

Un droit social encadré 1370 466^v

par JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Neuchâtel

I. Introduction

1. *Et d'abord, qu'est-ce que le social?*

Faut-il entendre par là tout ce qui touche à la société ou, dans un sens à peine plus étroit, tout ce qui paraît propre à améliorer la vie en société? Notre exposé n'aurait alors plus de bornes et s'épandrait indiscrètement sur tous les autres chapitres du présent fascicule.

Faut-il, au contraire, n'envisager que la condition des travailleurs dépendants? Ce serait, à vrai dire, déjà un grand sujet, mais la réduction sentirait tout de même un peu son dix-neuvième siècle.

Il faut donc chercher entre deux, entre l'expansionnisme et l'anachronisme, une définition utile qui nous permette de traiter des problèmes d'aujourd'hui sans nous obliger à parler de tout: nous qualifierons de «sociales» les mesures qui rendent accessible un niveau de vie généralement considéré comme normal à des groupes de personnes qui, pour des raisons essentiellement financières, en seraient exclus dans un régime de pur libéralisme. Le niveau de vie dépend évidemment, pour la plupart d'entre nous, du travail; mais il implique aussi le logement, la santé, d'autres valeurs encore. Et il faut bien remarquer que c'est le motif primaire d'une mesure qui nous fait dire qu'elle est sociale: on peut très bien imaginer, en effet, qu'une loi sociale profite à tout le monde, y compris les personnes fortunées, si elle a été faite d'abord pour protéger celles qui ne l'étaient pas¹.

2. Il y a encore un autre problème de définition qu'il nous faut aborder rapidement. L'occasion de cette publication est en effet un peu ambiguë; le sept-centième anniversaire de la Suisse, c'est très bien. Mais cela ne veut pas dire que nous allons nous demander: qu'avons-nous fait pendant sept siècles? Le droit social du Moyen Age n'a probablement pas grand'chose de commun avec celui d'aujourd'hui. Nous limiterons donc notre regard à la Suisse moderne et nous ne remonterons pas plus haut que la fondation de notre Etat fédéral.

¹ Exemple: la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance vieillesse et survivants, RS 831 10.

3. Notre thèse, c'est que la Suisse, dont on peut justement dire qu'elle est un Etat fédéral, et aussi, sans outreccuidance, un Etat démocratique, n'a pas de titre particulier à ce qu'on la qualifie d'Etat social. La Suisse n'est pas un «Etat social», elle a simplement un droit social, pas très éloigné de la moyenne des droits sociaux des autres Etats industriels, meilleur sur certains points, moins bon sur d'autres, et si ce droit social a, dans l'ensemble, assez bien fonctionné depuis une quarantaine d'années, nous le devons moins à la hardiesse de nos institutions qu'à la prospérité de notre économie.

II. Les sources du droit social

4. Nous avons donc un droit social. Il faut bien que ce droit social soit ancré quelque part. Il l'est, chez nous, dans une pluralité de règles nationales; il l'est aussi, pour une part qui va grandissant, dans le droit international.

A. Les sources nationales

5. Il s'agit, d'une part, de sources d'origine étatique, textes de la Confédération et textes des cantons; et, d'autre part, de conventions privées.

6. a) La Constitution fédérale contient de nombreux articles qui ont pour l'objet le droit social. Mais elle n'a pas de principe général, elle n'a pas de clause sociale comme on en trouve en Italie, en France et surtout en Allemagne². L'art. 2, sur le but de la Confédération, n'a pas été fait dans cet esprit, il n'y avait, du moins au siècle dernier, pas grand-chose de social dans la référence à la «prospérité commune»³. Pour les hommes politiques de 1848, cette prospérité viendrait de l'abolition des douanes intérieures, de l'unification de la monnaie et des poids et mesures, de la régale des postes, de la construction des chemins de fer. BLUMER, le juge fédéral, a écrit cent cinquante pages là-dessus en 1863⁴; on voit très bien ce que signifiait, pour lui et pour les gens de sa

² Voir l'art. 2 de la Constitution italienne de 1947; l'art. 2 de la Constitution française de 1958; les art. 20 et 28 de la Loi fondamentale allemande de 1949. Ces clauses, il faut bien le dire, sont aussi une affaire de mode. Le Professeur H. F. ZACHER note, avec un sens très sobre de l'humour, qu'elles sont répandues en Afrique, mais rares en Asie et en Amérique (Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, I, Heidelberg, 1987, p. 1055-1056).

³ L'année 1848 a été, chez nous, beaucoup moins sociale qu'en France. Ce n'est en tout cas pas en Suisse qu'on a inventé la chanson:

«Chapeau bas devant ma casquette,

A genoux devant l'ouvrier.»

(GUSTAVE FLAUBERT, *L'éducation sentimentale*, III, 1).

⁴ J. J. BLUMER, *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts*, t. I, Schaffhouse, 1863, p. 323-475.

génération, la formule finale de l'art. 2: c'était une Suisse libérale et quelques grands travaux publics.

7. Evidemment, rien n'empêche les auteurs du vingtième siècle de dire que tout cela a changé et qu'en raison des nombreuses dispositions, indiscutablement sociales, qui ont été ajoutées à la Constitution, l'art. 2 doit être lu autrement⁵; mais le constituant fédéral, quant à lui, n'a pas encore eu l'occasion d'adopter expressément une clause sociale générale. Même le premier alinéa de l'art. 31^{bis} (1947), qui en est déjà plus proche, est trop «économique» pour en tenir lieu; c'est principalement le plein emploi qui est visé.

