

76.1686

BERNHARD PULVER

# L'interdiction de la discrimination

Etude de l'article 8 alinéa 2 de la  
Constitution fédérale du 18 avril 1999



COLLECTION NEUCHÂTELOISE  
HELBING & LICHTENHAHN

Bernhard Pulver

**L'interdiction de la discrimination**

Etude de l'article 8 alinéa 2 de la  
Constitution fédérale du 18 avril 1999

Monsieur Bernhard Pulver est autorisé à imprimer  
sa thèse de doctorat en droit intitulée:  
«L'interdiction de la discrimination  
Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 28 mars 2003

Le Doyen  
de la Faculté de droit  
et des sciences économiques

Ernest Weibel

#### Information bibliographique de la Deutsche Bibliothek

La Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliographie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse: <http://dnb.ddb.de>

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-2210-2

© 2003 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

*A Matthias*

## PREFACE

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale interdit toute discrimination « du fait notamment de l'origine, de la race, du sexe, de l'âge, de la langue, de la situation sociale, du mode de vie, des convictions religieuses, philosophiques ou politiques ou du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique ». La Constitution de 1874 ne contenait pas de disposition de ce type. Toutefois, le concept de discrimination n'est pas nouveau. Etroitement lié à l'idée de la dignité humaine, il est extrêmement vaste et couvre de larges domaines du droit et de la société en général.

La présente étude se propose de faire une synthèse d'un sujet quasiment inépuisable. Son but n'est donc pas de le traiter de manière exhaustive, mais d'apporter des éclaircissements au contenu juridique de cette disposition et d'ouvrir la voie à de nouvelles interrogations. J'espère faciliter aux lecteurs et aux lectrices l'accès à une masse de documentation et ouvrir de nouvelles pistes de réflexion ou même de recherche.

Mes remerciements vont tout spécialement à M. Pascal Mahon, professeur à l'Université de Neuchâtel, qui m'a motivé à entreprendre ce travail et qui l'a, tout au long de son élaboration, encouragé et enrichi de débats fructueux. Je remercie également Mme Amina Benkais, docteur en droit, qui a relu le texte et qui a beaucoup contribué à son approfondissement et à sa structuration. Enfin, j'aimerais témoigner ma reconnaissance à tous ceux qui, sous une forme ou sous une autre, m'ont soutenu ; en particulier à mes parents, qui ont, en grande partie, rendu possible ce travail.

*Bernhard Pulver*

Etat de la doctrine et de la jurisprudence : 31 décembre 2002.

---

## TABLE DES MATIERES

<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
---------------------------	----------

### Première partie

#### Les sources

<b>I</b>	<b>Le droit interne</b> .....	<b>11</b>
	1. La Constitution fédérale .....	11
	2. Les constitutions cantonales .....	19
<b>II</b>	<b>Le droit international</b> .....	<b>25</b>
	1. Remarques préliminaires .....	25
	2. La Convention européenne des droits de l'homme .....	27
	3. Les Pactes de l'ONU .....	32
	4. Les autres sources de droit international .....	42

### Deuxième partie

#### La notion

<b>I</b>	<b>La problématique</b> .....	<b>53</b>
----------	-------------------------------	-----------

<b>II</b>	<b>La jurisprudence du Tribunal fédéral</b> .....	<b>63</b>
	1. La jurisprudence sous l'empire de la Constitution de 1874 .....	63
	2. La jurisprudence depuis le 1 <sup>er</sup> janvier 2000 .....	72
	3. Conclusions .....	76
<b>III</b>	<b>Les réponses de la doctrine</b> .....	<b>78</b>
	1. La doctrine sous l'empire de la Constitution de 1874 .....	78
	2. La doctrine depuis le 1 <sup>er</sup> janvier 2000 .....	84
	3. Conclusions .....	93
<b>IV</b>	<b>La notion de discrimination en droit international et en droit comparé</b> .....	<b>94</b>
	1. La notion dans deux conventions applicables en Suisse .....	94
	2. L'interdiction de la discrimination sous d'autres cieux .....	100
	3. Conclusions .....	112
<b>V</b>	<b>Interprétation de l'art. 8 al. 2</b> .....	<b>114</b>
	1. Les méthodes d'interprétation .....	114
	2. Les éléments de l'interprétation de l'art. 8 al. 2 Cst. ....	119
	3. Proposition de définition .....	134

