociale du canton de Zurich²³⁵². Les nouvelles dispositions

2347 WALDMANN, 2015b, § 61.

2348 COUREDH, Affaire Airey c. Irlande, n°6289/73, § 26. Pour plus de détails sur cette affaire voir : TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, Pauvreté et droits de l'homme, La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme, in : Pauvreté, dignité, droits de l'homme, Les 10 ans de l'accord de coopération, (Witte, éd.), Bruxelles 2008, p. 65ss, p. 68ss.

2349 WALDMANN, 2015c, § 4.

2350 En Suisse, c'est particulièrement le cas en matière de procédures civiles : HUMAN-RIGHTS.CH, L'accès à la justice est réservé aux riches, 2018, (site web, dernière consultation le 20 novembre 2020) et HABERBECK, Massnahmen für einen besseren Rechtsschutz im Schweizer Zivilprozess, in Jusletter 2016 11, p. 3.

2351 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, § 67.

2352 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 146 I 62, 14 janvier 2020.

législatives prévoient notamment que des obligations et injonctions faites aux bénéficiaires ne peuvent pas faire l'objet de recours indépendant²³⁵³. Le TF a considéré que cette disposition était compatible avec la garantie constitutionnelle de l'accès au juge au sens de l'art. 29a Cst. Cela pose évidemment des questions en matière d'accès à la justice et un recours auprès de la CEDH a été déposé²³⁵⁴. FIERENS énonce clairement la difficulté d'accès à la justice des personnes en situation de pauvreté lorsqu'il écrit que « (...) *les personnes les plus pauvres, celles qui ont peut-être le plus besoin du droit, éprouvent des difficultés parfois insurmontables pour accéder au prétoire, surtout à celui des hautes cours* »²³⁵⁵. Ainsi, un accès au TF des personnes en situation de pauvreté peut sembler compromis. C'est également le cas en matière d'aide sociale.

Or, la reconnaissance d'un contrôle judiciaire pour les droits des plus démunis est importante pour consolider leur situation juridique. Même si elles-mêmes n'ont pas les moyens d'accéder à ce contrôle, d'autres, ayant un poids politique plus important comme des ONG ou des partis politiques sensibles à leur situation peuvent se référer à son existence pour appuyer des actions qui pourraient à terme améliorer les droits humains des plus défavorisés en Suisse. Le droit d'action d'association, les recours collectifs ou d'intérêt public pourraient à cet égard aider à pallier ces difficultés d'accès à la justice pour les personnes en situation de pauvreté²³⁵⁶. Des institutions nationales des droits humains pourraient aussi jouer un rôle central pour la promotion et la concrétisation de l'accès à la justice en cas de violation des droits humains des plus démunis en les représentant devant les tribunaux par exemple²³⁵⁷. En Suisse, seuls des recours individuels, à l'image du recours en droit public que nous venons de présenter, sont possibles dans le domaine des droits fondamentaux. Il n'y a pas d'actions populaires de recours d'intérêt public²³⁵⁸.

Il faut toutefois mentionner l'action des organisations prévues par le Code de procédure civile à son article 89 qui permet à des organisations déterminées de défendre des intérêts d'un groupe de personnes et de demander

2353 ZH, Sozialhilfegesetz, RS cantonal n°851.1, 14 juin 1981, § 21, al. 2.

2354 HUMANRIGHTS.CH, Durcissement du droit à l'aide sociale, 2020, (site web, dernière consultation le 30 novembre 2020).

2355 FIERENS, *Les pauvres, leurs avocats et l'hypomochlion*, in : *Pauvreté, dignité, droits de l'homme, Les 10 ans de l'accord de coopération*, (Witte, édit.), Bruxelles 2008, p. 49ss, p. 52.

2356 Dans le même sens : *ibid.*, p. 52 et en relation avec le droit à l'alimentation : GOLAY, *Droit à l'Alimentation et Accès à la Justice: Exemples au niveau national, régional et international*, Rome 2009, p. 61.

2357 GOLAY, 2009, p. 61.

2358 *ibid.*, p. 48.

par exemple la cessation ou l'interdiction d'atteinte à la personnalité²³⁵⁹. Cette action est soumise à des conditions strictes de sorte que cette disposition du CPC est restée lettre morte depuis l'entrée en vigueur du CPC²³⁶⁰. La situation aurait pu évoluer. Le Conseil fédéral a mis en consultation, le 2 mars 2018, une révision du code de procédure civile visant à améliorer l'accès aux tribunaux de la classe moyenne et des personnes en situation de pauvreté en étendant le principe d'une action collective²³⁶¹. Par exemple, le Conseil fédéral propose d'étendre ce recours à tout type d'atteinte aux droits et pas seulement au droit de la personnalité²³⁶². Toutefois, les nouvelles dispositions relatives à une mise en œuvre collective renforcée des droits des individus ont fait l'objet de fortes controverses. Le Conseil fédéral a décidé de les retirer de son projet de modification²³⁶³.

Même si la logique du droit civil est quelque peu différente de celle des recours dans le domaine de l'aide sociale, la reconnaissance de telles actions peut constituer une avancée importante pour la défense des droits fondamentaux des personnes en situation de pauvreté en Suisse en améliorant leur accès à la justice. Cette avancée pourrait permettre de poser des bases à des procédures de recours collectifs comme celles de la *tutela* en droit colombien et de l'*amparo* en droit argentin. Ces recours ont permis d'initier des recours collectifs qui ont donné à de nombreuses acceptations de ces cours suprêmes²³⁶⁴. Selon GOLAY, avec qui nous sommes d'accord, ces recours collectifs permettent d'améliorer l'accès à la justice des individus²³⁶⁵. En attendant de telles modifications procédurales en Suisse, les ONG du domaine de la pauvreté doivent se contenter de conseiller leurs membres dans des procédures de recours individuels et notre thèse peut les y aider.

Par le rôle de soutien de ces associations, une argumentation forte fondée sur des droits justiciables permettrait à notre sens d'améliorer l'accès à la justice des personnes vulnérables. En effet, elle permettrait de soutenir les individus dans les procédures judiciaires par la clarification de leur situation

2359 JEANDIN, art. 89, in: Commentaire romand Code de procédure civile, (Lichtenhahn, éd.), 2^e éd., 2019, § 4, CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), 2018a, p. 36.

2360 JEANDIN, 2019, p. 37.

2361 HUMANRIGHTS.CH, L'accès à la justice est réservé aux riches, CONSEIL FÉDÉRAL, 2018a, p. 3.

2362 CONSEIL FÉDÉRAL, 2018a, p. 38-39

2363 ADMIN, Procédure civile : faciliter l'accès aux tribunaux, 2020, (site web, dernière consultation le 20 novembre 2020).

2364 GOLAY, 2009, p. 50.

2365 *ibid.*, p. 59-60.

juridique. Ainsi, même en présence de difficultés quant à l'accès à la justice des personnes précaires, il est justifié de se concentrer sur l'admission d'un contrôle judiciaire.

II. Les contrarguments et les craintes majeures qui font face à nos résultats

Nous l'avons expliqué, le mode d'intégration principal visé est le contrôle judiciaire à côté d'un mode secondaire qui est la surveillance fédérale. Il convient de se pencher sur les craintes et les contrarguments que nos résultats mis en parallèle avec ces modes d'intégration peuvent impliquer. Nos résultats associés aux modes d'intégration normative d'harmonisation posent deux problématiques majeures. Comme elles peuvent servir de contrarguments à notre démonstration, nous allons donc les passer en revue pour montrer en quoi elles ne posent en réalité pas de complication.

Une harmonisation des lois cantonales pose premièrement la question du respect de l'autonomie cantonale (Sous-section A). Cette crainte est visible pour les deux modes d'intégration identifiés. Nous avons déjà mentionné cette inquiétude dans notre Chapitre 1. Ensuite, l'harmonisation par le contrôle judiciaire pose également des questions qui lui sont propres. Comme il s'agit de notre mode principal, il convient de les présenter en détail dans une Sous-section B. En effet, le rôle du juge soulève des questions de légitimité²³⁶⁶. Des inquiétudes peuvent se voir par rapport au rôle du juge. Toutefois, ces craintes sont démesurées et nous montrerons également dans cette section que le rôle du juge est justifié et légitime.

A. Les craintes liées à l'autonomie cantonale

Nous montrerons tout d'abord que l'harmonisation, comme démontrée dans notre thèse, n'est pas incompatible avec l'autonomie cantonale (Sous-section 1). Puis, nous évoquerons un parallèle à la réception de la CEDH dans le système fédéral suisse afin de saisir les liens entre ce principe et la protection des droits humains (Sous-section 2). Nous montrerons à l'aide de ces 2 sous-sections que l'exigence d'une harmonisation telle que nous l'avons démontrée n'est ni constitutive d'une violation de l'autonomie cantonale, ni une exigence totalement nouvelle.

²³⁶⁶ SCHMID, 2019, p. 60.

1. La compatibilité de l'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale avec l'autonomie cantonale

L'harmonisation a des conséquences sur l'autonomie cantonale comme nous l'avons expliqué maintes fois dans cette thèse. Ensuite, en particulier s'agissant de notre mode d'intégration principal, reconnaître la justiciabilité d'un droit a des conséquences importantes sur la structure fédérale de l'État de par l'effet contraignant des décisions du TF pour les cantons²³⁶⁷. Cette conséquence exige une retenue dans la reconnaissance de ce caractère justiciable dans les domaines de compétences des cantons²³⁶⁸.

Or, toute notre démarche s'est déroulée avec retenue en soulignant l'importance de l'autonomie cantonale. Nous avons constaté la nécessité de la prendre en compte au Chapitre 1 déjà. Ensuite, notre démarche n'a recherché qu'une harmonisation et non une uniformisation (cf. Chapitre 2). Dans ce sens, nous avons souligné deux principes d'interprétation permettant de respecter cette autonomie : le respect de la marge de manœuvre cantonale et la recherche d'un consensus pour réduire cette marge (cf. Chapitre 3). Notre démonstration s'est concentrée uniquement sur les obligations minimales de mise en œuvre des cantons (cf. Chapitres 4 et 5). Enfin, ces obligations ont été précisées par une approche contextuelle. Cette démarche a permis de réduire l'impact des obligations internationales pour exiger des cantons uniquement ce qui est absolument nécessaire au vu de la situation en Suisse (cf. Chapitres 6 et 7). L'autonomie cantonale ne semble ainsi pas en danger, car notre démonstration la prend spécifiquement en compte. Ainsi, notre argumentation ne vise en aucun cas à abolir ou à limiter fortement l'autonomie cantonale. Nous sommes d'avis qu'il faut simplement parfois tolérer une certaine influence harmonisatrice des droits humains pour assurer leur bonne mise en œuvre. Ce n'est d'ailleurs pas un phénomène nouveau. Cette influence a déjà existé en Suisse en rapport à la CEDH comme nous allons le voir dans la prochaine sous-section. Notre argumentation ne devrait donc pas à ce titre être qualifiée de totalement novatrice, voire révolutionnaire.

2367 KRADOLFER, 2013, p. 536, Voir aussi sur ce sujet : BIAGGINI, *Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat: Rechtsfragen der « vollzugsföderalistischen » Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates unter vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft*, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1996, p. 191ss

2368 KRADOLFER, 2013, p. 536, ce sont d'ailleurs les mêmes préoccupations qui plaident pour l'absence de compétences législatives fédérales basées uniquement sur les droits fondamentaux (voir Chapitre 1, III, D, 2). Ces préoccupations sont bien expliquées par : HANGARTNER, 2001, p. 478, au sujet d'une compétence législative en matière d'enseignement primaire de la Confédération en relation avec le droit à l'enseignement primaire.

2. Le parallèle entre la réception des droits humains en matière d'aide sociale et la réception de la CEDH

Pour montrer que l'impact de notre démonstration sur l'autonomie cantonale n'est qu'une conséquence normale d'une réception progressive des droits humains dans le système juridique suisse, nous pouvons mentionner un parallèle intéressant avec la réception de la CEDH en Suisse. HOTTELIER, Professeur à l'Université de Genève, délimite à ce sujet deux phases temporelles qui intéressent le fédéralisme²³⁶⁹.

a. La première phase

La première phase, de 1975 à 1986, est marquée par une vision très prudente, voire méfiante du TF face aux éventuelles violations de la CEDH²³⁷⁰. Le fédéralisme a joué un rôle de frein à l'application de la CEDH dans le domaine de la procédure pénale quand elle touchait au domaine de compétences des cantons. Ici, le fédéralisme est utilisé, et nous reprenons les termes d'HOTTELIER, particulièrement évocateur « *en vue d'éviter tout effet unificateur sur les pratiques cantonales* »²³⁷¹. Il souligne ensuite que « *la perception suisse du fédéralisme a conduit à un réflexe conservateur plutôt qu'à une ouverture d'emblée favorable au droit conventionnel* »²³⁷².

Dans le domaine de l'aide sociale, on assiste également à une méfiance par rapport à la réception des droits économiques, sociaux et culturels dans les droits cantonaux. Par exemple, nous avons vu au Chapitre 1 que les réticences en Suisse (par exemple du Conseil fédéral ou de la CDAS) face à une harmonisation des lois cantonales en la matière sont notamment dues à la définition du minimum vital au-delà de l'art. 12 Cst. Or, notre analyse a montré que les droits humains internationaux demandent, même s'agissant d'obligations minimales, un niveau de prestation plus élevé que celui de l'art. 12 Cst. Ensuite, un autre exemple de cette méfiance face à beaucoup d'aspects d'obligations internationales traitant du bien-être des personnes en situation de pauvreté est bien entendu la jurisprudence du TF et la vision du Conseil fédéral, déjà maintes fois rappelées, concernant la justiciabilité des droits du PIDESC et d'autres dispositions considérées comme des DESC²³⁷³. Il est ainsi manifeste que la Suisse est réticente à « *reconnaître les effets contraignants des droits*

2369 HOTTELIER, 2014, p. 45ss.

2370 *ibid.*, p. 46.

2371 *ibid.*, p. 47.

2372 *ibid.*, p. 62.

2373 Du même avis : DUPONT, 2020, p. 2104.

fondamentaux sociaux reconnus dans les textes internationaux»²³⁷⁴. Cette réticence est aussi confirmée par le refus de ratification de textes ayant une dimension explicite en matière de droits sociaux comme le protocole facultatif au PIDESC mentionné précédemment, la Charte sociale européenne ou les Protocoles additionnels n°1 et n°12 à la CEDH²³⁷⁵. Ce dernier protocole aurait permis l'application de l'art.14 CEDH en matière de sécurité sociale²³⁷⁶.

b. La deuxième phase

La deuxième phase de réception de la CEDH débute dans la deuxième moitié des années 1980. Il y a eu plusieurs arrêts novateurs du TF dans le domaine de l'organisation judiciaire des cantons, auparavant très préservée de toute influence de la CEDH. Ainsi, selon HOTTELIER, « *la structure fédérale, conçue comme l'exercice simultané de deux niveaux de gouvernance ménageant de larges pouvoirs aux cantons, ne saurait faire obstacle à la mise en œuvre de la CEDH* »²³⁷⁷. L'ATF 112 IA 290 du 4 juin 1986 est à cet égard très instructif. Il y est mentionné qu'« *[e]n matière pénale, l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice appartiennent en principe aux cantons (...). Certaines exigences minimales découlent toutefois de l'art. 58 al. 1 Cst. et de l'art. 6 § 1 CEDH, telle la prétention donnée au justiciable d'être jugé par un juge indépendant et impartial (...)* »²³⁷⁸. Nous pouvons aussi mentionner l'ATF 116 IA 359 du 27 novembre 1990 sur l'introduction du suffrage universel dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, dans le domaine très sensible de la démocratie directe. Le TF a déclaré une disposition constitutionnelle du canton précité refusant le droit de vote aux femmes, incompatible avec l'égalité entre hommes et femmes de la Constitution fédérale²³⁷⁹. Depuis cet arrêt, il est reconnu que la structure fédérale de la Suisse ne doit pas empêcher le respect des droits humains des traités internationaux²³⁸⁰.