8. Si la Constitution fédérale n'a pas de clause générale à la manière allemande, elle consacre au droit social plusieurs dispositions spéciales. Davantage même que de nombreuses constitutions étrangères. Ceci tient à la structure fédérative du pays. Les Etats unitaires ont, pendant longtemps, fait des lois sociales sans en parler dans leur Constitution. Il en allait de même des cantons. Mais, quand l'opinion publique, en Suisse, a réclamé des lois fédérales, il a fallu d'abord leur donner une base constitutionnelle (cf. l'art. 3 Cst.). Dans les premiers temps, cela s'est fait par des dispositions assez nues, de simple attributions de compétence (art. 34 I, 64, 34^{bis}, 34^{ter} de 1908). Mais ensuite, quoiqu'elle n'y fût pas tenue par le système, l'Assemblée fédérale s'est mise, pour des raisons de convenance politique, à donner davantage de précisions (art. 34^{quater} de 1925, 34^{quinqies} de 1945, art. 34^{ter} de 1947). Enfin, nous avons eu le nouvel article sur la prévoyance sociale (art. 34^{quater} de 1972), qui, malgré d'évidentes faiblesses, est très remarquable du point de vue du style: c'est tout un programme législatif qui est déroulé dans la Constitution.

9. Les attributions, plus ou moins revêtues, de compétence ne sont pas les seules règles constitutionnelles fédérales qui intéressent le droit social. Il y a aussi la garantie des droits fondamentaux. Mais ici, au contraire de ce qui vient d'être vu, les dispositions sont souvent très concises: principe d'égalité, liberté d'association⁶, lorsqu'elles ne sont pas, tout simplement, implicites, telle la protection de la dignité humaine ou celle de la liberté personnelle. Quant à la garantie de «droits sociaux» compris comme des droits subjectifs, nous verrons tout à l'heure qu'elle n'a fait, jusqu'à maintenant, qu'une entrée très discrète dans la Constitution (ci-après, n° 25).

⁵ Cf., par exemple, H. P. TSCHUDI, *Die Gemeinsame Wohlfahrt* (BV Art. 2), Mélanges A. Berenstein, Lausanne, 1989, p. 115-133.

⁶ Donc aussi la liberté syndicale et, par dérivation, le droit de grève. Cf. G. MALINVERNI, *Commentaire de la Constitution fédérale*, ad art. 56 (1986), n° 42 et ss; CH. A. MORAND, *Le droit de grève dans tous ses états*, Mélanges A. Berenstein, Lausanne, 1989, p. 45-69, spécialement p. 55-56.

10. L'essentiel du droit social fédéral se trouve évidemment dans des lois et dans des ordonnances. Il n'est pas question d'en dresser ici l'inventaire. Mais on peut tout de même relever que le législateur fédéral a fait un usage assez complet des compétences qui lui avaient été attribuées (ci-après, n^{os} 22 et 23).

11. Pour autant, les cantons n'ont pas été entièrement éliminés. Il leur incombe d'abord d'appliquer eux-mêmes une grande partie du droit fédéral. Mais il leur reste aussi d'importants espaces de législation, par exemple dans les domaines du logement et de la santé. Or il se trouve que ceux d'entre eux qui ont fait ou refait leur Constitution au cours des quinze dernières années l'ont remplie de nombreuses directives de politique sociale⁷. Ils y ont même tous inscrit la clause générale que la Constitution fédérale ne connaît pas⁸. Et alors, comme le contrôle judiciaire des lois cantonales est très large, il sera intéressant de voir ce que les tribunaux de ces cantons et le Tribunal fédéral tireront de ces textes constitutionnels⁹.

12. b) Il y a un domaine du droit social où la normativité n'est pas l'affaire exclusive de l'Etat: c'est celui de la relation individuelle de travail, qui n'est pas soumise seulement à la loi, mais aussi à des conventions privées établies par des tiers. La figure est même tout à fait spécifique et ne se rencontre, semble-t-il, nulle part ailleurs. Un syndicat et une association d'employeurs concluent entre eux une convention, dite collective, dont les clauses s'appliqueront directement au contrat passé entre le travailleur membre du syndicat et l'employeur membre de l'association. Evidemment, ce mécanisme n'est pas normal. Il n'est pas normal qu'une convention privée ait la même force qu'une loi. Et, précisément parce que ce n'était pas normal, il a fallu que le législateur l'autorise. En Suisse, l'autorisation a été donnée en 1912, lors de l'entrée en vigueur du code des obligations révisé (art. 323; devenu l'art. 357 en 1972).

13. En ce qui concerne le rapport entre la loi et la convention: la convention s'applique de préférence à la loi quand elle est plus favorable au travailleur. Il en est résulté une dialectique bien connue, qui est comme une illustration, dans le domaine du droit du travail, du principe de la subsidiarité. Ce sont les «partenaires sociaux», comme on appelle les syndicats et les associations, qui font progresser le droit

⁷ Jura (1977), art. 18 ss, RS 131 235; Bâle-Campagne (1984), art. 103 ss, RS 131 222 2; Soleure (1986), art. 94 ss, RS 131 221; Thurgovie (1987), art. 65 ss, RS 131 228; Glaris (1988), art. 26 ss, RS 131 217.

⁸ Jura, art. 18 I; Argovie (1980), art. 25 I, RS 131 227; Bâle-Campagne, art. 16 II; Uri (1984), art. 2c, RS 131 214; Soleure, art. 94; Thurgovie, art. 62; Glaris, art. 26 I.

⁹ Notamment si le Tribunal fédéral en déduira des «droits constitutionnels» au sens de l'art. 113 I 3^e Cst. féd., que les particuliers peuvent invoquer dans un recours de droit public.

du travail, par exemple pour la durée du travail ou pour celle des vacances payées. Puis, comme les conventions collectives ne profitent pas à tous les travailleurs, parce qu'il n'y a pas de convention dans toutes les branches et que, dans les branches où il y en a, tous les travailleurs ne sont pas syndiqués, le législateur intervient et généralise la norme conventionnelle, en principe à un niveau relativement bas. Puis les partenaires sociaux feront de nouveaux progrès, puis le législateur fera une nouvelle loi.