À l'image de ces exigences minimales des droits humains reconnues dans le domaine de la procédure pénale ou de la démocratie directe, nos recommandations pourraient être reconnues dans le domaine de l'aide sociale comme faisant obstacle à l'autonomie cantonale. Ainsi, une phase similaire à celle évoquée par le Professeur HOTTELIER pourrait et devrait être amorcée

2374 *ibid.*, p. 2103.

2375 *ibid.*, p. 2103 – 2104.

2376 *ibid.*, p. 2104.

2377 HOTTELIER, 2014, p. 49ss.

2378 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 112 Ia 290, 4 juin 1986, consid. 3.

2379 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 Ia 359, JdT 1992 I 98, consid. 10.

2380 HOTTELIER, 2014, p. 51, WYTTEBACH, 2017, p. 328.

dans le domaine des droits cantonaux de l'aide sociale. Le changement de jurisprudence du TF des années 1980 nous enseigne qu'il est possible de faire respecter un certain minimum découlant des garanties internationales des droits humains dans des domaines de compétences cantonales même très protégés. Cela nous enseigne également qu'une voie efficace à l'harmonisation des droits cantonaux réside bel et bien dans le pouvoir du TF de contrôler les droits humains.

c. Une autonomie cantonale dans le respect des garanties élémentaires pour un pluralisme ordonné

Dans un système fédéral, il est nécessaire de mettre en œuvre les garanties élémentaires tout en recherchant un pluralisme ordonné. Dans ce sens, deux idées ressortent du parallèle à la réception de la CEDH par les cantons en Suisse. Premièrement, au sujet des garanties élémentaires, HOTTELIER estime que « *le fédéralisme ne saurait se concevoir hors le respect de garanties aussi élémentaires* » que l'égalité de traitement²³⁸¹. Ces garanties élémentaires renvoyaient, en 1980, à l'égalité homme-femme. Personne aujourd'hui n'irait contester l'importance de cette garantie à l'aide de l'autonomie cantonale. Demain peut-être nous pourrions affirmer sans mal que ces garanties élémentaires renvoient à un droit tout aussi fondamental que le minimum vital. Ceci permettrait que les garanties conventionnelles dans le domaine de l'aide sociale se voient « *reconnaître un vrai effet utile* » à l'image de celui reconnu à la CEDH²³⁸². Ainsi, l'autonomie cantonale et la préservation absolue des compétences cantonales ne devraient plus faire obstacle aux minimums des droits humains tels que nous les avons présentés.

Ce respect de garantie élémentaire dans un système fédéral permet de passer au deuxième enseignement : le pluralisme ordonné. HOTTELIER estime que la réception de la CEDH par les cantons suisses révèle l'image d'un pluralisme ordonné, c'est-à-dire : « *une conception des droits fondamentaux qui tente d'allier la diversité des garanties à la recherche d'une unité logique, systématique* »²³⁸³. Il se fonde en évoquant cette notion sur les travaux de DELMAS-MARTY, Professeure honoraire au Collège de France²³⁸⁴. Ce sont ces mêmes travaux qui nous ont permis de définir la notion d'harmonisation dans cette thèse. Ainsi, si la réception des droits humains conventionnels

2381 HOTTELIER, 2014, p. 53, voir aussi : TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, 2014, p. 309.

2382 HOTTELIER, 2014, p. 61.

2383 *ibid.*, p. 64-65.

2384 *ibid.*, p. 64-65.

dans le domaine de l'aide sociale cantonale pouvait entrer dans sa deuxième phase de réception, comme celle ayant débuté dans les années 1980 pour la CEDH, peut-être pourrions-nous y observer également une certaine harmonisation ou un pluralisme ordonné. Ainsi, il serait possible d'avoir une complémentarité entre autonomie cantonale et respect des droits humains.

Ces sous-sections nous ont permis de montrer que cette influence harmonisatrice des droits humains n'est ni nouvelle ni ne consiste en un réel danger pour l'autonomie cantonale. Une harmonisation serait mise en place efficacement par la jurisprudence du TF seulement pour des points particuliers où une action aurait été déposée et probablement seulement au regard des standards minimaux des droits humains tels que ceux identifiés dans notre démonstration. Les cantons conserveraient ainsi une grande autonomie pour tout le reste. Une telle conception permet, de plus, d'éviter de modifier la Constitution. Cette modification est indispensable pour adopter une loi fédérale ou adopter une loi-cadre en matière d'aide sociale, solution qui aurait bien plus d'impact pour l'autonomie cantonale.

B. Le rôle du juge, les craintes et sa légitimité

Notre démonstration soulève également des questions, voire des craintes, sur le rôle du juge par rapport au législateur et par rapport à la volonté de l'État en matière de traité. Il s'agit ici de s'arrêter sur ces craintes. Puis nous aborderons la légitimité du rôle du juge.

1. Les différentes craintes face au rôle du juge

a. Les craintes d'une entorse au principe de la séparation des pouvoirs

Premièrement, le contrôle judiciaire du droit international peut soulever des critiques en rapport à la séparation des pouvoirs. C'est d'ailleurs particulièrement le cas en matière d'obligations positives à charge du législateur²³⁸⁵ et des droits traditionnellement considérés comme des DESC²³⁸⁶. Le principe de la séparation des pouvoirs dans la conception classique distingue les trois fonctions étatiques principales : exécutive, législative et judiciaire²³⁸⁷. Ainsi, l'idée que les juges ne déduisent pas uniquement leurs décisions des solutions législatives, mais puissent interpréter avec plus ou moins de liberté

2385 SCHMID, 2019, p. 60, voir aussi NOLAN, *Children's Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts*, Oxford 2011, p. 134ss.

2386 SCHMID, 2012, p. 67.

2387 MARTENET, *La séparation des pouvoirs*, in : *Droit constitutionnel suisse*, (Schulthess, édit.), Zurich 2020, p. 999ss, p. 1001

le droit applicable implique une tension avec ce principe de séparation²³⁸⁸. Comme notre démonstration tend à reconnaître une plus grande justiciabilité des droits humains dans le domaine de l'aide sociale, le juge ne se contenterait donc pas de l'unique application des lois cantonales. Par exemple, l'admission de la justiciabilité de mandat législatif²³⁸⁹ et l'interdiction des mesures régressives²³⁹⁰ découlant des droits du Pacte ONU I peuvent entrer en tension avec cette notion. Cette tension survient ainsi entre les tribunaux et les législateurs cantonaux en matière d'aide sociale.

Cette crainte est d'autant plus présente dans le domaine des droits traditionnellement rattachés aux DESC, voulant que ces droits soient laissés aux pouvoirs politiques (exécutif et législatif). Les juges n'auraient pas la capacité ou la légitimité de juger des violations de ces droits²³⁹¹. Cette vision tient compte du fait que de nombreuses questions en matière de droits sociaux sont délicates à examiner d'un point de vue judiciaire, puisque ces droits humains nécessitent la mise en place d'infrastructures importantes (notamment le droit à la sécurité sociale)²³⁹². De plus, la réalisation de ces droits demande des obligations positives et leur contenu et leur portée seraient vagues et imprécis²³⁹³. Enfin, la mise en œuvre de ces droits serait coûteuse à cause des exigences de fourniture de prestations. Ces coûts considérables renforceraient l'idée que le juge appliquant des droits humains commettrait « *une grave entorse au principe de la séparation des pouvoirs* »²³⁹⁴. Dans le domaine de l'aide sociale, il existe des aspects des droits humains qui ne sont pas des obligations positives comme en matière de discrimination ou de réduction des prestations. Il est, toutefois, clair que bon nombre d'obligations positives existent s'agissant des droits traitant du bien-être des personnes en situation de pauvreté. Cette circonstance pourrait donner lieu à des inquiétudes que nous allons exposer ci-dessous.

2388 DURAND, Six études d'éthique et de philosophie du droit, Montréal 2006c, p. 55, CAPPELLETTI et DAVID, « Des juges législateurs? », in: Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé, (Cappelletti, éd.), Aix-en-Provence, Paris 1990a, p. 23ss, p. 38.

2389 SCHMID, 2016, p. 5.

2390 HACHEZ, 2008, p. 286, note de bas de page n°276 et p. 600-624 et 625-652.

2391 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 73.

2392 KÜNZLI, 2001, p. 280ss.

2393 SCHMID, 2012, p. 67.

2394 Voir CHATTON, 2013, p. 95 et 98, qui explique que cette vision est suivie par certains auteurs.

b. Les craintes de la doctrine et du TF

Certains auteurs estiment que permettre aux juges de juger des obligations positives met à mal le principe de la séparation des pouvoirs²³⁹⁵. Par exemple, CROSS estime que le législateur est bien mieux placé que le juge pour interpréter de telles obligations et qu'un examen judiciaire ne ferait qu'aggraver les situations des titulaires de ces droits²³⁹⁶. Ou encore, WOODS estime que : « *[t]he allocation of resources is typically deemed the province of the legislature, which has both the political legitimacy of being an elected body and the institutional capacity to weigh and accommodate competing demands on the public purse* »²³⁹⁷. Ainsi, le pouvoir législatif serait le seul capable de prendre des décisions budgétaires ou en matière de programmes sociaux²³⁹⁸. Cette préoccupation du rôle du juge face au législateur en matière de droits humains traditionnellement considérés comme des DESC peut être ainsi résumée en ces mots : « *[t]he concern with the supposed positive nature of social rights is not simply a legitimacy concern that the courts will usurp the power of the legislature to initiate social change through law and determine the terms on which such initiation takes place. There is also a concern that their perceived positive nature entails the expenditure of state resources and that courts are ill-positioned to make [these] kind[s] of complex (...) decisions necessary to create and implement the structures necessary to realize social rights* »²³⁹⁹.

Il y a également des traces de cette préoccupation dans la jurisprudence du TF. Nous renvoyons le lecteur à la jurisprudence du TF en matière de droits du PIDESC et d'autres dispositions explicitement considérées comme des DESC, déjà citée au Chapitre 8. Il est intéressant de reprendre la terminologie du TF qui exprime clairement cette vision. Il a rappelé que « *[l]es dispositions directement applicables doivent être distinguées avant tout des dispositions qui énoncent un programme, savoir celles qui se bornent à esquisser la réglementation d'une matière ou qui laissent à l'État contractant une liberté d'appréciation*

2395 Voir YOUNG, 2008, p. 159, qui explique cette crainte.

2396 CROSS, *The Error of Positive Rights*, in *University of California, Los Angeles Law Review* 2001 48(4), 857ss, p. 901 et 921.

2397 WOODS, *Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm*, in *Texas International Law Journal* 2003 38(4), 763ss, p. 772.

2398 Voir par exemple : CHATTON, 2013, p. 99, qui explique que certains auteurs sont de cet avis. Voir aussi par exemple : BORK, *The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, in *Washington University Law Quarterly* 1979 3, 695ss, p. 695, qui est de cet avis en matière de prévoyance sociale.

2399 SCOTT et MACKLEM, *Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review* 1992 141(1), 1ss, p. 43.

ou de décision considérables ou encore qui ne comportent que des idées directrices, de sorte qu'elles s'adressent non pas aux autorités administratives ou judiciaires, mais bien au législateur national»²⁴⁰⁰. Cette vision est aussi rappelée par le TF au sujet de l'art.9 ONU I²⁴⁰¹ ou au sujet de l'art.13 ONU I. Le TF indique que : « (...) es sei dem nationalen Gesetzgeber anheim gestellt, wann, mit welchen Mitteln und in welchem Zeitraum er das gesetzte Ziel erreichen wolle (...)»²⁴⁰². Nous pouvons encore citer une affaire plus récente dans laquelle le TF estime que dans le cadre de l'art.13 al.2 let.c ONU I : « [d]ie Wahl der «geeigneten Mittel» ist dem Gesetzgeber anheimgestellt »²⁴⁰³.

c. Les craintes en rapport à la volonté de l'État en matière de traités

Dans le cadre de l'interprétation d'obligations internationales, le pouvoir d'interprétation judiciaire (surtout lorsqu'il est guidé à l'aide de *soft law*) pose également la question de sa légitimité face à la volonté de l'État²⁴⁰⁴. Par exemple, le Conseil fédéral lors de la conclusion des Pactes ONU I, avait pour volonté de reconnaître uniquement la nature programmatique des DESC. Le Conseil fédéral a donc précisé clairement sa volonté lors de la ratification de ce traité²⁴⁰⁵. Notre démonstration semble aller à l'encontre de cette volonté.

De plus, nous avons interprété les obligations internationales de la Suisse à l'aide de sources d'interprétation telles que le *soft law* qui n'a pas forcément été accepté ou approuvé par la Suisse. Ces problématiques renvoient à la légitimité de notre interprétation par rapport à la volonté du gouvernement suisse et notamment au fondement du caractère obligatoire de telles obligations ainsi interprétées²⁴⁰⁶. En interprétant les obligations internationales à l'aide du *soft law*, d'aucuns pourraient nous critiquer et dire que nous transformons le droit *mou en dur*²⁴⁰⁷, voire que nous prenons une trop grande liberté par rapport au *consentement étatique*²⁴⁰⁸. Comme le rappellent TULKENS

2400 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 V 246, consid. 2a.

2401 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 135 I 161, consid. 2.2, ou TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 121 V 246, consid. 2ss.

2402 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 130 I 113, consid. 3.3.

2403 TRIBUNAL FÉDÉRAL, Arrêt 2C_1092/2017, 28 août 2018, consid. 5.4.

2404 TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, 2012, p. 436.

2405 CONSEIL FÉDÉRAL, 1991, p. 1141ss, CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, et CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p. 2106, position rappelée récemment : ADMINISTRATION FÉDÉRALE, Quatrième rapport périodique soumis par la Suisse en application des articles 16 et 17 du Pacte, attendu en 2015, PIDESC, E/C.12/CHE/4, § 16.

2406 TULKENS et VAN DROOGHENBROECK, 2012, p. 436.

2407 Formulation reprise de : *ibid.*, p. 448.

2408 Formulation reprise de : *ibid.*, p. 456.

et DROUGHENBROECK, lors de l'utilisation d'une norme de *soft law*, le juge doit justifier son interprétation afin d'éviter le danger d'être taxé de pratiquer du *cherry picking* ou de *manipulation normative*²⁴⁰⁹. Or, nous avons été extrêmement transparent quant à nos méthodes interprétatives au Chapitre 3, II, ce qui permet d'éviter ce risque. Nous reviendrons sur cette liberté d'interprétation à la Sous-section 2.

Dans le Chapitre 3 également, nous avons souligné l'importance de l'interprétation évolutive. Celle-ci permet de diminuer l'importance de la volonté initiale de l'État²⁴¹⁰. L'art. 31 CVT est un compromis entre les partisans d'une interprétation textuelle selon l'interprétation subjective fondée sur la volonté des parties et les partisans d'une interprétation finaliste ou téléologique²⁴¹¹. Or, le consentement de l'État sous la forme de procédures démocratiques qui aboutissent à la ratification d'un traité peut servir de base première de la légitimité des traités²⁴¹². Ainsi, si l'interprétation du juge ne semble pas suivre cette volonté, elle pose aussi une question de légitimité démocratique²⁴¹³.

d. Synthèse : une crainte d'un manque de légitimité

Ces craintes liées à la séparation des pouvoirs reviennent à douter de la légitimité démocratique du contrôle du juge dans le domaine des droits humains, et des droits sociaux en particulier²⁴¹⁴. Le contrôle du juge est-il légitime démocratiquement ? Comment, dès lors, retrouver cette légitimité démocratique dans notre démarche ? La réponse à cette préoccupation sera analysée à la section suivante.

2. La légitimité du rôle du juge

La théorie classique de la séparation des pouvoirs ne doit pas être comprise trop strictement d'un point de vue de l'interprétation en premier lieu. En effet, il n'est pas possible de distinguer les fonctions de l'État précisément surtout en tenant compte du fait que l'acte de juger n'est pas un acte mécanique,

2409 *ibid.*, p. 463-464.

2410 Cf. Chapitre 3, II, A, 3.

2411 SOREL, 2006, p. 1296.

2412 KELLER, 2012bp. 7.

2413 TROPER, La liberté d'interprétation du juge constitutionnel, in : *Interprétation et droit*, (Amselek/Chevallier, édit.), Bruxelles 1995, p. 235ss, p. 235, voir aussi COURTIS, 2009, p. 379, note de bas de page n°2, qui estime que : « *There are, (...) objections, including the alleged incompatibility of the adjudication of ESC rights with the principle of division of powers in a democratic regime and the existence of procedural and institutional constraints that allegedly render adjudication on these issues either useless or undesirable* ».

2414 LANGFORD, 2009, p. 13ss.

mais implique de l'interprétation²⁴¹⁵. Il convient donc premièrement de justifier la latitude d'interprétation dont nous avons fait preuve dans notre démonstration (Sous-section a). En effet, comme nous préconisons un contrôle judiciaire basé sur notre démonstration, les critiques par rapport au pouvoir interprétatif du juge sont transposables à notre argumentation. Ensuite, nous aborderons la principale légitimité du pouvoir du juge : celle venant de sa fonction de justice constitutionnelle (Sous-section b).

a. La légitimité de l'interprétation judiciaire

(i) *L'insuffisance de la loi*

Premièrement, l'intervention du juge est nécessaire pour l'application de la loi (ou d'une Convention internationale). Une Convention ne peut appréhender le cas concret dans toute sa singularité. Un saut qualitatif entre la loi générale et abstraite et le cas singulier et concret est présent. Il nécessite, pour être résolu, la médiation d'un interprète²⁴¹⁶. En effet, la loi est insuffisante par rapport au cas. Elle ne peut régir que les cas les plus fréquents. Même le législateur le plus averti ne pourrait pas les prévoir. De plus, la loi est générale, abstraite²⁴¹⁷ et est faite de mots²⁴¹⁸. Or, le juge doit trancher. L'interprétation est, dès lors, nécessaire pour combler « l'espace entre l'énoncé et les faits jugés dû à l'écart entre l'énoncé et le réel »²⁴¹⁹. Le juge doit disposer d'une certaine liberté dans son activité créatrice de droit²⁴²⁰ et être nécessairement plus ou moins libre pour appliquer une norme à un cas dans sa particularité²⁴²¹. Ainsi, pour appliquer une loi d'aide sociale cantonale ou une Convention internationale à un cas particulier comme celui de notre famille Harmonie, un interprète de cette loi est nécessaire, que ce soit un juge ou une autorité, voire un chercheur.

(ii) *Les limites à l'interprétation*

Deuxièmement, cette liberté n'est pas une liberté totale. Il existe des contraintes²⁴²². Le pouvoir d'interprétation du juge ne veut pas dire néces-

2415 MARTENET, 2020, p. 1003.

2416 PAPAUX, 2006, p. 174.

2417 *ibid.*, p. 137-138.

2418 C'est un troisième éloignement par rapport au réel : il y a plus de choses que de mots pour les désigner. ARISTOTE l'avait déjà vu, la loi est nécessairement quelque chose de général, alors que les cas qu'elle a à régir sont singuliers et concrets : *ibid.*, p. 57.

2419 MAINGUENEAU, L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques, in : *Interprétation et droit*, (Amselek, édit.), Bruxelles 1995, p. 61ss, p. 71.

2420 MOOR, 1999, p. 59 et 71.

2421 *ibid.*, p. 72.

2422 PAPAUX, 2006, p. 170.

sairement arbitraire, il y a des limites²⁴²³. Bien des contraintes peuvent être évoquées, comme par exemple l'influence des précédents²⁴²⁴, les voies de recours permettant un contrôle postérieur de la décision²⁴²⁵, le fait que les juges travaillent en collège²⁴²⁶ ou encore la communauté de juristes, qui par leur interprétation encadre le juge²⁴²⁷. Une contrainte se dessine également par le fait que le juge ne peut examiner des aspects de droit que pour les seules questions venant de procès²⁴²⁸. Le juge ne peut donc pas se saisir de n'importe quel sujet, le législateur conserve ce rôle. Une des raisons qui justifie le pouvoir des juges tient donc dans le fait que pour le processus judiciaire, il n'y a pas de saisine d'office. Le juge se prononce toujours à l'occasion d'un litige concret²⁴²⁹. En effet, le juge ne sera saisi que pour des situations concrètes comme celle de la famille Harmonie. On ne saurait donc estimer, là aussi, que le juge est un législateur en lieu et place des législateurs cantonaux en matière d'aide sociale.

Une autre contrainte évidente vient aussi du texte de la norme elle-même²⁴³⁰. Le texte fournit un cadre qui limite l'interprétation²⁴³¹. Par exemple, l'interprétation littérale et contextuelle est souvent le premier point soulevé par les organes des traités. Le texte d'un traité est considéré comme le point de départ²⁴³². L'interprétation littérale est également parfois utilisée comme argument supplémentaire pour appuyer le résultat d'une interprétation téléologique²⁴³³ ou en combinaison avec d'autres méthodes pour rectifier ou réaffirmer une interprétation²⁴³⁴.

Enfin, nous renvoyons également le lecteur à notre Chapitre 3, II sur les méthodes d'interprétation qui a bien défini le cadre de notre démarche, et

2423 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 32.

2424 DURAND, De l'interprétation des lois ou de la prétendue objectivité des juges, in: Six études d'éthique et de philosophie du droit, (Durand, édit.), Montréal 2006a, p. 55ss, p. 61.

2425 TROPER, 1995, p. 236.

2426 PAPAUX, 2006, p. 171.

2427 MOOR, 1999, p. 56, voir aussi : KOCH, 2006, p. 414.

2428 RICOEUR, 1995, p. 186, de plus, selon CAPPELLETTI, « [c]'est le rôle passif que le tribunal a sur la procédure et non le fait qu'il crée ou non le droit qui fait qu'un tribunal est un tribunal » : CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 70.

2429 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 71.

2430 Selon TROPER, des contraintes résultent notamment de la grammaire du texte : TROPER, 1995, p. 236. Selon DURAND, le juge doit considérer plusieurs facteurs en interprétant comme la formulation du texte : DURAND, 2006a, p. 61. Pour LAJOIE, le pouvoir d'interprétation du juge s'inscrit dans le texte qu'il a à disposition : LAJOIE, La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales in RIEJ 1999 42, 73ss, p. 80.

2431 MOOR, 1999, p. 52 et 58.

2432 SCHLÜTTER, 2012, p. 274.

2433 *ibid.*, p. 276.

2434 *ibid.*, p. 277.

notamment sur la recherche du consensus cantonal. À l'image de la CourEDH qui a souvent invoqué des consensus des États pour justifier ses interprétations²⁴³⁵, notre interprétation est légitimée par la recherche de ce consensus. Ainsi, l'interprétation consensuelle qui veut que le juge ne fasse pas des choix sociaux de portée générale à la place des États membres, spécialement lorsqu'il n'y a pas de consensus sur la question²⁴³⁶, peut également servir de limite et de justification à notre démarche qui, elle, se fonde sur les consensus cantonaux.

(iii) *L'acceptabilité des jugements*

Une autre justification du pouvoir d'interprétation du juge tient dans la notion d'acceptation des décisions judiciaires²⁴³⁷. Pour avoir un jugement acceptable dans une société donnée, il doit prendre en compte les valeurs de cette culture. Celles-là contribuent à la commensurabilité du jugement à la société en garantissant son acceptabilité. L'axiologie doit être liée au droit pour avoir des décisions acceptables²⁴³⁸. Nous le verrons dans la sous-section b traitant de la fonction du contrôle judiciaire, ces valeurs sont tirées également des droits humains.

Cependant, ces valeurs évoluent. Ainsi, le juge a un rôle important pour inclure cette évolution dans l'application de lois ou traités, qui peuvent être anciens. On peut tracer un lien fort avec l'interprétation évolutive introduite au Chapitre 3, II, B, 1, qui a guidé notre thèse. Le législateur ne peut qu'adopter des lois générales et abstraites et n'a d'autre choix, s'il veut les adapter aux circonstances actuelles, que de procéder à des modifications législatives. Le droit doit donc prendre en considération l'évolution des mentalités du peuple²⁴³⁹. Le TF l'admet également en parlant de l'appréciation de l'intérêt public et de la proportionnalité : « *il faut en l'occurrence tenir compte de l'évolution des valeurs éthiques et de la société en général* »²⁴⁴⁰.

2435 *ibid.*, p. 272.

2436 SOREL, 2006, p. 1331, et PÉTERMANN, 2014, p. 36.

2437 Pour RICEUR la décision est soumise à des conditions d'acceptabilité : RICOEUR, 1995, p. 185. Pour LAJOIE, le pouvoir d'interprétation du juge dépend des attentes de la communauté juridique, voire même de la société en entier : LAJOIE, 1999, p. 80. Pour CAPPELLETTI, les mots ont un sens généralement accepté qui ne permet pas n'importe quelle interprétation au risque d'être rejetée : CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 34. Pour Papaux, l'acceptabilité limite le pouvoir du juge. On ne peut évidemment pas faire dire tout ce que l'on voudrait au texte, au risque d'être inacceptable dans une culture donnée : PAPAUX, 2006, p. 157-158.

2438 PAPAUX, 2006, p. 186.

2439 DURAND, 2006b, p. 45

2440 Par exemple : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 119 Ia 460 ; JdT 1995 I 586 22 décembre 1993, consid. 5d.

On comprend alors l'obligation de motiver²⁴⁴¹ découlant de l'exigence d'acceptabilité²⁴⁴². C'est-à-dire que, pour qu'une décision soit acceptable, elle doit être motivée également au vu des valeurs de la société²⁴⁴³. L'obligation de motiver légitime et justifie le pouvoir des juges. Ils doivent expliquer leurs décisions pour convaincre l'opinion publique du bien-fondé de leur argumentation, pour montrer qu'elle n'est pas arbitraire²⁴⁴⁴. Les solutions des juges doivent être considérées comme acceptables par la population. Cette contrainte permet de justifier un pouvoir d'interprétation large des juges. Mais l'acceptabilité peut constituer également une forme de légitimité. MARTENS cité par ALLARD et VAN WAEYENBERGE le dit très bien : « *[c'est par la qualité de ses appréciations, la mesure de ses censures, l'acceptabilité de ses motifs que le pouvoir juridictionnel établira la légitimité de son contrôle]* »²⁴⁴⁵.

L'acceptabilité constitue donc non seulement une justification et une légitimation du pouvoir d'interprétation du juge comme finalité du jugement, mais aussi en tant qu'elle limite l'éventuel arbitraire du juge. Ce dernier ne peut pas interpréter n'importe comment, il doit retenir un sens que le lecteur raisonnable pourrait également comprendre²⁴⁴⁶. Il convient d'avoir à l'esprit que cette acceptabilité n'est toutefois pas une acceptation : le droit ne doit pas suivre dans tous les cas les opinions du peuple, mais se doit de conserver une normativité²⁴⁴⁷. Cette normativité s'agissant du respect des droits humains, peut être garantie, face au législateur par la justice constitutionnelle, comme nous le verrons dans la sous-section 2.

(iv) *Le dernier mot*

Finalement, nous pouvons rappeler en guise de légitimation de notre deuxième mode d'intégration normative que, si le peuple n'est pas d'accord avec une telle avancée, le juge n'a pas le dernier mot. Si la décision des juges paraît trop opposée à l'opinion publique, ou qu'une de leur interprétation semble

2441 CÔTÉ, *Le sens en droit : entre vérité et validité*, in RIEJ 1999 42, 7ss, p.10.

2442 PAPAUX, 2006, p.158.

2443 *ibid.*, p.190.

2444 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 89-90.

2445 ALLARD et VAN WAEYENBERGE, *De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*, in RIEJ 2008 61, 109ss, p. 127. C'est également l'avis d'ALLARD et VAN WAEYENBERGE : la légitimité des juges vient de la qualité de leurs décisions.

2446 CÔTÉ, 1999, p.9.

2447 PAPAUX, 2006, p. 189, voir aussi au sujet de la justice constitutionnelle : FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, in *Revue internationale de droit comparé* 1994 46(2), 557ss, p. 580

inacceptable, une réforme constitutionnelle est possible²⁴⁴⁸. Nous pourrions aussi penser à une dénonciation des traités internationaux. Il convient de préciser, toutefois, qu'une dénonciation des Pactes de l'ONU n'est pas possible selon l'art. 56 CVT. En effet, aucun de ces instruments ne prévoit une dénonciation. S'agissant de la CEDH, elle est possible au sens de l'art. 58 CEDH, mais reste peu probable au vu des conséquences politiques graves sur le plan international²⁴⁴⁹.