14. S'il a suffi du code des obligations pour donner aux conventions collectives un effet normatif sur les membres (ci-dessus, n^o 12), une révision constitutionnelle a été nécessaire pour permettre à l'autorité d'étendre leur effet aux non-membres. Cette procédure d'extension, qu'on appelait autrefois la déclaration de force obligatoire générale, a été régularisée en 1947, lors de la grande réforme des articles économiques et sociaux (art. 34^{ter} I, lettre c, et III)¹⁰.

15. Que cette législation privée soit propre au droit du travail, c'est ce qui est apparu clairement quand le constituant a voulu la transposer dans le domaine du logement. Une nouvelle révision a, en effet, prévu l'extension de contrats cadres passés entre des associations de bailleurs et de locataires (art. 34^{septies}, de 1972). Mais il n'en est rien sorti. Non seulement la loi qui permettrait l'extension n'a pas été faite. Mais le code des obligations n'a même pas donné d'effet normatif à cette sorte de contrat¹¹. Preuve que les associations de locataires n'ont pas encore acquis le poids politique des syndicats.

B. Les sources internationales

16. L'intensification du commerce international et de la compétition entre des producteurs des nations différentes, puis le développement des migrations de main d'œuvre, ont eu pour conséquence que le droit social n'a pas pu conserver le caractère d'un droit purement interne. Pour assurer aux entreprises concurrentes un minimum d'égalité, pour garantir aux travailleurs rentrés chez eux le bénéfice des prestations qui leur ont été promises dans le pays où ils avaient trouvé un emploi, les Etats ont passé des conventions. Traités bilatéraux, surtout dans le domaine de la sécurité sociale¹². Mais aussi, depuis longtemps déjà, conventions multilatérales, notamment sous les auspices de l'Organi-

¹⁰ La loi est du 28 septembre 1956, RS 221 215 311.

¹¹ Cf. H. HAUSHERR, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, RDS 1976 II, p. 225 ss, 352-359; J. F. PERRIN, Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit, RDS 1976 II, p. 481 ss, 519-534. Voir encore FF 1985 I 1390. - P.S. II a toutefois été question, récemment, d'un avant-projet de loi.

¹² Voir A. BERENSTEIN, Le droit international de la sécurité sociale, SZS 1989, p. 121-141.

sation internationale du travail¹³. Certaines de ces conventions ne font qu'obliger les Etats à légiférer. Mais un bon nombre d'entre elles peuvent être interprétées de telle manière qu'un tribunal national pourrait fort bien les appliquer lui-même aux particuliers.

17. La Suisse a ratifié une quarantaine de conventions de l'OIT et plusieurs dizaines d'accords bilatéraux. Ce faisant, elle s'est montrée plutôt réservée¹⁴ – crainte, sans doute, de prendre des engagements qu'elle ne pourrait pas tenir ou dont le respect dépendrait des autorités des cantons. Mais l'important, aujourd'hui, n'est pas là. Ce qui nous paraît, en effet, très remarquable, c'est le changement qui est en train de se produire dans l'attitude de la doctrine, et bientôt peut-être de la pratique, à l'égard des clauses des traités ratifiés.

18. Jusqu'à maintenant, lorsqu'une loi fédérale était contraire à une convention, la tendance était très marquée de donner la préférence à la loi, par exemple parce qu'elle était plus récente que la convention, ou parce que la convention n'était pas d'application immédiate, etc., étant entendu que, dans cette mesure, la Suisse engageait sa responsabilité internationale¹⁵. Aujourd'hui, des auteurs moins «nationalistes» ont montré, en des termes vigoureux, que cette responsabilité était tout à fait insuffisante et que la meilleure manière de respecter un traité était encore de l'appliquer, fût-ce contre les termes de la législation intérieure¹⁶. On peut penser que cette thèse ne va pas tarder à pénétrer dans la jurisprudence, si elle ne l'a déjà fait quand ce fascicule paraîtra¹⁷. Elle correspond d'ailleurs très bien au rapprochement que la

¹³ Voir N. VALTICOS, *Le développement du droit international du travail*, Mélanges A. Berenstein, Lausanne, 1989, p. 193-213. L'auteur montre, en particulier, que dans l'esprit de l'OIT les conventions doivent contenir une réglementation supérieure à la moyenne des droits nationaux, faute de quoi elles seraient inutiles (p. 209-210). Les conventions internationales seraient donc au droit national ce que les conventions collectives sont à la loi (ci-dessus, n° 13). C'est normal, si l'on pense qu'elles ont pour trait commun de n'être pas imposées.

¹⁴ Il faut se rappeler que l'OIT a déjà adopté plus de 170 conventions. – Quant au rejet de la Charte sociale du Conseil de l'Europe (BO 1987 CN 1594), il est dû, pour une part qui a été insuffisamment mesurée, au souci de ne pas fournir aux électeurs suisses, à côté de la question de l'adhésion à l'Organisation des Nations Unies, une deuxième occasion de manifester leur isolationnisme.

¹⁵ On trouvera un résumé (critique) de cette jurisprudence chez R. SPIRA, *L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge*, Mélanges A. Berenstein, Lausanne, 1989, p. 471-487. Voir un échantillon dans ATF 111 V 201, Courtet, du 23 octobre 1985.