Il n'en demeure pas moins qu'en général les juges n'ont pas le dernier mot. Des modifications législatives, voire constitutionnelles restent possibles. Le contrôle du juge, même d'un juge constitutionnel, n'est donc pas une solution définitive inscrite dans le marbre, mais plutôt un « *aiguillage* ». Cette affirmation fonde la légitimité de la justice constitutionnelle. Le juge dit simplement qu'une réforme législative n'est pas possible et qu'il faut passer par une révision de nature constitutionnelle²⁴⁵⁰, voire une dénonciation d'un traité. Par exemple au sujet du Pacte ONU I si le peuple suisse était totalement opposé à toute justiciabilité des droits humains propre à entraîner une harmonisation des lois cantonales de l'aide sociale, libre à lui d'entamer une procédure de modification de la Constitution précisant ce souhait. Même si le PIDESC ne peut pas être dénoncé, une telle modification devra être prise en compte lors de l'interprétation que les juges feront de ce traité. Les juges resteraient liés par ce traité, mais seraient sans doute contraints d'en faire une interprétation restrictive allant dans le sens de la volonté populaire. On retrouve le critère d'acceptabilité précédemment évoqué²⁴⁵¹. Nous ne sommes donc pas soumis au gouvernement des juges. Cette possibilité est ainsi une forme de légitimité de la justice constitutionnelle et du pouvoir du juge²⁴⁵².

Comme le dit VEDEL, la loi n'exprime la volonté générale que dans le cadre de la Constitution²⁴⁵³ ou dans notre cas du droit supérieur. Les traités ont force dérogatoire par rapport aux lois cantonales. Enfin, même si une dénonciation du PIDESC est impossible, cela ne remet pas en cause cet argument. En effet, comme le dit FAVOREU : « *cela [le] confirme au contraire, dans la mesure où la plus grande difficulté à obtenir un tel consentement est voulue et*

2448 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 91

2449 Le CF le rappelle par exemple ici : CONSEIL FÉDÉRAL, Avis concernant l'interpellation n°13.3237 déposée au Conseil national par Brunner T., Dénonciation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 15 mai 2013, (site web, dernière consultation le 16 avril 2020), § 7.

2450 FAVOREU, 1994, p. 578.

2451 Cf. la sous-section précédente.

2452 VEDEL, Schengen et Maastricht (à propos de la décision 91-294 dc du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991), in *Revue française de droit administratif* 1992 8, 173ss, p. 180.

2453 *ibid.*, p. 179.

*souhaitée dès lors qu'il s'agit de décisions graves et importantes. (...) si la loi constitutionnelle est trop facilement votée, cela signifie que la justice constitutionnelle sera corrélativement affaiblie dans la mesure où trop facilement neutralisable, le contrôle de constitutionnalité n'aura plus aucune efficacité*²⁴⁵⁴. On retrouve ici l'exigence de normativité des droits humains. Pour une protection forte de ces droits, des modifications constitutionnelles ou des dénonciations des traités doivent être limitées, difficiles, voire impossibles.

b. La justice constitutionnelle comme légitimité du contrôle du juge

La dernière justification ou légitimité du contrôle du juge est la plus importante. Elle tient dans sa fonction de justice constitutionnelle. Le pouvoir de contrôle du TF renvoie à la notion de justice constitutionnelle. Il faut comprendre la justice constitutionnelle comme « *toute procédure judiciaire de contrôle de la constitutionnalité des actes étatiques* »²⁴⁵⁵. Cette notion se rapporte à la fonction de juger et non à un tribunal spécifique comme une Cour suprême. Chaque fois qu'un tribunal examine la constitutionnalité d'un acte, à l'image du contrôle des droits fondamentaux, il exerce une fonction de justice constitutionnelle²⁴⁵⁶. La fonction de la justice constitutionnelle est donc celle de contrôler le respect de la Constitution²⁴⁵⁷. Il y a deux aspects fondamentaux liés à cette fonction : elle permet un contrôle des actes de l'État²⁴⁵⁸ et vient à l'appui des droits des citoyens²⁴⁵⁹. Ces deux aspects seront traités respectivement aux Sous-sections (i) et (ii).

(i) *Le contrôle des activités de l'État*

Le contrôle des activités de l'État permet d'aborder deux notions importantes pour la légitimité d'un contrôle judiciaire dans le cadre de notre thèse : le principe des « *checks and balances* » et celui du « *thick conception of rule of law* ».

(1) *Le principe des « checks and balances »*

Une justification du pouvoir d'interprétation du juge tient d'abord dans la notion du « *checks and balances* ». Pour comprendre cette notion, il faut d'abord mentionner que le droit législatif a beaucoup augmenté et que l'exécutif a pris

2454 FAVOREU, 1994, p. 580.

2455 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 637, voir aussi : HOTTELIER, 2020, p. 1095

2456 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 638.

2457 HOTTELIER, 2020, p. 1101

2458 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 82ss.

2459 CAPPELLETTI et DAVID, Montesquieu abandonné ? Développement et légitimité de la « justice constitutionnelle », in : Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé, (Cappelletti, éd.), Aix-en-Provence, Paris 1990b, p. 249ss, p. 279.

énormément de place durant le 20^{ème} siècle²⁴⁶⁰. Le rôle accru du pouvoir législatif et exécutif dans nos sociétés exige un accroissement du pouvoir judiciaire. Celui-ci peut se traduire par une reconnaissance d'un pouvoir créateur de droit pour avoir des pouvoirs équilibrés²⁴⁶¹. Selon CAPPELLETTI, éminent juriste italien : « [*l'accent nouveau sur le pouvoir créateur du juge*] s'explique et se justifie aisément, lorsque l'on a reconnu que le pouvoir judiciaire avait vu son rôle croître en raison de (ou parallèlement à) la croissance, des autres branches de l'État moderne²⁴⁶². En effet, la séparation classique des pouvoirs est un idéal qui peut affaiblir le pouvoir judiciaire. Or, dans le but de protéger efficacement les droits humains, un pouvoir judiciaire fort est nécessaire afin de contrebalancer le législatif et l'exécutif²⁴⁶³. Le rôle du droit judiciaire doit ainsi prendre de l'importance et c'est là que la notion de « *checks and balances* » intervient pour établir un contrepoids ou une limite nécessaire à l'équilibre des pouvoirs²⁴⁶⁴.

Cette vision de la séparation des pouvoirs n'est pas la même que celle de MONTESQUIEU²⁴⁶⁵, qui est considéré comme le théoricien de ce concept²⁴⁶⁶. Il constitue le prolongement ou la continuité de la théorie classique. Elle vise une balance et un contrôle des pouvoirs²⁴⁶⁷. Dans cette théorie un rôle important est prévu pour les tribunaux afin de contrôler l'action du législateur et de l'exécutif. Le contrôle des actes de l'État doit en effet être confié au juge, organe indépendant, pour être efficace²⁴⁶⁸. L'accès au juge permet de mettre en place ce contrepoids à une éventuelle trop grande puissance du législateur ou du gouvernement, pour protéger, notamment, les minorités²⁴⁶⁹. La justice constitutionnelle est pour CAPPELLETTI : « *le contrôle de la limitation par des normes constitutionnelles du pouvoir de ceux qui gouvernent* »²⁴⁷⁰. Cet aspect du contrôle renvoie également à un aspect vertical de la doctrine du « *checks and balances* » instituant un contrôle respectif et mutuel entre entité fédérée et État fédéral²⁴⁷¹. Dans ce contexte elle permet de mettre en œuvre

2460 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 48-49.

2461 CAPPELLETTI et DAVID, 1990c, p. 241.

2462 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 56-57.

2463 *ibid.*, p. 54-56.

2464 *ibid.*, p. 28-29, MARTENET, 2020, p. 1001-1002.

2465 CAPPELLETTI et DAVID, 1990c, p. 219.

2466 MARTENET, 2020, p. 1000.

2467 *ibid.*, p. 1005.

2468 CAPPELLETTI et DAVID, 1990b, p. 261-262.

2469 FAVOREU, 1994, p. 559-560.

2470 CAPPELLETTI et DAVID, 1990b, p. 251-252.

2471 MARTENET, 2020, p. 1005.

« la règle d'arbitrage essentielle (...) à la cohérence de la structure fédérale » : l'art. 49 Cst²⁴⁷².

Ensuite, la Commission Internationale de Juristes souligne que la théorie du « *checks and balances* » devrait également s'appliquer aux droits humains traditionnellement considérés comme DESC, puisqu'ils permettent de garantir une meilleure participation démocratique des plus démunis²⁴⁷³. Or, la démocratie n'est pas une dictature de la majorité, mais la majorité doit respecter les droits humains des minorités : « (...) [elle] ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »²⁴⁷⁴. Ainsi, la démocratie suppose la participation la plus large possible de tous les groupes de la population. HÄNNI, Professeur honoraire à l'Université de Fribourg, le rappelle : « les possibilités de participation à la vie politique sont d'une importance capitale pour toute la population et en particulier pour des groupes moins privilégiés, qui ne disposent pas d'un degré d'organisation leur permettant de faire facilement usage de leurs droits »²⁴⁷⁵. De même, les personnes en situation de pauvreté ont une influence plus modeste que d'autres groupes de la population dans le système actuel²⁴⁷⁶. Une des principales recommandations des Nations Unies s'agissant des droits humains des personnes en situation de pauvreté est la participation de celles-ci au processus démocratique²⁴⁷⁷. Ainsi, la démocratie demande par principe une participation²⁴⁷⁸ qui est améliorée lorsque les personnes en situation de pauvreté voient leurs droits humains mis en œuvre correctement²⁴⁷⁹. Par exemple, une bonne éducation permet une meilleure connaissance du système politique et donc une meilleure participation démocratique des plus démunis²⁴⁸⁰.

2472 HOTTELIER, 2020, p. 1102.

2473 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 82ss.

2474 COURED'H, Affaire Young, James et Webster, n°7601/76 et n°7806/77, 13 août 1981, § 63.

2475 HÄNNI, Nature et objectifs d'une Constitution cantonale, in Revue fribourgeoise de jurisprudence 2000, 123ss, p. 132.

2476 GRAHAM, RESTIFO, NELSON, ATD QUART MONDE et FRANCISCAINS INTERNATIONAL, Faire des droits de l'homme une réalité pour les personnes vivant dans l'extrême pauvreté, Manuel pour la mise en oeuvre des Principes directeurs des Nations Unies sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, Genève 2015, p. 17.

2477 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, § 37-41.

2478 CAPPELLETTI et DAVID, 1990b, p. 274.

2479 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 83ss.

2480 Sur le lien entre éducation et participation des personnes en situation de pauvreté voir : CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/21/39, § 38.

Ainsi le pouvoir judiciaire peut contrôler l'activité des législateurs cantonaux, ce qui est particulièrement important pour l'aide sociale face aux dérives constatées et au vu de l'importance fondamentale des droits humains en jeu pour les individus et leurs places dans la démocratie suisse. Un rôle fort du pouvoir judiciaire peut permettre une harmonisation des lois cantonales d'aide sociale lorsqu'elle est exigée par les garanties internationales des droits humains au sens de notre démonstration tout en améliorant la cohérence du système fédéral suisse et la participation démocratique des plus démunis. La justice constitutionnelle permet de comprendre le principe de la séparation des pouvoirs, non plus comme un écueil à notre démonstration, mais comme une légitimation. Le contrôle entre organes de l'État (horizontalement et verticalement) pour une meilleure mise en œuvre des droits humains est ainsi légitimé par le principe du « *checks and balances* » pour lequel la justice constitutionnelle joue un rôle central. De plus, nous nous sommes contenté d'étudier le minimum des droits humains en matière d'aide sociale. Cela permet d'avoir un impact modeste sur la séparation des pouvoirs puisque le contrôle du juge ne s'opère que dans des cas extrêmes de manque²⁴⁸¹.

(2) *La notion du « thick conception of the rule of law »*

Une autre justification du pouvoir d'interprétation du juge se rattache à la notion du « *thick conception of the rule of law* ». Pour la comprendre, il faut premièrement parler du risque de dérives induit par un manque de contrôle judiciaire. Nous l'avons vu, bon nombre de cantons souhaitent réduire leurs prestations sociales. Les plus vulnérables ont donc besoin de protection face aux actions de ces législateurs. Pour CAPPELLETTI, si le pouvoir politique n'est pas soumis à des contrôles cela peut conduire à ces dérives que peut éviter le contrôle en matière de constitutionnalité (ou de conventionalité) des lois²⁴⁸². Ces considérations renvoient au danger d'une conception legaliste du droit qui prône que les lois sont justes parce qu'elles sont prescrites, sans autres considérations, de valeurs ou de principes²⁴⁸³. Le pouvoir d'interprétation des juges est nié pour éviter une influence de valeurs idéologiques dans le droit²⁴⁸⁴.

2481 Pour un même avis voir : YOUNG, 2008, p. 160, ou CHOWDHURY, 2009, p. 21ss, qui explique qu'une approche basée sur le noyau dur, assortie de délai à l'État pour s'exécuter, peut pallier ces craintes.

2482 CAPPELLETTI et DAVID, 1990b, p. 251-252, CAPPELLETTI et DAVID, 1990c, p. 226.

2483 Sur la notion de juste parce que prescrit du legalisme voir : PAPAUX, 2006, p. 158, note de bas de page n°145, PAPAUX, Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction, Paris, Zurich, Bruxelles 2002, p. 75, KOLB, Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public, Bruxelles 2006, p. 1, note de bas de page n°1.

2484 KOLB, 2006, p. 1, note de bas de page n°1.

Ils deviennent ainsi uniquement les « *bouches de la loi* »²⁴⁸⁵ pour éviter le prétendu arbitraire des juges²⁴⁸⁶ et pour satisfaire au principe strict de la séparation des pouvoirs tel que MONTESQUIEU l'avait imaginée²⁴⁸⁷. Ce danger se concrétise lorsque les droits humains ne sont pas garantis par des textes contraignants. Obéir à la loi nationale parce qu'elle est la loi, sans considération pour les droits humains, a donné lieu à de graves dérives. On pense notamment aux périodes où l'affirmation d'une autosuffisance de la loi a donné lieu aux dictatures européennes du milieu du 20^{ème} siècle. Il est devenu important de mettre ce que l'on considérerait juste, notamment les droits humains, hors de portée du législateur²⁴⁸⁸. Les droits humains sont désormais prévus par des textes de droit positif contraignants pour pallier ce risque et permettre au juge de se faire aussi la « *bouche* » de ces droits humains et des valeurs qu'ils véhiculent. Les valeurs de notre société telles que celles des droits humains doivent être présentes dans le système juridique. Nous suivons DURAND lorsqu'il écrit, que : « [...] *les lois servent de moyens face aux finalités que sont les valeurs* »²⁴⁸⁹. On ne peut plus uniquement se fonder sur la sagesse d'un parlement ou la possibilité qu'il a de s'autocontrôler. Il peut édicter des lois insatisfaisantes, voire contraires à la constitution. Un contrôle de ces lois nationales est donc nécessaire²⁴⁹⁰.

Cette volonté de couper le droit des valeurs renvoie à la notion de la conception épaisse de l'État de droit (*thick conception of the rule of law*). Face à elle, on oppose la notion de la conception mince de l'État de droit (*thin conception of the rule of law*). Ces formulations sont reprises de la contribution de SCHMID qui explique que : « [*a*] 'thick' or substantive conception of the rule of law is one which not only deals with formalist attributes of a legal framework, but also with substantive notions of justice, such as equality or dignity » et que : « [*a*] 'thin' or minimal conception of the rule of law is one which emphasises the rule of law's formal and structural components, such as rules, legal processes and procedures regularly followed »²⁴⁹¹. Or, selon cette auteure, donner

2485 PAPAUX, 2006, p. 206-207, voir aussi : CAPPELLETTI et DAVID, 1990b, p. 260.

2486 KOLB, 2006, p. 18.

2487 SPITZ, L'acte de juger, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1995 111, 289ss, p. 293.

2488 FAVOREU, 1994, p. 558, voir aussi : MARTENS, Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte, in : *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, (Bruylant, édit.), Bruxelles 2000, p. 561ss, p. 577.

2489 DURAND, 2006b, p. 42.

2490 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 65, FAVOREU, 1994, p. 557, MARTENET, 2020, p. 1017

2491 SCHMID, 2012, p. 60, qui cite : STROMSETH, BROOKS et WIPPMAN, *Can Might Make Rights? Building the Rule of Law after Military Interventions*, Cambridge 2006, p. 68ss.

la possibilité aux tribunaux de contrôler le respect des valeurs défendues par les droits humains est un moyen pour aller vers une notion plus épaisse de l'État de droit²⁴⁹². En incluant les droits particulièrement importants pour les personnes en situation de pauvreté dans la notion d'État de droit et en permettant le contrôle des lois selon ces valeurs, cela pourrait permettre d'éviter des dérives similaires à celles que nous avons mentionnées ou, comme l'explique SCHMID celles engendrées par l'apartheid en Afrique du Sud telles que l'extrême pauvreté, les inégalités et les discriminations²⁴⁹³.

Même si dans notre domaine ce danger de dérive est sans doute peu réaliste, ces considérations permettent de faire face à une difficulté bien présente en matière d'aide sociale : la cohérence du cadre normatif. Le contrôle du juge permet d'améliorer la cohérence du cadre normatif dans des cantons où le législateur négligerait de prendre en compte le droit international. Au vu des volontés de nombreux parlements cantonaux de réduire l'aide sociale, ce risque de manque de cohérence est actuel. En incluant dans notre système juridique une possibilité de contrôle de valeurs sociales des droits humains, nous pouvons, même si un risque d'apartheid est peu probable, au moins améliorer la cohérence de la situation juridique des plus démunis.

(ii) *L'appui au droit des citoyens*

On l'a vu, une justice forte est une condition au respect des droits humains²⁴⁹⁴ et permet de contrôler que les activités de l'État soient prévisibles et justes²⁴⁹⁵. La justice constitutionnelle a aussi pour mission la garantie des droits fondamentaux ou humains. C'est souvent seulement à travers la jurisprudence que les droits humains parviennent à avoir un effet sur l'ordre juridique²⁴⁹⁶. Reconnaître un pouvoir d'interprétation large au juge, c'est-à-dire un pouvoir plus conséquent de contrôle, lui permet d'assurer cette mission²⁴⁹⁷. Ainsi, la justice constitutionnelle permet de contribuer à la mise en œuvre des droits des citoyens et est de cette manière un appui important pour ces droits.

Cette affirmation est renforcée par le mandat général de réalisation des droits fondamentaux prévu à l'art. 35 Cst. En effet, les droits fondamentaux constituent des valeurs qui doivent être mises en œuvre dans l'ensemble du système juridique²⁴⁹⁸. Ce ne sont donc pas uniquement des droits subjectifs

2492 SCHMID, 2012, p. 65-66.

2493 *ibid.*, p. 80.

2494 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 55.

2495 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 640.

2496 *ibid.*, p. 640.

2497 CAPPELLETTI et DAVID, 1990a, p. 49.

2498 WALDMANN, 2015d, § 2, AUBERT et MAHON, 2003, p. 312, CONSEIL FÉDÉRAL, 1996, p. 194.

spécifiques, mais les droits fondamentaux ont également une nature objective de valeur fondamentale²⁴⁹⁹. L'al. 1 de l'art. 35 Cst. est ainsi l'expression de la fonction constitutionnelle et institutionnelle des droits fondamentaux qui demande que les valeurs sous-jacentes à ces droits « rayonnent » dans l'ensemble du système juridique²⁵⁰⁰. L'art. 35 al. 1 Cst. couvre non seulement les libertés, mais également les autres droits inscrits aux art. 7 à 34 et les droits humains internationaux en tant qu'ils sont couverts par la Constitution²⁵⁰¹. Nous l'avons vu au Chapitre 8, les obligations internationales des cantons dans le domaine de l'aide sociale sont appuyées par de nombreux mandats législatifs prévus aux art. 7 à 34 de la Constitution. Elles sont ainsi couvertes par l'art. 35 al. 1 Cst. La justice constitutionnelle pourrait permettre de diffuser les valeurs des droits fondamentaux dans les autres branches du droit²⁵⁰² comme celui de l'aide sociale. La justice constitutionnelle est donc un appui important pour les droits des citoyens.

Cette réalisation effective des droits fondamentaux est d'ailleurs un principe fondamental de l'ordre juridique suisse à côté de la démocratie et du fédéralisme²⁵⁰³. Cette réalisation effective des droits fondamentaux peut être assurée au niveau fédéral par le TF²⁵⁰⁴. Elle permet ainsi de souligner l'importance d'un des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse face à un autre : le fédéralisme. C'est aussi là que réside la légitimité de la justice constitutionnelle et par là, la légitimité du pouvoir d'interprétation du juge, dans la protection des droits humains²⁵⁰⁵. Le contrôle par les juges permet ainsi la préservation des valeurs que la société veut garantir²⁵⁰⁶. Or, ces valeurs nous l'avons montré comprennent aussi des minimums de droits sociaux.

III. Et si le Tribunal fédéral suivait notre argumentation ?

Avant de traiter du mot de la fin en dernière section, nous allons proposer ici un exemple de décision que pourrait rendre le TF s'il suivait notre argumentation.

2499 WALDMANN, 2015d, § 9.

2500 *ibid.*, § 11, par exemple en matière d'assurance invalidité : TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 126 V 70, 22 mai 2000, consid. 4c, cc.

2501 WALDMANN, 2015d, § 12, SCHWEIZER, 2014c, § 6.

2502 FAVOREU, 1994, p. 569.

2503 WALDMANN, 2015d, § 11.

2504 SCHWEIZER, 2014c, § 27.

2505 CAPPELLETTI et DAVID, 1990b, p. 254.

2506 *ibid.*, p. 274.

Nous venons de le dire, selon l'art. 35 al.1 Cst., les droits fondamentaux sont des valeurs qui doivent être mises en œuvre dans l'ensemble du système juridique²⁵⁰⁷. Mais comment cette mise en œuvre se met-elle en place concrètement dans les situations abordées par notre thèse²⁵⁰⁸? Nous allons reprendre l'exemple de notre famille Harmonie cité en introduction²⁵⁰⁹ et allons confronter sa situation à nos résultats pour illustrer concrètement l'effet des droits humains et montrer le potentiel d'harmonisation d'une décision du TF. Nous exposerons deux situations de fait²⁵¹⁰. L'exemple d'introduction sera adapté pour mettre en évidence nos résultats de manière plus claire. Ces deux situations correspondront à deux étapes différentes de la vie de Madame Harmonie. En Sous-section A, Madame Harmonie ne travaille pas encore et n'a pas encore eu son enfant. En Sous-section B, elle a eu son enfant et travaille à temps partiel. Nous présenterons une brève synthèse de ces deux situations en Sous-section C. Enfin, sur cette base, nous exposerons, dans une Sous-section D, la situation où Madame Harmonie dépose un recours au TF.

La réalisation des droits humains concerne en premier lieu les autorités en charge de l'élaboration des règles de droit comme l'exécutif ou le législateur²⁵¹¹. Dans l'ensemble de ces trois sous-sections, nous allons confronter les lois et ordonnances de deux cantons (VD et GE) à nos résultats pour déterminer si oui ou non les autorités en charge de l'élaboration de ces règles ont réalisé de manière raisonnable les droits humains internationaux. La présentation de ces deux régimes cantonaux permettra d'illustrer l'importance de notre question de recherche qui est, rappelons-le, l'harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale.

A. Première situation : Madame Harmonie ne travaille pas et n'a pas encore d'enfant

Nous allons adapter l'exemple de Madame Harmonie cité en introduction. La première situation correspond à une étape spécifique de la vie de l'intéressée. Elle n'a pas encore d'activité salariée et doit demander l'aide sociale. Elle

2507 WALDMANN, 2015d, § 2, AUBERT et MAHON, 2003, p. 312, CONSEIL FÉDÉRAL, 1996, p. 194.

2508 Sur la manière dont s'opère la réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse en général, voir : MARTENET, 2011, p. 243ss.

2509 Cf. Introduction, III.

2510 Il est important de préciser que ces exemples et calculs ne sont là que pour illustrer notre argumentation et se basent uniquement sur les principes législatifs et réglementaires des ordres juridiques cantonaux. Ils sont donc simplifiés pour permettre cette illustration. Ils ne reflètent que partiellement la situation d'une personne réelle.

2511 MARTENET, 2011, p. 244.

n'a pas encore accouché et n'est qu'au début de sa grossesse. À la suite de son divorce, elle doit déménager soit en ville de Genève soit à Lausanne dans le canton de Vaud. Elle souhaite vivre dans un deux-pièces (sans cuisine) et par hypothèse elle trouve un logement non subventionné au niveau des loyers moyens du canton en collocation avec une autre personne qu'elle ne connaît pas. Elle divise donc ses frais de loyer par deux. À Genève les loyers moyens pour un tel logement pour les nouveaux locataires atteignaient en 2019 1'513 francs par mois²⁵¹². Dans le canton de Vaud, en 2017, les loyers moyens pour ce type de logement étaient de 1'039 francs par mois²⁵¹³. Elle n'a pas d'autre charge que ses frais d'entretien pour sa famille et son loyer (pas de charges locatives, pas de frais médicaux et ses primes d'assurance maladie sont totalement prises en charge par des subsides). Ses coûts d'entretien correspondent à la couverture statistique des besoins vitaux des ménages suisses pour un montant de 1'095 francs pour une personne²⁵¹⁴. Elle n'a pas non plus de fortune, ni d'autres revenus. Par souci de simplification et pour mieux comparer les situations des deux cantons, elle ne touche pas non plus de prestations circonstanciées. Prenons encore l'hypothèse qu'à la suite de son établissement dans ces cantons, elle refuse un travail convenable et elle fait l'objet d'une décision la sanctionnant au maximum prévu par la loi. Nous traiterons d'abord du régime vaudois, puis celui du canton de Genève.

1. Madame Harmonie déménage dans le canton de Vaud

Premièrement, il nous faut aborder les différents postes de l'aide sociale au sens strict. Dans le canton de Vaud, s'agissant du montant du forfait pour l'entretien, Madame Harmonie sera soumise au régime spécifique applicable aux jeunes adultes²⁵¹⁵. Elle touchera 789 francs pour ce poste²⁵¹⁶. Par rapport aux

2512 OFFICE CANTONAL DE LA STATISTIQUE DU CANTON DE GENÈVE, Niveau des loyers, résultats 2019, 2019, (site web, dernière consultation le 22 octobre 2020), p. 1.

2513 STATISTIQUE VAUD, RS - Loyer moyen des logements occupés selon le nombre de pièces, Vaud, 2011-2017, 2019, (site web, dernière consultation le 22 octobre 2020).

2514 Le montant statistique des besoins vitaux était en 2015 de 1'082 francs pour une personne : CSIAS, 2019a, p. 2, CSIAS, 2017a, p. 5, OFS, 2015, p. 9. Le renchérissement du coût de la vie déterminé par l'OFS par rapport à décembre 2015 est de 1.2% en septembre 2020 : OFS, Indice suisse des prix à la consommation en septembre 2020, Les prix à la consommation sont restés stables en septembre 2020, (site web, dernière consultation le 23 octobre 2020). Ce qui nous donne un montant de 1'095 francs (10,82 x 101,2).

2515 VD, Loi sur l'action sociale vaudoise (LASV), RS cantonal n°850.051, art. 31 al. 2bis.

2516 VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art. 22 al. 1, let. f, VD, Barème du revenu d'insertion, Annexe 1 au Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise.

frais de loyer, elle obtiendra au maximum 650 francs²⁵¹⁷. Les coûts totaux de son logement seront donc couverts, soit 519.50 francs. Deuxièmement, nous devons aborder les sanctions. Le Canton de Vaud prévoit de réduire de 30% au maximum le forfait entretien²⁵¹⁸. Madame Harmonie se verra donc infliger une sanction de 237 francs²⁵¹⁹.

Nous pouvons désormais établir le budget de Madame Harmonie dans le canton de Vaud :

| Postes | Revenus | Charges |
|---|-----------------|-----------------|
| Aide sociale au sens strict : entretien | 789.– | |
| Aide sociale au sens strict : loyer | 519.50 | |
| Frais d'entretien | | 1'095.– |
| Loyer | | 519.50 |
| Sanction | -237.– | |
| Total | 1'071.50 | 1'614.50 |

Madame Harmonie se retrouve donc dans une situation délicate avec près de 543 francs par mois de découvert par rapport à la couverture de son loyer et de ses besoins vitaux. On voit par cet exemple l'impact important qu'ont les éventuelles sanctions et l'application d'un régime spécifique aux jeunes adultes sur la couverture du minimum vital. Nous pouvons désormais aborder le régime juridique du canton de Genève.

2. Madame Harmonie déménage dans le canton de Genève

Dans le canton de Genève également, Madame Harmonie sera soumise au régime spécifique des jeunes adultes²⁵²⁰. À Genève elle touchera un montant de 331 francs pour le poste du forfait pour l'entretien²⁵²¹, de 90 francs d'argent de poche²⁵²² et de 36 francs pour ses habits²⁵²³. Pour payer son loyer, elle

2517 VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art. 22 al. 1, let. f, VD, Barème du revenu d'insertion, Annexe 1 au Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise.

2518 VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art. 45.

2519 Pour les calculs de la présente section, nous arrondissons au demi-franc supérieur.

2520 GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, art. 14 al. 1.

2521 *ibid.*, art. 19 al. 2 let. a. Nous ne prenons en compte que les prestations financières de cette aide et nous laissons de côté les quelques prestations en nature.

2522 *ibid.*, art. 19 al. 2 let. b.

2523 *ibid.*, art. 19 al. 2 let. c.

recevra un montant de 800 francs par mois au maximum²⁵²⁴. Son loyer qui est de 756.50 francs par mois sera intégralement couvert.

Deuxièmement, il nous faut parler des sanctions. Genève va jusqu'à prévoir une suspension totale des prestations, en cas de refus de collaborer, d'entrer dans une démarche d'insertion ou de recherche d'emploi²⁵²⁵. Comme Madame Harmonie a refusé un travail convenable, elle ne recevra donc aucune prestation. Si elle accepte de reprendre ses recherches d'emploi, l'aide pourra être rétablie²⁵²⁶.