¹⁶ O. JACOT-GUILLARMOUD, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, RDS 1985 I, p. 383-428; *L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, ASDI 1989 (t. XLV, volume anniversaire), p. 129-151; W. KÄLIN, *Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht»*, RSJB 1988 (t. 124^{bis}), p. 45-65; G. MALINVERNI, *L'art. 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges O. K. Kaufmann, Lausanne, 1989, p. 381-397.

¹⁷ Voir, en particulier, JAAC 1989 (t. 53 IV), n° 54, Publication commune de l'Office fédéral de la Justice et de la Direction du Droit international public, du 26 avril 1989.

Suisse a entrepris, depuis quelque temps, en direction des autres Etats européens¹⁸. Il nous faut donc nous habituer à l'idée que notre droit social prendra désormais une couleur internationale beaucoup plus prononcée qu'autrefois¹⁹.

III. L'encadrement du droit social

19. Le droit social ne se développe pas dans le vide. Non seulement il lui faut surmonter toute sorte de résistances politiques. Mais encore il doit s'intégrer dans un système juridique dont il ne constitue qu'une partie. Les résistances politiques au droit social prennent d'ailleurs souvent appui, et parfois très légitimement, sur les autres parties de ce système²⁰.

20. Le droit social suisse a donc dû composer avec certains grands principes qui contribuent à former le système juridique suisse. Parmi ces principes, on peut mentionner la structure fédérative du pays, la garantie des droits fondamentaux et les institutions de la démocratie.

A. Le droit social et la structure fédérative

21. Il s'est posé, en Suisse, deux problèmes, l'un de partage des compétences, l'autre de rapport entre les législations, que des Etats unitaires comme la France ou la Grande-Bretagne n'ont pas connus.

22. Pour le partage des compétences, la tendance, considérée sur plus d'un siècle, est incontestablement à l'unité. L'évolution est particulièrement visible dans le domaine du travail. Le droit privé du travail, à vrai dire peu important à cette époque, est fédéral depuis 1883²¹. Le droit public du travail a été unifié, dans l'industrie, par la loi fédérale de 1877²². Puis l'unification a été étendue à d'autres secteurs dans des lois de 1920, 1922 et 1931²³, pour se parfaire enfin par la loi de 1964²⁴.

¹⁸ Sur la comparaison entre le droit social suisse et le droit communautaire, voir G. AUBERT, *Droit du travail*, in: D. Schindler et al. (éd.), *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences*, Zurich, 1990, p. 121-134; et P. Y. GREBER, *Sécurité sociale*, dans le même ouvrage, p. 617-666.

¹⁹ Pratiquement, cela signifie qu'une décision comme l'arrêt Courtet (précité) ne sera plus concevable.

²⁰ Par exemple, les adversaires d'une loi cantonale lui opposeront la garantie d'un droit fondamental ou la force dérogatoire du droit fédéral.

²¹ Date de l'entrée en vigueur du premier code fédéral des obligations (de 1881).

²² Loi fédérale sur le travail dans les fabriques, du 23 mars 1877, ROLF 3 224.

²³ Loi fédérale sur la durée du travail dans les entreprises de transport publics, du 6 mars 1920, ancien RS 8 154; loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers, du 31 mars 1922, anc. RS 8 207; loi fédérale sur le repos hebdomadaire, du 26 septembre 1931, anc. RS 8 125.

²⁴ Loi fédérale sur le travail, du 13 mars 1964, RS 822 11.

L'assurance accident a été unifiée en deux temps²⁵, l'assurance vieillesse en un seul²⁶. Même les matières longtemps négligées, comme l'assurance chômage, ont été nationalisées d'un coup dès que le besoin s'en est fait sentir²⁷. Finalement, dans les domaines inventoriés, le constituant fédéral n'a guère laissé aux cantons que le statut de leur fonctionnaires et certaines règles de police du commerce (sur la fermeture des magasins); tandis que le législateur fédéral s'abstenait de légiférer, quoiqu'il en eût la compétence, sur les allocations familiales et sur l'obligation de l'assurance maladie.

23. L'attribution de compétences à la Confédération pouvait se concevoir de deux manières.

Ou bien on attendait du législateur qu'il se borne à garantir aux travailleurs ou aux assurés une protection *minimale*; par exemple une durée minimale des vacances payées, une durée maximale de la semaine de travail, une rente minimale; étant entendu que les législateurs cantonaux pourraient aller plus loin, prescrire des vacances plus longues, une semaine plus courte, une rente plus élevée.

Ou bien on comptait sur une véritable *unification* des charges qui incombaient aux employeurs ou aux cotisants, comme il convient à un marché commun, ce qui signifiait alors que le droit fédéral ne devait pas laisser de place pour les expériences législatives des cantons.

On sait que c'est cette deuxième conception, au fond plus économique que sociale, qui l'a emporté; devant le droit fédéral, les cantons n'ont pas la même position que les partenaires sociaux (ci-dessus, n° 13). Alors que les conventions collectives peuvent faire plus que les lois et que c'est même là l'une de leurs principales fonctions, le droit cantonal a généralement dû reculer devant les lois fédérales²⁸. On peut le comprendre, tout en constatant qu'ici la structure fédérale de la Suisse n'a pas produit son plein effet; les cantons, loin de pouvoir chercher des solutions nouvelles, ont été, dans bien des domaines, réduits au silence.

²⁵ Loi fédérale sur l'assurance maladie et accidents (LAMA), du 13 juin 1911, ROLF 28 351; loi fédérale sur l'assurance accidents (LAA), du 20 mars 1981, RS 832 20.

²⁶ Loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946, RS 831 10.

²⁷ Art. 34^{bis} Cst. féd., accepté le 13 juin 1976, et arrêté fédéral du 8 octobre 1976; ROLF 1976 2003; 1977 208. Plus généralement, sur l'histoire des assurances sociales en Suisse, voir H. P. TSCHUDI, *Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherungen*, Bâle/Francfort, 1989.