Nous pouvons désormais établir le budget de Madame Harmonie dans le canton de Genève :

| Postes | Revenus | Charges |
|---|------------|----------------|
| Aide sociale au sens strict : entretien | 457.- | |
| Aide sociale au sens strict : loyer | 756.50 | |
| Frais d'entretien | | 1'095.- |
| Loyer | | 756.50 |
| Sanction | -1'213.50 | |
| Total | 0.- | 1851.50 |

Madame Harmonie se retrouve dans une situation encore plus délicate que dans le canton de Vaud en cas de sanction, puisqu'elle ne recevra aucune aide. Même si Madame Harmonie accepte de reprendre ses recherches d'emploi elle devra faire face à un découvert de 638 francs par mois par rapport à la couverture de son loyer et de ses besoins vitaux.

B. Deuxième situation : Madame Harmonie travaille à temps partiel et vit avec son enfant

Cette fois-ci nous allons prendre la situation de Madame Harmonie à une autre étape de sa vie. Elle vit seule avec son fils âgé de moins de six ans dont elle a obtenu la garde. Le juge lui accorde une pension de 700 francs par mois pour son enfant. Le père ne paie pas la pension alimentaire. Elle travaille à temps partiel à 35% et gagne 1'550 francs net par mois sur douze mois. Comme dans

²⁵²⁴ *ibid.*, art.19 al.2 let.e.

²⁵²⁵ GE, Loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal n°J 4 04, art.35, GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, art.14 al.4.

²⁵²⁶ GE, Règlement d'exécution de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, RS cantonal, n°J 4 04.01, art.14 al.5.

le premier exemple, elle n'a pas d'autres revenus. Suite à son divorce, elle doit déménager. La famille souhaite vivre dans un deux-pièces. À Genève, les loyers moyens pour un tel logement pour les nouveaux locataires atteignaient en 2019 1'513 francs par mois²⁵²⁷. Dans le canton de Vaud, en 2017, les loyers moyens pour ce type de logement étaient de 1'039 francs par mois²⁵²⁸. Suivant le même principe que dans le premier exemple, ses besoins vitaux correspondent aux coûts statistiques des besoins vitaux qui équivalent à un montant de 1'625 francs pour deux personnes²⁵²⁹. Elle doit faire garder son enfant un jour par semaine ce qui lui coûte 500 francs par mois, mais n'a pas d'autres frais.

1. Madame Harmonie déménage dans le canton de Vaud

Premièrement, il faut se demander si elle a le droit aux avances sur contribution d'entretien puisque le père ne paie pas la pension allouée à leur enfant commun. Le canton de Vaud fait dépendre le versement de cette prestation au domicile dans le canton sans aucun délai de carence²⁵³⁰. Pour obtenir une telle aide, Madame Harmonie doit se trouver dans une situation économique difficile²⁵³¹. Les créanciers dont le revenu est inférieur à 29'000 francs perçoivent des avances totales.²⁵³² Comme elle ne gagne que 18'600 francs, elle bénéficiera d'avances totales. Le canton de Vaud fixe le montant maximum de l'ACE à 940 francs pour le premier enfant²⁵³³. Ainsi, Madame Harmonie pourra percevoir la totalité des 700 francs de la pension à titre d'ACE.

Deuxièmement, Madame Harmonie demandera des prestations complémentaires pour famille. Le canton de Vaud fait dépendre l'octroi de ces prestations à un délai de domiciliation dans le canton de 3 ans²⁵³⁴. Comme Madame Harmonie vient de déménager, elle n'y aura pas droit. Toutefois,

2527 OFFICE CANTONAL DE LA STATISTIQUE DU CANTON DE GENÈVE, Niveau des loyers, résultats 2019, p. 1.

2528 STATISTIQUE VAUD, RS - Loyer moyen des logements occupés selon le nombre de pièces, Vaud, 2011-2017.

2529 CSIAS, 2019a, p. 2, CSIAS, 2017a, p. 5, OFS, 2015, p. 9. OFS, Indice suisse des prix à la consommation en septembre 2020, Les prix à la consommation sont restés stables en septembre.

2530 VD, Loi sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires (LRAPA), RS cantonal n°850.36, art. 5.

2531 *ibid.*, art. 9.

2532 VD, Règlement d'application de la loi du 10 février 2004 sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires (RLRAPA), RS cantonal n°850.36.1, art. 4.

2533 *ibid.*, art. 7.

2534 VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art. 3 al. 1 let. a.

pour permettre à notre exemple d'illustrer l'octroi de ces prestations nous partirons du principe que cela fait trois ans qu'elle a son domicile dans le canton de Vaud. Pour bénéficier d'une prestation complémentaire pour famille, ses dépenses reconnues doivent être supérieures à ses revenus déterminants²⁵³⁵. Le montant de la prestation complémentaire annuelle pour familles correspond à la part des dépenses reconnues qui excède les revenus déterminants au cours d'une année civile. Elle est plafonnée pour un enfant de moins de 6 ans au total des montants forfaitaires pour la couverture des besoins vitaux de l'ayant droit et de chaque membre de la famille²⁵³⁶. Selon la législation vaudoise, ses revenus déterminants comprennent les ACE et le revenu de son salaire. Sur ce dernier montant, une franchise de 12% est déduite sur la part excédant le revenu hypothétique fixé à 12'700 francs annuels²⁵³⁷. Dans notre exemple son revenu déterminant sera donc de 1'491 francs (le salaire avec la déduction de la franchise) plus 700 d'ACE, soit 2'191 francs. Son enfant ayant moins de 6 ans, la totalité de ses frais d'entretien sera prise en compte comme dépenses reconnues²⁵³⁸. Par rapport aux frais de loyer, un montant de 1'007 francs est pris en compte au maximum²⁵³⁹. Ainsi, Madame Harmonie touchera une prestation complémentaire d'un montant de 441 francs²⁵⁴⁰. Elle obtiendra en outre le remboursement de ses frais de garde d'un montant de 500 francs²⁵⁴¹.

2535 *ibid.*, art. 3 al. 1 let. c.

2536 *ibid.*, art. 9 al. 1 let. a.

2537 *ibid.*, art. 11 et VD, Règlement d'application de la loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (RLPCFam), RS cantonal n°850.053.1, 17 août 2011b, art. 14.

2538 VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art. 10 qui renvoie à la Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC), RS n°831.30, art. 10 al. 1 let. a et VD, Barème pour besoins vitaux de la famille, Annexe au Règlement d'application de la loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont, 17 août 2011a.

2539 VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art. 10 qui renvoie à VD, Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise (RLASV), RS cantonal n°850.051.1, art. 22 al. 1, let. g, VD, Barème du revenu d'insertion, Annexe 1 au Règlement d'application de la loi du 2 décembre 2003 sur l'action sociale vaudoise.

2540 Son revenu déterminant de 2'191 francs face à ses charges reconnues (1'625 + 1'007) donne une différence de 441 francs.

2541 VD, Loi sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam), RS cantonal n°850.053, art. 14, VD, Règlement d'application de la loi du 23 novembre 2010 sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (RLPCFam), RS cantonal n°850.053.1, art. 31.

La situation dans le canton de Vaud sera la suivante :

| Postes | Revenus | Charges |
|-------------------|----------------|----------------|
| Salaire | 1'550.– | |
| Frais d'entretien | | 1'625.– |
| Loyer | | 1'039.– |
| Garde | | 500.– |
| PCFam | 941.– | |
| ACE | 700.– | |
| Total | 3'191.– | 3'164.– |

Avec cet exemple on voit clairement l'importance des ACE et des PCFam pour les familles telles que celle de Madame Harmonie et de l'importance de ne pas prévoir de délai de carence. En effet, durant les trois premières années dans le canton de Vaud Madame Harmonie ne toucherait que 2'250 francs. Après cette période, sa situation pourra être bien meilleure. Grâce au remboursement des frais de garde et à la franchise sur son revenu, ses dépenses sont totalement couvertes. Nous pouvons nous poser maintenant la question de savoir quel est le régime juridique à Genève.

2. Madame Harmonie déménage dans le canton de Genève

Premièrement, s'agissant des ACE à Genève, le parent doit être domicilié dans le canton depuis un an au moins²⁵⁴². Madame Harmonie n'y a donc pas droit puisqu'elle vient de déménager dans le canton. Comme précédemment, pour pouvoir tout de même illustrer l'octroi de cette prestation nous prendrons l'hypothèse que Madame Harmonie vit à Genève depuis assez longtemps. Selon l'art.5 RARPA, le créancier d'une contribution d'entretien en faveur de son enfant peut bénéficier d'une avance du service si son revenu annuel déterminant ne dépasse pas 125'000 francs²⁵⁴³. Elle y a donc droit. Le montant maximal d'une ACE est fixé à 673 francs par enfant et par mois²⁵⁴⁴. Elle ne touchera donc qu'une partie des 700 francs alloués.

Deuxièmement, s'agissant des prestations complémentaires pour famille, Genève fait dépendre l'octroi à l'exercice d'une activité lucrative à 40% au moins et d'une période de domiciliation d'au moins cinq ans sur le territoire

2542 GE, Loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (LARPA), RS cantonal n°E 1 25, art. 8.

2543 GE, Règlement d'application de la loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (RARPA), RS cantonal, n°E 1 25.01, art. 5.

2544 *ibid.*, art. 4 al. 1.

cantonal²⁵⁴⁵. Même si cela faisait cinq ans qu'elle vivait à Genève, elle n'aurait pas droit à une prestation complémentaire pour famille puisque son taux d'activité lucrative est inférieur à 40%. Comme elle n'est pas bénéficiaire des PCFam, elle n'a pas le droit au remboursement de ses frais de garde²⁵⁴⁶.

Le budget de Madame Harmonie à Genève sera donc le suivant :

| Postes | Revenus | Charges |
|-------------------|----------------|----------------|
| Salaire | 1'550.– | |
| Frais d'entretien | | 1'625.– |
| Loyer | | 1'513.– |
| Garde | | 500.– |
| PCFam | 0 | |
| ACE | 673.– | |
| Total | 2'223.– | 3'638.– |

À Genève, l'application d'un minimum pour le taux d'activité lucrative a de grandes conséquences. Comme Madame Harmonie n'a pas le droit aux PCFam, sa situation est bien plus précaire que dans le canton de Vaud avec 1'415 francs de déficit par mois. Elle sera sans doute dans l'obligation de demander l'aide sociale au sens strict.

C. La synthèse des deux premières situations

Nous avons étudié deux situations auxquelles Madame Harmonie serait confrontée à différentes étapes de sa vie dans deux cantons, Vaud et Genève. Deux constats peuvent être faits après la présentation de ces deux situations. Premièrement, des lacunes de couvertures sont présentes dans les deux situations. Lors de la première situation, des manques de couverture sont visibles dans les deux régimes cantonaux. Dans la seconde situation, c'est dans le canton de Genève que le manque de couverture des besoins vitaux est présent. Deuxièmement, des différences entre les deux régimes cantonaux sont manifestes. Le droit cantonal vaudois permet une meilleure mise en œuvre des droits humains de Madame Harmonie dans les deux exemples. La différence est particulièrement visible dans le deuxième exemple lorsqu'elle touche les PCFam. Grâce à ces prestations, toutes les dépenses de la famille sont couvertes.

2545 GE, Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, art.36a al.1 let.a et c et art.36a al.4 let.a.

2546 *ibid.*, art.36g.

D. Troisième situation : Madame Harmonie fait recours au TF

Pour illustrer le potentiel d'harmonisation de notre argumentation, nous considérerons que Madame Harmonie reçoit une décision fixant les prestations d'aide sociale au sens strict, une décision de sanction pour refus d'un travail convenable et des décisions relatives aux PCFam et ACE dans le canton de Genève²⁵⁴⁷. Elle décide de recourir contre ces décisions. Pour simplifier les explications, nous considérerons que ces recours sont joints et qu'ils font l'objet d'un seul et même examen par les tribunaux. Toutes les instances cantonales lui ont donné tort et n'ont appliqué que le droit cantonal. Elle dépose un ultime recours devant le Tribunal fédéral en reprenant notre argumentation se fondant sur les droits humains internationaux.

Si le Tribunal fédéral suit notre argumentation, il constatera des lacunes et carences du droit cantonal. Cette argumentation impliquera des signaux aux acteurs politiques pour une meilleure mise en œuvre des droits humains. Ainsi, un dialogue entre pouvoir politique et judiciaire s'instaurera²⁵⁴⁸. Le TF pourra, en cas d'admission du recours, procéder à l'annulation de l'acte attaqué, constater une violation d'un droit ou enjoindre à l'autorité d'adopter un acte déterminé lorsque les deux premières possibilités ne permettent pas de rétablir une situation conforme au droit supérieur²⁵⁴⁹.

Mais quel sera le raisonnement du TF ? Un bon exemple pour illustrer le raisonnement que pourra prendre le TF dans notre exemple est l'ATF 116 V 198. Il traite d'une prestation sociale en lien avec du droit cantonal. Il s'agit d'une rente de veuf. Dans cette affaire, le TF a étendu la portée de normes prévoyant des prestations sociales en faveur de particuliers²⁵⁵⁰. Au vu du domaine similaire et du raisonnement extensif, nous pouvons nous inspirer de cet arrêt pour proposer une décision potentielle du TF.

2547 Nous prendrons ce canton en exemple au vu de son régime juridique plus restrictif que celui du canton de Vaud.

2548 MARTENET, 2011, p. 245.

2549 AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, 2013a, p. 772ss.

2550 MARTENET, 2011, p. 257 et TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 V 198, 23 août 1990, consid. II, 2. Il est intéressant de souligner que la problématique des rentes de veufs en rapport avec le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes est encore d'actualité. La CourEDH vient de condamner la Suisse sur le sujet en considérant contraire à l'égalité de traitement le fait de prévoir que les pères s'occupant seuls de leurs enfants après le décès de leur épouse perdent leur rente lorsque leurs enfants ont atteint la majorité alors que les mères dans une telle situation ne la perdraient pas : COUREDH, Affaire B. c. Suisse, n°78630/12, 20 octobre 2020.

1. Le raisonnement de l'ATF 116 V 198

Dans l'ATF 116 V 198, le TF a constaté qu'« une réglementation cantonale selon laquelle une rente de veuf n'est allouée que si l'intéressé dépendait pendant le mariage du soutien économique de son épouse et s'il n'est pas pleinement capable, par la suite, d'exercer une activité lucrative, tandis que le seul décès du conjoint suffit à fonder le droit à une rente de veuve, établit une distinction spécifiquement fondée sur le sexe, non justifiée par des raisons biologiques ou fonctionnelles, et viole, par conséquent, l'égalité de traitement »²⁵⁵¹. Il s'agit de la première étape du raisonnement. Le TF constate ici l'incompatibilité du droit cantonal avec le régime des droits humains. Pour arriver à ce constat, le Tribunal s'est prononcé sur l'interprétation conforme du droit neuchâtelois aux droits humains²⁵⁵². Cette interprétation, nous l'avons dit, peut mener à une application extensive ou restrictive d'une règle de droit²⁵⁵³. Dans l'ATF 116 V 198, le TF a estimé qu'une interprétation de l'égalité de traitement compatible avec le droit cantonal était impossible au vu de la clarté des dispositions²⁵⁵⁴. Après avoir constaté une telle impossibilité d'interprétation conforme, selon les termes du TF, « [i]l reste à examiner (...) quelles conséquences découlent de l'inconstitutionnalité constatée »²⁵⁵⁵. Le Tribunal fédéral doit appliquer des règles de conflits²⁵⁵⁶ pour rendre une décision. Dans les deux types de contrôle (abstrait et concret), les normes cantonales seront écartées (soit annulée, soit privée d'effectivité) au profit du régime des droits humains. Dans l'ATF 116 V 198, le TF a constaté que les conditions d'éligibilité incompatibles avec les droits fondamentaux ne devaient pas être appliquées²⁵⁵⁷.