²⁸ Voir l'exemple des vacances payées: elles ont été réglées (dans certaines limites que le Tribunal fédéral tirait de la liberté contractuelle garantie par le code des obligations, ci-après, note 31) par le droit cantonal jusqu'en 1966; puis, de 1966 à 1984, par le droit fédéral (deux semaines), avec une délégation aux cantons (pour une semaine supplémentaire), cf. ROLF 1966 57, 78, 84 (art. 34^{bis} CO); enfin, depuis 1984, par le droit fédéral *seul* (quatre semaines), sans délégation aux cantons, cf. RS 220 (art. 329a CO).

B. Le droit social et la garantie des droits fondamentaux

24. Un premier point semble communément admis: il est difficile de traduire le droit social en droits sociaux, c'est-à-dire en droits constitutionnels subjectifs qu'on peut directement invoquer devant l'administration ou devant les tribunaux. Cette difficulté tient à deux raisons principales. D'abord le droit social réclame, plus systématiquement que les droits constitutionnels ordinaires, une action positive des pouvoirs publics, et même une action assez compliquée, qui suppose presque nécessairement la médiation d'un législateur. Ensuite, le droit social coûte cher à l'Etat, beaucoup plus cher que les droits constitutionnels ordinaires, et le financement de la dépense, qu'il se fasse par des cotisations ou par l'impôt, demande aussi une base légale. D'ailleurs, il n'y a pas lieu de passer trop de temps à démontrer ce qui est évident: la liberté de la presse a pu se développer, tant bien que mal, sans loi depuis un siècle et demi, tandis que l'AVS sans loi sur l'AVS ne se conçoit tout simplement pas. Voilà pourquoi les constituants contemporains, lorsqu'ils ont dû décider s'il était opportun de garantir des droits sociaux à la manière des droits fondamentaux, ont préféré recourir à la figure de mandats donnés au législateur²⁹ – sans du reste qu'on sache exactement ce qui doit se passer si le législateur n'exécute pas les mandats.

25. Tout cela ne veut pas dire qu'il y ait une incompatibilité *absolue* entre la manière du droit social, d'un côté, et celle des droits fondamentaux, de l'autre. On peut imaginer qu'un droit fondamental gagnerait à être renforcé par une loi, que la liberté de la presse, par exemple, se porterait mieux s'il y avait une loi sur la presse. On doit aussi admettre que certains éléments du droit social, une sorte de noyau très dur, peuvent se déduire directement de la Constitution (ou de la Convention européenne des droits de l'homme): par exemple, l'interdiction du travail forcé, le droit de n'être pas réduit à coucher sous les ponts, plus prosaïquement le droit d'être assisté dans l'indigence. Ce dernier droit est généralement reconnu par la doctrine moderne comme un dérivé de la liberté personnelle, ou de la dignité humaine, ou comme un droit indépendant³⁰. On peut même, depuis quinze ans, le lire en filigrane entre les lignes de l'art. 48 Cst.: «Les personnes dans le besoin sont assistées...» («Bedürftige werden unterstützt...»).

²⁹ Voir, par exemple, l'art. 26 I de l'avant-projet de Constitution fédérale de 1977, FF 1985 III 180–181; l'art. 25 II de la Constitution argovienne et le commentaire de M. K. EICHENBERGER, *Verfassung des Kantons Aargau*, Aarau, 1986, p. 127–133; l'art. 17 de la Constitution de Bâle-Campagne; l'art. 22 de la Constitution de Soleure.

³⁰ Cf. J. P. MÜLLER/St. MÜLLER, *Grundrechte, Besonderer Teil*, Berne, 1985, p. 30–34; P. SALADIN, *Persönliche Freiheit als soziales Grundrecht?*, Mélanges A. Berenstein, Lausanne, 1989, p. 89–114, spécialement p. 104; W. HALLER, *Commentaire de la Constitution fédérale, Liberté personnelle* (1986), n° 89. Certaines constitutions cantonales le garantissent expressément: voir l'art. 16 I de la Constitution de Bâle-Campagne.

26. Mais, davantage que ces timides percées dans la catégorie des droits subjectifs, ce qui a déterminé le développement du droit social, c'est la relation constante qui le lie aux droits fondamentaux. Relation si étroite que le terme de symbiose vient naturellement à l'esprit. On ne fait pas un pas sur le terrain du droit social sans rencontrer les droits fondamentaux et les valeurs qu'ils représentent. Et, comme il arrive dès qu'un intérêt dépasse la sphère strictement individuelle, la relation est réciproque: les droits fondamentaux limitent évidemment le droit social, mais le droit social limite aussi les droits fondamentaux.

27. Que les droits fondamentaux aient freiné certains progrès, voire empêché certaines évolutions du droit social, cela est tout à fait clair pour qui examine, en particulier, l'histoire du droit du travail. Les revendications que les travailleurs adressaient au législateur ont souvent buté contre l'argument de la liberté économique ou de la garantie de la propriété des employeurs, qu'il s'agisse de la durée des vacances, de la fixation des salaires, de la participation à la gestion des entreprises³¹. Il est, par exemple, notoire qu'à la différence de ce qui s'est fait parfois à l'étranger, le législateur suisse a toujours répugné à fixer des salaires minimaux. Il s'est contenté, quand il le fallait vraiment, de désigner un salaire de référence, c'est-à-dire d'imposer aux employeurs l'obligation de payer à certains travailleurs un salaire égal à celui qui était payé à d'autres travailleurs³². Nous ne disons pas cela pour dénoncer le caractère «antisocial» de certains droits fondamentaux. On peut tout aussi bien soutenir qu'il est à l'avantage même du travailleur qu'il trouve des bornes dans la liberté de l'entreprise, de la même manière qu'on peut dire, dans le langage de la macroéconomie, que le libéralisme est un facteur de prospérité et que la prospérité est la meilleure alliée de la législation sociale.

28. Mais, à l'inverse, un libéralisme sans mélange, parce qu'il répartit mal les charges et les revenus de la prospérité, est bien loin d'assurer le bonheur de la société. Il faut donc le corriger. L'ampleur de la correction est l'un des problèmes majeurs de la politique contemporaine et, en tant que problème politique, elle dépasse le cadre de notre propos. Elle en relève toutefois dans la mesure où les corrections décidées par le législateur sont soumises à l'examen du juge constitutionnel. Et alors ici l'examen de la jurisprudence nous permet de suivre les progrès de l'idée sociale au cours des dernières décennies.

³¹ Elles se heurtaient aussi parfois à la force dérogatoire du code des obligations: les grandes lois civiles fédérales ont en effet souvent joué, à l'égard des lois cantonales, un rôle comparable à celui des droits fondamentaux.

³² Exemples: art. 5 IX de l'OCF sur les soumissions, du 31 mars 1971, RS 172 056 12; art. 9 I de l'OCF limitant le nombre des étrangers, du 6 octobre 1986, RS 823 21; art. 41 de la loi fédérale sur le travail à domicile, du 20 mars 1981, RS 822 31 (la fixation directe du salaire par le Conseil fédéral, telle que la prévoyait l'ancienne loi de 1940, a été abandonnée). L'illustration la plus fameuse du procédé est évidemment l'art. 4 II 3 de la Constitution fédérale, mais ici l'échec est patent (voir ci-après, n° 39).

29. Si les valeurs dites policières (la sécurité, la santé dans ce qu'elle a de véritablement impératif) passaient jadis pour être seules opposables à la liberté, le Tribunal fédéral a reconnu, dès les années cinquante, que le souci plus général d'«améliorer les conditions de vie» de la population permettait également de restreindre les droits des entrepreneurs. Cette dérive jurisprudentielle a même reçu, il y a vingt ans, sa consécration terminologique: depuis un arrêt de mars 1971, il est entendu qu'à côté de la police, la «politique sociale» aussi justifie l'adoption de «prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie» (cf. les art. 31 II et 31^{bis} II Cst. féd.)³³. Evidemment, comme le rapport à la liberté est réciproque (ci-dessus, nos 26 et 27), n'importe quelle politique sociale ne justifie pas n'importe quelle prescription. C'est la tâche du législateur et, en dernier ressort (quand il s'agit de droit cantonal), celle du juge de trouver le point d'équilibre. On doit admettre que le Tribunal fédéral s'est montré, surtout dans le domaine du logement, assez large à l'égard des expériences des cantons. Un de ses membres en a fait récemment l'éloquente démonstration³⁴. On notera, en particulier, que les pouvoirs public se sont vu reconnaître d'importantes possibilités d'agir sur le montant des loyers³⁵. Il y a donc une différence entre le salaire et le loyer. Pour le premier, c'est la liberté qui l'emporte (ci-dessus, n° 27). Pour le second, c'est plutôt l'intérêt public. Une différence qu'on expliquera, techniquement, par le caractère plus territorial du logement, qui facilite l'emprise de l'Etat; politiquement, par la plus grande force des syndicats, qui rend moins nécessaire l'intervention du législateur.

C. Le droit social et la démocratie

30. Enfin, le droit social doit encore s'accommoder du principe démocratique. Le principe démocratique veut en effet que les règles les plus importantes du droit social soient adoptées dans la forme de la loi, que cette loi soit l'œuvre d'un Parlement élu au suffrage universel et qu'elle ait surmonté, s'il y a lieu, l'épreuve du référendum. Les juristes n'ont pas grand'chose à ajouter à cela; ce sont plutôt les historiens et les politologues qui pourraient, ici, se poser une question: cette démocratie a-t-elle favorisé ou au contraire embarrassé le développement du droit social?

31. On a reconnu le type de question auquel il est impossible de donner une réponse étayée: il faudrait faire deux fois l'histoire d'un pays, voir

³³ ATF 97 I 499, Griessen, du 3 mars 1971.

³⁴ Cf. Cl. ROUILLER, La politique sociale, un motif d'intérêt public dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Mélanges A. Berenstein, Lausanne, 1989, p. 71-88.

³⁵ Par exemple, pour les logements bâtis sur un terrain «déclassé», ATF 99 I a 604, 620, Righi, du 4 avril 1973; ou pour ceux dont la construction est consécutive à une autorisation de démolir, de transformer ou de rénover, ATF 101 I a 502, 509-510, Chambre vaudoise immobilière, du 5 février 1975.

où en serait son droit social si son système politique avait été différent. Nous pouvons tout de même faire quelques observations.

32. Si le droit social doit apporter quelque chose de plus à ceux qui seraient privés de ce plus dans un régime de libéralisme intégral (ci-dessus, n° 1), on peut supposer qu'il est utile à de larges groupes, probablement même à la majorité de la population. D'un point de vue spéculatif, on peut donc s'attendre qu'un Parlement, reflet de cette majorité, votera des lois sociales.

33. La réalité est un peu différente. S'il est encore permis de parler en termes d'hémicycle, nos parlements ont leur gravité plutôt au centre-droit; financièrement, leurs membres se situent bien au dessus de la médiane du corps électoral. Nous ne savons pas si cette constatation suffit pour expliquer la modération de leurs votes. En tout cas, les législateurs suisses résistent en général très bien aux entraînements des revendications sociales, ils savent leur opposer les rigueurs de la concurrence internationale, les dangers de l'inflation, en un mot les lois de l'économie.