Dans notre exemple, ce raisonnement pourrait s'appliquer aux conditions d'octroi des PCFam et ACE et le TF pourrait les écarter. Ce raisonnement pourrait également s'appliquer aux sanctions subies par Madame Harmonie. En effet, la constatation de l'inapplicabilité des suppressions totales de l'aide sociale s'apparente fortement à une condition d'éligibilité, puisque dans les deux cas la personne ne touche aucune prestation.

Toutefois, s'agissant du montant du forfait pour l'entretien, la question n'est pas si simple. Si le TF allait plus loin que l'ATF 116 V 198, il déclarerait non

2551 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 V 198, consid. II, 2.

2552 Cf. Ch. 9, I, C, 1, a.

2553 MARTENET, 2011, p. 256-257.

2554 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 V 198, consid. II, 2, b.

2555 *ibid.*, consid. II, 3.

2556 Cf. Ch. 9, I, C, 1, b.

2557 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 V 198, consid. II, 3, b.

seulement la loi cantonale inapplicable, mais il prévoirait également un nouveau régime respectueux des droits humains. Ce raisonnement est admissible en droit suisse. Lorsque le droit ordinaire présente des carences ou lacunes soit en l'absence de disposition légale, soit en présence de dispositions légales inapplicables, le droit prétorien en tant que règle posée par les tribunaux entre en jeu²⁵⁵⁸. La question de savoir si le juge peut se substituer au législateur resté passif alors qu'une obligation des droits humains lui demande une action est délicate²⁵⁵⁹. Comme l'est la question de savoir si cette démarche tient de l'adoption de règle ou de l'interprétation²⁵⁶⁰. Toutefois, quelle que soit sa qualification, cette démarche est justifiée et requise en cas de violation manifeste des droits fondamentaux comme nous venons de l'expliquer²⁵⁶¹. Il suffit de rappeler ici qu'aucun obstacle de principe ne s'oppose à l'adoption de règles prétoriennes mettant en œuvre des droits humains existants²⁵⁶². Lorsque le législateur n'a pas légiféré dans un délai raisonnable, l'adoption de règles prétoriennes est envisageable²⁵⁶³.

Il faut également tenir compte de la retenue que s'impose le TF dans certaines situations²⁵⁶⁴. Cette retenue est présente par exemple lors de question nécessitant une évaluation politique²⁵⁶⁵, lorsque plusieurs possibilités de mise en œuvre sont présentes²⁵⁶⁶, lorsque la matière à régler est complexe²⁵⁶⁷ ou lorsque des enjeux financiers importants sont présents²⁵⁶⁸. De toute manière, cette retenue n'empêche pas l'adoption de règles prétoriennes²⁵⁶⁹. D'ailleurs selon MARTENET, une mise en œuvre prétorienne du Pacte ONU I est envisageable pour un comblement de lacune du droit public²⁵⁷⁰. À l'aide de ces rappels théoriques, nous pouvons proposer une décision éventuelle du TF.

2558 MARTENET, 2011, p. 271.

2559 *ibid.*, p. 271, AUBERT et MAHON, 2003, p. 317.

2560 MARTENET, 2011, p. 271.

2561 Cf. Ch. 9, II, B, 2.

2562 MARTENET, 2011, p. 272.

2563 *ibid.*, p. 272-273, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 V 198, consid. II, 3, a.

2564 MARTENET, 2011, p. 273, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 117 V 318, 17 décembre 1991, consid. 5a.

2565 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 II 193, 21 février 2003, consid. 4.2.4.

2566 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 116 V 198, consid. II, 3, a, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 129 II 193, consid. 4.2.4.

2567 TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 117 V 318, consid. 5b.

2568 *ibid.*, consid. 5c, TRIBUNAL FÉDÉRAL, ATF 119 V 277, 16 juillet 1993, consid. 4b.

2569 MARTENET, 2011, p. 273.

2570 *ibid.*, p. 275.

2. La solution potentielle du TF

a. La solution potentielle dans l'exemple n°1

Par rapport aux prestations allouées dans le cadre de l'aide sociale au sens strict de l'exemple n°1, le TF constatera une mise en œuvre insuffisante des droits humains de Madame Harmonie selon une argumentation similaire à celle du Chapitre 6, III. Ensuite, le Tribunal fédéral devrait procéder à une interprétation conforme du droit genevois aux droits humains, c'est-à-dire une interprétation extensive du montant des prestations et de leur condition d'octroi et une interprétation restrictive de l'ampleur des sanctions. Toutefois, au vu du texte clair des lois et règlements en question, ces interprétations semblent impossibles.

Tout en écartant les normes cantonales, le TF va pouvoir et devoir édicter des règles de droit prétorien. Le TF constatera trois insuffisances de mise en œuvre différentes et pourra y remédier de la façon suivante. Premièrement, il écartera la suspension totale des prestations à titre de sanction et appliquera le maximum admissible de 30% au sens de la Section III, F du Chapitre 6. Ensuite, il constatera l'incapacité du montant de 457 francs à couvrir les coûts statistiques des besoins vitaux au sens de la Section III, B, 3 de notre Chapitre 6. Tout en admettant une réduction possible pour les jeunes adultes, le TF constatera que le régime du canton de Genève est bien en deçà des NSCIAS. Au vu du consensus cantonal sur la question, il réajustera le montant pour le forfait pour l'entretien au montant prévu par les NSCIAS, soit 789 francs²⁵⁷¹.

Ainsi, au lieu de ne recevoir aucune prestation, Madame Harmonie touchera une aide calculée comme suit :

| Postes | Revenus | Charges |
|--|-----------------|-----------------|
| Aide sociale au sens strict: entretien | 789.- | |
| Aide sociale au sens strict: loyer | 756.50 | |
| Frais d'entretien | | 1'095.- |
| Loyer | | 756.50 |
| Sanction | -237.- | |
| Total | 1'308.50 | 1'851.50 |

2571 CSIAS, Avril 2005, et compléments 12/05, 12/07, 12/08, 12/10, 12/12, 12/14, 12/15, 12/16, 12/19, art.B.4-3.

Après son recours au TF, Madame Harmonie recevra donc des prestations lui permettant de n'avoir plus qu'un découvert de 543 francs. Cette situation permet de mieux respecter ses droits humains et est comparable à celle du canton de Vaud. Grâce à la procédure judiciaire devant le TF, son choix de domicile entre Vaud et Genève s'en trouve simplifié. Ce découvert persistant montre la difficulté posée par les règles spécifiques pour jeunes adultes pour la mise en œuvre des droits humains. Toutefois, nous avons considéré que l'institution de tels régimes entraine dans la liberté d'appréciation des législateurs cantonaux.

b. La solution potentielle dans l'exemple n°2

Par rapport aux prestations allouées dans le cadre des ACE et PCFam de l'exemple n°2, le TF constatera également une mise en œuvre insuffisante des droits humains de Madame Harmonie. Mais cette fois-ci il le fera selon une argumentation similaire à celle du Chapitre 7, III. Ici aussi, au vu du texte clair des lois et règlements en question, une interprétation du droit cantonal conforme aux droits humains est impossible. Tout en écartant les normes cantonales, le TF va pouvoir et devoir édicter des règles prétoriennes. Il écartera l'application des délais de carences et de la condition du taux minimal d'activité lucrative au sens de l'argumentation de la Section I, C du Chapitre 7 de sorte à octroyer les ACE et les PCFam selon les modalités du droit cantonal. Madame Harmonie aura donc droit à ces prestations. Par rapport au montant des PCFam, ses frais d'entretien seront pris en compte en totalité²⁵⁷². Son loyer, quant à lui, sera pris en compte jusqu'à un montant de 1'500 francs par mois²⁵⁷³. En prenant en compte ses revenus déterminants²⁵⁷⁴, elle touchera 902 francs de PCFam. Elle aura le droit au remboursement de ses frais de garde²⁵⁷⁵, puisqu'ils sont remboursés jusqu'à 6'300 francs par an²⁵⁷⁶, ce qui donne un montant total de 1'402 francs.

2572 GE, Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, art.36b, 36f et GE, Règlement relatif aux prestations complémentaires familiales (RPCFam), RS cantonal, n°J 4 25.04, 27 juin 2012, art.20.

2573 GE, Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, art.36f et GE, Règlement relatif aux prestations complémentaires familiales (RPCFam), RS cantonal, n°J 4 25.04, art.21.

2574 GE, Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, art.36e. À noter que le droit genevois ne prévoit pas de franchise sur le salaire et se base sur le montant de la pension et non celui de l'ACE (Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC), RS n°831.30, art.11).

2575 GE, Loi sur les prestations complémentaires cantonales, (LPCC), RS cantonal n°J 4 25, art.36g.

2576 *ibid.*, art.36g al.4.

Le budget de Madame Harmonie sera donc le suivant :

| Postes | Revenus | Charges |
|-------------------|----------------|----------------|
| Revenu | 1'550.- | |
| Frais d'entretien | | 1'625.- |
| Loyer | | 1'513.- |
| Garde | | 500.- |
| PCFam | 1'402.- | |
| ACE | 673.- | |
| Total | 3'625.- | 3'638.- |

Madame Harmonie n'aura plus qu'un découvert de 13 francs. Ses droits humains sont mis en œuvre de manière adéquate et raisonnable avec l'application de notre argumentation. Le déficit s'explique par le plafonnement des loyers ici dans le domaine des PCFam²⁵⁷⁷. Cette solution se rapproche donc de celle qui a cours dans le canton de Vaud. Le choix du domicile de familles se trouvant dans des situations comparables à celle d'Harmonie se verra facilité à la suite d'un tel arrêt. Elles auraient au moins la certitude de pouvoir faire valoir leurs droits devant les tribunaux et donc de déménager à Genève plus sereinement. Nous pouvons désormais passer au mot de la fin qui conclura cette étude.

IV. Le mot de la fin

Les chercheurs en droit ont un rôle important à jouer pour développer des définitions juridiques des droits humains permettant de « *find out how social and economic rights can be used to benefit real people* »²⁵⁷⁸. Cela a été le but de cette thèse de définir comment les droits humains pouvaient bénéficier à des personnes réelles dans le besoin telles que la famille Harmonie. Nous l'avons mentionné en introduction, Madame Harmonie, mère de famille élevant seule son enfant, devait déménager et cherchait un endroit en Suisse où s'établir. Nous l'avons vu, ce choix n'est pas si simple. Face à ces difficultés de choix concrètes, nous avons posé la question de recherche suivante : « *est-ce que les garanties internationales des droits humains exigent une harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale* ». Notre démonstration a répondu à cette

2577 Nous n'avons cependant pas été jusqu'à critiquer cette modalité dans le cadre de cette prestation.

2578 PIETERSE, 2007, p. 822.

question en montrant que pour certains aspects des obligations des droits humains, une harmonisation était exigée par des mandats législatifs de droit international. Cette harmonisation était exigée au vu des nombreux enjeux que les différences cantonales posent par rapport au respect des minimums des droits humains des personnes concernées et donc de leur bien-être. Elle a été démontrée uniquement pour certains éléments essentiels des lois cantonales. En matière d'aide sociale au sens strict, les éléments étudiés étaient : l'accès et le montant des prestations, les régimes spéciaux pour jeunes adultes, la prise en compte des loyers et celle des frais médicaux, l'ampleur des sanctions et les prestations circonstanciées liées aux besoins de base non couverts. En matière de prestations pour famille, l'accès aux prestations, leur montant et la durée de leur versement ont été discutés. Dans le domaine des aides à la formation, la prise en charge des frais de scolarité primaire, la capacité des régimes cantonaux à promouvoir une égalité des chances du système éducatif et la nécessité d'un budget suffisant pour les bourses d'études ont été abordées.

Cette exigence démontrée, nous avons expliqué dans ce chapitre conclusif qu'une manière de la mettre en œuvre qui soit envisageable et prometteuse pourrait être un contrôle judiciaire. Ce contrôle nécessite, toutefois, la reconnaissance de la justiciabilité de certains aspects des droits humains intéressant notre étude. Nous avons expliqué en quoi et pourquoi cette qualité était remplie pour les mandats législatifs du droit international que nous avons identifiés. Comme le rappelle le Conseil fédéral : « *un fort besoin de protection de l'individu justifie plutôt l'application directe de la norme* »²⁵⁷⁹. Au vu de la situation de vulnérabilité des personnes visées par l'aide sociale au sens large, cette démarche semble donc particulièrement justifiée. Face à la pauvreté dont la lutte constitue un objectif de développement durable de l'agenda 2030²⁵⁸⁰, il est indispensable que les juges puissent protéger effectivement les droits des personnes en situation de pauvreté. Une base normative forte pour des jugements est nécessaire²⁵⁸¹ et notre démarche pourrait servir à la consolidation de cette base.

De plus, au vu des volontés politiques de réduction des prestations sociales²⁵⁸², il devient indispensable de réaffirmer un minimum de droits sociaux. En effet, comme le dit si bien DUPONT, « (...) *l'ancrage constitutionnel d'une certaine vocation sociale de l'État reste indispensable, en particulier dans*

2579 CAFLISCH, DFAE et DDIP, 2013, p. 9, CONSEIL FÉDÉRAL, 2010, p 2105.

2580 ADMIN, Objectif 1: Éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde.

2581 CHOWDHURY, 2009, p. 2.

2582 Voir par exemple la récente prise de positions de Caritas : CARITAS, Caritas Suisse dénonce les attaques populistes contre l'aide sociale, 2020a, (site web, dernière consultation le 30 novembre 2020).

les périodes où la conscience sociale est en recul, le mythe ayant ce pouvoir particulier d'être un garde-fou efficace et de provoquer, parfois, les sursauts nécessaires»²⁵⁸³. Pour affirmer cet ancrage constitutionnel à vocation sociale, il appartient maintenant au Tribunal fédéral d'élargir sa vision sur les droits humains traditionnellement considérés comme des DESC. Comme le dit si bien WILSON : « [e]n droit suisse, même si la Constitution fédérale déclare clairement que les buts sociaux ne peuvent donner naissance à aucun droit subjectif, rien n'empêche le Tribunal fédéral de développer sa jurisprudence conformément aux dispositions du Pacte I et à l'interprétation donnée à celles-ci par l'organe international chargé du contrôle de l'application de cet instrument »²⁵⁸⁴. Notre thèse pourrait être un pas additionnel vers cette interprétation tout en affirmant une harmonisation des lois cantonales d'aide sociale exigée par les droits humains des personnes démunies en Suisse. Cette interprétation, dans le domaine de l'aide sociale, pourrait provoquer le sursaut nécessaire évoqué par DUPONT, en vue d'une harmonisation de l'aide sociale. Ainsi, le TF pourrait devenir un véritable acteur d'un point de vue du principe des *checks and balances*²⁵⁸⁵ face aux législateurs cantonaux en matière de droits humains applicables dans le domaine de l'aide sociale.

Cette harmonisation n'empiète que peu sur l'autonomie cantonale qui a été prise en compte tout au long de notre démonstration. De toute manière comme SCHMID le dit : « [i]t is not possible to effectively pursue higher normative ambitions at the upper level without excpeting some reduction of autonmy at the the lower level »²⁵⁸⁶. Or, si l'on n'est pas ambitieux lors de la mise en œuvre des droits humains indispensables au bien-être des personnes vulnérables, quand voulons-nous l'être ? Finalement, comme l'explique bien JOLY, dans sa thèse de doctorat, l'autonomie dont les cantons jouissent lors de la mise en œuvre du droit supérieur vient avec une certaine responsabilité qui constitue « l'autre face de la médaille »²⁵⁸⁷. S'il y a des lacunes lors de la mise en œuvre du droit supérieur et une absence de volonté politique de la part des cantons de respecter leurs obligations, il est indispensable de mettre en place des mécanismes de surveillance et de sanction efficaces au risque de leur permettre de « développer un sentiment d'impunité »²⁵⁸⁸. Ce risque est particulièrement

2583 DUPONT, 2020, p. 2119.

2584 WILSON, 2010, p. 1515.

2585 Al'image de la Cour suprême de l'Inde : cf. Chapitre 8, II, B, 5.

2586 SCHMID, 2019, p. 66.

2587 JOLY, La mise en œuvre partagée du droit en Suisse, en Allemagne et dans l'Union européenne, Perspectives comparées, spécialement en matière de protection de la biodiversité, Thèse soutenue à l'Université de Lausanne le 15 janvier 2020, Bâle 2020, p. 436

2588 *ibid.*, p. 437

important pour notre domaine, où les volontés politiques cantonales et fédérales ne sont pas nécessairement très favorables concernant les droits des plus démunis comme nous avons pu le voir. De plus, selon WYTTEBACH, cette obligation de contrôle et de surveillance doit particulièrement s'appliquer pour les droits des personnes qui ont une liberté limitée dans le choix de leur domicile²⁵⁸⁹. Nous l'avons vu, ce peut être non seulement les enfants, mais également les personnes en situation de pauvreté en général.

Or, ce contrôle pourrait impliquer des sanctions lourdes lorsque la responsabilité des cantons dans la mise en œuvre des droits humains n'est pas assumée. WYTTEBACH estime que lorsque les cantons ne veulent ou ne peuvent pas prendre des mesures adéquates en vue de la réalisation des droits humains, la répartition des compétences peut devenir un obstacle. Cette situation, selon elle, pourrait même rendre nécessaire une modification de cette répartition des compétences en vue d'une uniformisation²⁵⁹⁰ en particulier s'agissant des droits des personnes ayant une liberté restreindre de choix de leur domicile²⁵⁹¹. Toutefois, toujours selon WYTTEBACH, cette uniformisation a un énorme désavantage qui est la perte d'autonomie cantonale qu'elle implique. Les États fédéraux ne doivent pas avoir pour but de centraliser et uniformiser pour atteindre une mise en œuvre adéquate des droits humains. L'objectif ne doit pas être « *moins de fédéralisme, mais une meilleure utilisation du cadre fédéral* »²⁵⁹². Ainsi, pour éviter une telle solution drastique pour l'autonomie cantonale²⁵⁹³, le recours à des mécanismes de surveillance comme le contrôle judiciaire peut être cette « *meilleure utilisation du cadre fédéral* ». Cette préservation de l'autonomie permet notamment de conserver les avantages qu'un système fédéraliste peut offrir²⁵⁹⁴. Ainsi comme nous l'avions expliqué à la Section III, D du Chapitre 1, des différences cantonales peuvent notamment conduire à des évolutions positives, pour permettre par exemple aux cantons d'imaginer de nouvelles mesures de soutenir les personnes en situation de pauvreté²⁵⁹⁵. Toutefois, quand le législateur d'un canton n'agit pas de manière adéquate, le pouvoir judiciaire doit s'en mêler pour lui rappeler ses responsabilités, et ce même si cela conduit à une certaine

2589 WYTTEBACH, 2018, p. 81.

2590 *ibid.*, p. 70.

2591 *ibid.*, p. 81.

2592 *ibid.*, p. 70.

2593 Cette solution ne correspond pas à la définition de l'harmonisation que nous avons retenue. Nous avons explicitement écarté les termes d'unification ou uniformisation qui avaient trop d'impact sur les droits cantonaux à notre sens : cf. Chapitre 2, I, A.

2594 Cf. Chapitre 1, III, D, 1, b.

2595 EGBUNA-JOSS et BELSER, 2015, p. 5-6.

réduction de son autonomie qui serait bien plus importante et toucherait tous les cantons lors d'une modification des compétences cantonales²⁵⁹⁶.

De plus, le bien-être des plus démunis est un aussi objectif fondamental inscrit dans notre Constitution dans son préambule qui précise « (...) *que (...) la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres* »²⁵⁹⁷. Ainsi, notre argumentation permet d'aller dans le sens de la volonté du constituant exprimée dans la phrase du préambule précitée voulant que : « [*j]ede Verschlechterung der Situation der Schwachen, (...), führt (...) zu einer Schwächung des Volkes insgesamt, während eine Verbesserung des Wohls dieser Personengruppen das Volk als Ganzes stärkt* »²⁵⁹⁸. Des recours basés sur notre argumentation pourraient améliorer le bien-être de ces personnes et renforcer la population suisse dans son ensemble. Madame Harmonie pourrait au moins être rassurée sur le fait qu'un minimum de ses droits serait réalisé partout en Suisse.

Dans un monde marqué et bouleversé par la COVID-19²⁵⁹⁹, qui ne s'arrête pas aux frontières cantonales et qui touche durement les populations précaires de Suisse²⁶⁰⁰, une harmonisation du minimum des droits humains semble d'autant plus indispensable. Le secrétaire général de l'ONU rappelle qu'« [*e]n renforçant les droits économiques et sociaux, c'est la résilience à long*

2596 WYTTEBACH est du même avis : « (...) *targeted coercive measures adopted by federal supervisors in relation to individual constituent states are less intrusive than a process of unitarisation or centralisation affecting all constituent states* », WYTTEBACH, 2018, p. 71.

2597 Malgré une faible force normative cette formule a une grande valeur politique et symbolique voulant que l'État « *veille d'abord, par sa politique, au bien-être des plus faibles : leur dénuement [mettant] en question la force – et la dignité – de l'ensemble* » : MAHON et PULVER, Pauvreté et inégalités sociales : l'apport et le rôle de la nouvelle Constitution fédérale ?, in : Le social, passionnément : hommages à Pierre Gilliland, (Knüsel, édit.), Lausanne, Fribourg 2002, p. 45ss, p. 47-48.

2598 BELSER, Préambule, in : Basler Kommentar Bundesverfassung, (Waldmann/Belser/Epiney, édit.), 1^{ère} éd., Bâle 2015b, § 37.

2599 Voir Chapitre 1. II, D.

2600 On le voit par exemple à Genève, où une étude menée lors de la distribution de nourriture a montré que « [*l]es personnes défavorisées pourraient avoir jusqu'à 4,5 fois plus de risques d'être atteintes par le coronavirus que la moyenne de la population* » : RICHARD, Les Genevois les plus pauvres sont quatre fois plus exposés au Covid-19, 13 mai 2020, (site web, dernière consultation le 23 mai 2020). On le voit également s'agissant des populations précaires de Suisse en général : TURUBAN, Sans-papiers ou petits indépendants, ils risquent de sombrer dans la pauvreté en Suisse, 13 mai 2020, (site web, dernière consultation le 10 juin 2020). L'association Caritas précise que la crise du Coronavirus « (...) *représente (...) pour [les personnes touchées par la pauvreté] une dramatique détérioration de leur situation, et accentue encore leur marginalisation* » : CARITAS, Paiements directs pour les plus vulnérables, Appel de Caritas à un soutien ciblé pour les personnes en situation de pauvreté et les classes moyennes dans la crise du coronavirus, Lucerne 2020b, p. 4.

terme que nous renforçons » et qu'« [u]ne action fondée sur les droits humains peut aider à vaincre la pandémie »²⁶⁰¹. Et « [d]ans le cadre de la réponse à la pandémie », le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a indiqué que « (...) les obligations fondamentales minimum imposées par le Pacte doivent être considérées comme prioritaires »²⁶⁰².

Ce minimum harmonisé en matière d'aide sociale pourra renforcer les droits humains en particulier des personnes vulnérables et contribuer non seulement au bien-être de ces populations, mais également à permettre aux familles telles que celle de Madame Harmonie de traverser cette crise en ayant une certaine garantie que leurs droits humains seront mis en œuvre de manière suffisante, dans l'ensemble des cantons. Ces personnes pourraient représenter une part plus grande de la population à l'avenir. Selon la CSIAS, près de 45 % des personnes actives en Suisse touchaient en fin avril de cette année des compensations de revenu sous la forme de prestations sociales. Elle estime qu'il faut s'attendre en 2022 à une augmentation de plus de 77'000 personnes bénéficiaires de l'aide sociale (soit près de 28% en plus, si l'on se réfère aux chiffres de 2018)²⁶⁰³. Les prestations d'aide sociale jouent et vont donc jouer un rôle central comme réponse à cette crise.

Ainsi, en renforçant le minimum des droits humains dans l'ensemble des cantons, le choix du domicile de Madame Harmonie, même en restant difficile à trancher, pourrait être au moins effectué plus sereinement²⁶⁰⁴.

2601 GUTERRES, Nous sommes tous dans le même bateau. Le virus nous menace tous. Les droits humains nous grandissent tous.

2602 CESCR, Déclaration sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2020/1, 17 avril 2020, § 12.

2603 CSIAS, 2020, p. 2-5.

2604 Cet ouvrage s'achève donc comme il a commencé par la mention d'une famille concrète, celle de Madame Harmonie. Cette volonté de proposer une démonstration qui suit une démarche concrète, *bottom-up* et centrée sur l'individu et ses droits humains, présente dans l'ensemble de cet ouvrage, explique aussi le titre et le sous-titre de la thèse. En effet, selon une logique *bottom-up*, qui part du particulier pour aller vers le général, il nous semblait important de placer en titre le domaine concret de recherches et en sous-titre, les obligations internationales des droits humains qui sont plus générales.

Sur l'auteur:

Raphaël Marlétaz a étudié le droit à l'Université de Lausanne. Il a ensuite travaillé en qualité d'assistant diplômé auprès de la même université et a mené sa recherche doctorale sous les directions des Professeures Barbara Wilson et Evelyne Schmid.

La présente thèse de doctorat a été soutenue le 7 septembre 2020 à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne. Le jury, composé de la Professeure Evelyne Schmid (directrice de thèse), du Professeur Pascal Mahon, du Professeur Kurt Pärli, de la Professeure Véronique Boillet et du Professeur Vincent Martenet, a admis cette thèse avec la mention *magna cum laude*.

sui generis est une association consacrée à la promotion du libre accès à la littérature juridique, aux décisions de justice, aux décisions officielles et aux documents juridiques. Depuis 2014, une revue juridique en libre accès est publiée sous le label *sui generis*. La maison d'édition *sui generis* a été fondée en 2019.

Collection *sui generis*

éditée par Daniel Hürlimann et Marc Thommen

Les ouvrages juridiques qui sont publiés dans cette collection sont mis à la disposition d'un large public et sont publiés à la fois sous forme imprimée et en ligne. La version numérique est accessible librement dans le monde entier (Open Access). Les droits d'auteur appartiennent aux auteurs ; les œuvres sont publiées sous une licence Creative Commons.

Précédemment publiés dans la collection *sui generis* :

- 001 – **Monika Simmler** : Normstabilisierung und Schuldvorwurf
- 002 – **Marc Thommen** : Introduction to Swiss Law
- 003 – **Silvio Hänsenberger** : Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften
- 004 – **Mais A.M. Qandeel** : Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory
- 005 – **Moritz Oehen** : Der Strafkörper im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren
- 006 – **Jens Lehne** : Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?
- 007 – **Lorenz Garland** : Waffengleichheit im Vorverfahren
- 008 – **Christoph Urwyler** : Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug
- 009 – **Dominik Elser** : Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben
- 010 – **David Henseler** : Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 011 – **Lorenz Raess** : Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 012 – **Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber** : Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 013 – **Emanuel Bittel** : Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 014 – **Stephan Bernard** : Was ist Strafverteidigung?
- 015 – **Frédéric Erard** : Le secret médical

- 016 – Valentin Botteron : Le contrôle des concentrations d'entreprises
017 – Monika Pfyffer von Altishofen : Ablehnungs- und Umsetzungsraten
von Organtransplantationen
018 – Kristin Hoffmann : Kooperative Raumplanung: Handlungsformen
und Verfahren
019 – APARIUZ XXII : Unter Gleichen
020 – Raphaël Marlétaz : L'harmonisation des lois cantonales
d'aide sociale

Cet ouvrage est publié dans la collection *sui generis*, éditée par
Daniel Hürlimann et Marc Thommen.

1^{ère} édition 30 Juillet 2021

© 2021 Raphaël Marlétaz

Cette œuvre a été publiée en Open Access sous une licence Creative
Commons, qui oblige d'identifier l'auteur de l'œuvre sous licence en cas de
réutilisation (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



L'étape de prépresse de cette publication a été soutenue par le Fonds
national suisse de la recherche scientifique.

ISBN 978-3-907297-20-9

DOI 10.38107/020

Lectorat : Jean Perrenoud

Graphisme : Müller+Hess, Basel

Imprimerie : Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

L'HARMONISATION DES LOIS CANTONALES D'AIDE SOCIALE

La Constitution fédérale laisse beaucoup de liberté aux cantons suisses pour réglementer leurs régimes d'aide sociale. De grandes différences subsistent en la matière. Les personnes vivant en Suisse, selon leur lieu de domicile, n'ont pas toutes accès aux mêmes prestations et ne bénéficient donc pas de la même protection contre la pauvreté.

Or, ce phénomène a un impact conséquent sur la jouissance des droits humains, qui font pourtant l'objet de conventions internationales ratifiées par la Suisse nécessitant une mise en œuvre sur l'ensemble de son territoire. Dans ce contexte, cet ouvrage cherche à savoir si ces garanties internationales exigent une harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale. À l'aune de la pandémie mondiale récente de COVID-19, qui ne s'arrête pas aux frontières cantonales et qui touche durement les populations précaires de Suisse, cette question revêt une grande actualité.

L'auteur y répond en démontrant, selon plusieurs critères juridiques, différentes obligations concrètes d'harmonisation. Cette démarche permet d'avancer vers une réponse globale à un problème qui touche et touchera à l'avenir de nombreux individus de la population suisse, quel que soit leur domicile : la pauvreté.