34. Ce qui est encore plus remarquable, c'est que les instruments de la démocratie *directe* ne changent pas grand-chose au tableau. Le peuple suisse, du moins celui qui va voter, ne s'est guère exposé au reproche d'aventurisme social. Pour *un* référendum où il s'est placé plus à gauche que l'Assemblée fédérale³⁶, nous en citons aisément *trois* ou *quatre* où c'est l'inverse qui s'est produit³⁷. Quant aux initiatives populaires, à vrai dire plus radicales par nature que les propositions du Parlement, le résultat en est tout à fait clair. Toutes celles qui vont un peu fort (pour la semaine de quarante heures, la rente à soixante ans, cinq semaines de vacances, un congé parental, voire la suppression du statut de saisonnier) sont invariablement rejetées³⁸. Ce qui nous amènerait à conclure qu'en matière de législation sociale la démocratie, telle qu'elle est pratiquée chez nous, a surtout fonctionné comme un *modérateur*.

³⁶ Vote du 1^{er} avril 1990 sur une révision de la loi d'organisation judiciaire (contre une augmentation de la valeur litigieuse comme condition du recours en réforme auprès du Tribunal fédéral).

³⁷ Vote du 6 juin 1982 contre la loi sur les étrangers; vote du 4 décembre 1983 contre la naturalisation facilitée des jeunes étrangers; vote du 6 décembre 1987 contre l'introduction de l'assurance maternité (pour des raisons tout à fait fantasmagoriques), etc.

³⁸ Cf. FF 1989 I 226; 1988 III 446; 1985 I 285, 1531; 1981 II 196. – Il faut toutefois signaler que, dans le domaine du logement, où ils ont conservé des compétences, les électeurs de certains cantons se sont montrés parfois plus hardis (cf. n° 29).

IV. Regard sur l'avenir

35. On peut s'étonner qu'ayant dû affronter des principes qui ne lui étaient pas particulièrement favorables, le droit social ait néanmoins progressé chez nous comme il l'a fait pendant plus d'un siècle. Ce progrès a plusieurs causes, les unes religieuses ou idéologiques, les autres morales, d'autres encore franchement circonstancielles. Parmi les premières, un fond de christianisme ou d'humanisme laïque, puis le développement de la pensée socialiste. Parmi les secondes, le goût de la conciliation, de l'arrangement, de préférence à l'épreuve de force (la «paix du travail»). Parmi les causes plus contingentes, mais très importantes aussi, l'exemple du Deuxième Reich, l'influence de Bismarck sur les radicaux des années 1880; puis les misères de la guerre de 1914, le grand frisson provoqué par la grève générale; puis la solidarité mieux réglée du temps de la guerre de 1939, la découverte des cotisations proportionnelles au salaire, leur transfert, en 1945, des soldats mobilisés aux personnes âgées; puis, pendant la période du marxisme triomphant (1945–1970), la peur du parti communiste; mais aussi, à la même époque, une croissance économique qui facilitait la redistribution. Tout cela a eu pour conséquence que le droit social suisse de 1990 n'est pas méprisable du tout³⁹. Il reste à voir les problèmes qui devront être résolus dans un avenir assez proche.

36. Un inventaire complet dépasserait notre propos; nous nous contenterons de donner quelques exemples. Surtout, nous aimerions montrer que ces exemples ne sont pas tous de la même importance; qu'il y a, souvent sans rapport avec les passions qu'ils suscitent, de petits problèmes, des problèmes moyens et de grands problèmes.

37. Parmi les petits problèmes, les problèmes courants pourrions-nous dire, nous rangerions volontiers la question du libre passage intégral dans la prévoyance professionnelle; une idée juste, dont la réalisation ne nécessitera vraisemblablement qu'une légère hausse des cotisations. Petit problème également, celui de l'abaissement de la durée du travail: quand on en était à soixante-dix heures par semaine, il y avait là un point essentiel pour un programme social. Aujourd'hui, entre quarante-cinq et quarante heures, c'est devenu un article de routine, qui a perdu beaucoup de son importance. Nous en dirions autant des restrictions au travail dominical ou nocturne, s'il faut les maintenir ou les abandonner.

38. Nous tenons de même pour un petit problème celui de l'égalité des sexes dans l'âge qui donne le droit à la rente de vieillesse. La différence

³⁹ A titre d'exemple: la rente simple de vieillesse était alors fixée entre 800 et 1 600 francs par mois; OCF du 12 juin 1989, RS 831 102.

62/65 ans n'est peut-être pas tout à fait compatible avec la Constitution (encore que le point ne soit pas aussi clair qu'il le paraît d'abord). Mais ce n'est pas une raison pour faire tant d'histoires : il y a des choses plus importantes que de permettre à un homme de prendre sa retraite à soixante-deux ans. Après tout, le principe de l'égalité des sexes a été inscrit dans la Constitution pour améliorer la condition des femmes bien davantage que celles des hommes. Si les hommes désirent en tirer aussi quelque chose, ils peuvent attendre encore un peu.

39. Le problème de l'égalité des salaires entre les hommes et les femmes nous paraît être d'un autre niveau. Il est vrai qu'il est aussi plus difficile à résoudre, parce que, si la règle sur l'âge est schématisée (l'âge étant censé produire le même effet chez tout le monde), la règle sur les salaires ne l'est pas et suppose, au contraire, qu'on ait comparé la valeur de deux travaux. Malgré cette difficulté, il faut bien reconnaître que nous sommes en présence d'un cas très clair d'inapplication de la Constitution. Sur la différence moyenne de 70 (pour les femmes) à 100 (pour les hommes), il doit bien y en avoir la moitié qui correspond à une discrimination pure. Or cette discrimination, le constituant a voulu l'abolir, une phrase a été écrite exprès pour cela. Il ne s'agit pas, comme dans le cas précédent (l'âge de la rente), d'une conséquence possible de la règle constitutionnelle ; il s'agit de la règle elle-même. Et ce n'est pas parce que le Parlement a naguère écarté certaines réformes qui auraient permis de mieux respecter cette règle⁴⁰ que l'affaire doit être considérée comme classée⁴¹. On peut compter sur la persévérance des femmes pour la maintenir à l'ordre du jour. Mais le jour est long et l'inégalité des salaires est un problème que nous léguerons sans doute au XXI^{ème} siècle.

40. Un autre problème de taille est celui du financement de l'assurance maladie. Nous n'entendons pas parler ici de l'inépuisable sujet du coût de la santé, mais, supposé que ce coût ait été contenu, de la manière de le couvrir. Car il est notoire que le système politique suisse, qui a généralement su trouver des solutions assez passables aux difficultés du droit social, s'est profondément embourbé dans la question des primes de l'assurance maladie. Cette assurance est aujourd'hui la seule où les assurés paient les mêmes primes, quel que soit leur revenu. Il n'y a (si l'on excepte une progressivité dérisoire dans la participation directe aux frais) pas de solidarité entre les assurés fortunés et ceux qui le sont moins, il n'y en a même pas entre les assurés qui ont une famille et ceux qui vivent seuls. Ceux qui trouvent cette situation injuste ont le choix entre deux solutions – qu'on peut d'ailleurs combiner : accroître

⁴⁰ BO 1985 CN 1795–1809 (rejet d'une initiative Jaggi).

⁴¹ Voir un rapport du Groupe de travail «Egalité des salaires» institué par le Département fédéral de justice et police, Berne, 1988. – P.S. Il y a maintenant un avant-projet de loi de décembre 1990.

les subventions de l'Etat, ce qui revient à financer l'assurance maladie par l'impôt, avec une répartition différente entre les contribuables selon que la subvention est fournie par la Confédération ou par les cantons ; ou alors fixer la prime en proportion du revenu, comme cela se fait pour l'assurance vieillesse. Cette dernière solution, dont plus personne aujourd'hui ne veut entendre parler, avait été pratiquement acceptée (jusqu'à concurrence de 3%) par le peuple suisse en 1974 et n'avait échoué que parce que, ce jour-là, une initiative populaire et un contreprojet s'étaient entredétruits⁴². Il y a fort à parier qu'elle reviendra un jour dans la discussion.

41. Restent ce que nous nous sommes permis d'appeler, un peu immodestement, les grands problèmes. Nous en voyons principalement deux.

Il y a d'abord le vieillissement de la population locale, qui fait que, dans cinquante ans, sauf une épidémie qui démentirait toutes les prévisions, deux personnes actives (au lieu de trois aujourd'hui) devront se partager la charge d'une personne inactive⁴³. Cela aussi, c'est un thème inépuisable de conversation, et probablement plus grave, et certainement plus passionnel que celui de la santé (je pense à mon petit garçon, qui sera écrasé un jour sous le poids des vieillards). Et c'est un problème qui ne se règlera pas par une augmentation des cotisations ou des impôts. Au fond, tout est une question d'emplois – à supposer que l'on puisse raisonner pour le siècle prochain comme on le fait pour celui-ci. S'il n'y a plus assez d'emplois pour maintenir le niveau de vie de la population de la Suisse, eh bien nos descendants vivront plus pauvrement que nous. Mais, s'il y a assez d'emplois, il faudra simplement trouver le moyen de les assumer, c'est-à-dire d'augmenter le nombre des personnes actives. Et cela pourra se faire de deux manières, en accueillant davantage d'étrangers ou en différant l'âge de la retraite. Si cette nécessité se fait sentir un jour, nos débats sur l'immigration ou sur la rente à soixante ans paraîtront bien futiles.

42. Enfin, il y a la question des disparités économiques avec l'étranger. Evidemment, ce n'est pas au terme d'un exposé sur le droit social suisse que ce formidable problème peut être affronté. Mais il serait aussi bien illusoire de penser que notre pays pourra développer tranquillement sa législation sans s'inquiéter de ce qui se passe dans les autres continents. C'est très bien d'améliorer, de temps en temps, la condition d'un million de rentiers suisses. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'au même moment, sous d'autres cieux mais sur la même planète, un

⁴² Cf. FF 1974 I 793 (comparer l'art. 34^{bis} V 2 de l'initiative avec l'art. 34^{bis} III 2 du contreprojet) ; 1975 I 484, 489 : les deux textes ont recueilli, ensemble, 840 000 suffrages sur 1 440 000 bulletins valables.

⁴³ Cf. FF 1990 I 85 ss, 206, rapport du Conseil fédéral sur l'influence de l'évolution démographique sur le financement de l'AVS.

milliard de personnes vivent dans le dénuement. Si nous l'oublions, d'autres y pensent pour nous: nous hébergeons par exemple cinquante mille réfugiés qui n'ont connu chez eux d'autre persécution que celle du sous-emploi, de la misère et de la faim. Notre loi sur l'asile n'était sûrement pas faite pour eux. Mais notre législation sur les travailleurs étrangers pourrait être réexaminée. Tout en conservant le système du contingentement, nous pourrions étendre à la terre entière ce que notre terminologie administrative appelle la «région de recrutement»⁴⁴. Nous apporterions ainsi une contribution modeste, mais concrète à la solution d'un des problèmes les plus graves qui pèsent aujourd'hui sur l'humanité.

Jean-François Aubert
8, chemin des Meuniers
2034 Peseux

⁴⁴ OCF limitant le nombre des étrangers, du 6 octobre 1986, RS 823 21, art. 8