### Troisième partie

#### La mise en œuvre

<b>I</b>	<b>La protection judiciaire</b> .....	<b>161</b>
	1. Les titulaires .....	161
	2. Les destinataires .....	164
	3. L'objet du contrôle .....	166
	4. La qualité pour recourir .....	172
	5. La motivation du grief : le principe d'allégation .....	179

---

<b>II</b>	<b>Les critères « suspects »</b> .....	<b>182</b>
	1. Les critères « suspects » en général .....	182
	2. L'origine .....	190
	3. La race .....	212
	4. Le sexe .....	219
	5. L'âge .....	231
	6. La langue .....	245
	7. La situation sociale .....	258
	8. Le mode de vie .....	267
	9. Les convictions religieuses, philosophiques ou politiques .....	283
	10. La déficience corporelle, mentale ou psychique .....	297
<b>III</b>	<b>Les consécérations légales</b> .....	<b>314</b>
	1. Les bases de l'intervention du législateur .....	314
	2. Les rapports horizontaux : la législation ordinaire .....	322
	3. Les efforts pour éliminer les discriminations de fait .....	334
	<b>Conclusions</b>	
	Conclusions .....	349
	Schlussfolgerungen .....	355
	<b>Annexes</b>	
	Bibliographie .....	363
	Index alphabétique .....	377

---

## ABREVIATIONS

Abs.	Absatz
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874
AELE	Association européenne de libre-échange
AJDA	L'Actualité juridique – droit administratif
al.	Alinéa
art.	Article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
BGS	Bereinigte Sammlung der solothurnischen Erlasse (Solothurnische Gesetzessammlung)
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale N: Conseil national E: Conseil des Etats
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 18 April 1999 (RS 101)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.	Contre
CC	Décision du Conseil constitutionnel
CCS	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101)

## Abréviations

---

Cf.	Voir
ch.	Chiffre
chap.	Chapitre
C.I.J.	Cour Internationale de Justice
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CO	Code suisse des obligations, du 30 mars 1911 (Loi fédérale complétant le code civil suisse, livre cinquième: droit des obligations ; RS 220)
CommEDH	Commission européenne des droits de l'homme
cons.	considérant
CourEDH	Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, <i>Série A</i> : Arrêts et décisions
CPS	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
DR	Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme, Strasbourg
éd.	Editeur
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
ex.	Exemple
FF	Feuille fédérale
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, du 23 mai 1949
ibid.	Ibidem
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JO	Journal officiel des communautés européennes
JT	Journal des tribunaux
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (RS 832.20)

LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959 (RS 831.20)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (RS 831.10)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité ; RS 151)
litt.	Lettre
LN	Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, du 29 septembre 1952 (Loi sur la nationalité ; RS 141.0)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (RS 831.40)
LSEE	Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931 (RS 142.20)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964 (Loi sur le travail ; RS 822.11)
n°	Numéro
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OEC	Ordonnance sur l'état civil, du 1 <sup>er</sup> juin 1953 (RS 211.112.1)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire ; RS 173.110)
OIT	Organisation internationale du travail
OLE	Ordonnance limitant le nombre des étrangers, du 6 octobre 1986 (RS 823.21)
ONU	Organisation des Nations Unies
Op. cit.	Ouvrage cité (dans la même note)
Pacte I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu à New York le 16 décembre 1966, ratifié par la Suisse le 18 juin 1992 (RS 0.103.1)

## Abréviations

---

Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966, ratifié par la Suisse le 18 juin 1992 (RS 0.103.2)
p.ex.	Par exemple
p.	Page
par.	Paragraphe
RDS	Revue de droit suisse ( <i>Zeitschrift für schweizerisches Recht</i> )
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance
RecCC	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel français
resp.	Respectivement
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâtoise
RL	Raccolta delle leggi vigenti del Canton Ticino
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSG	Recueil officiel systématique de la législation genevoise
RSJ	Revue suisse de jurisprudence ( <i>Schweizerische JuristenZeitung</i> )
RSJB	Revue de la société des juristes bernois ( <i>Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, ZBJV</i> )
RSJU	Recueil systématique du droit jurassien
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâtoise
S. Ct.	Supreme Court Reporter. Cases Argued and Determined in the Supreme Court of the United States, St. Paul.
SGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Landschaft
spéc.	Spécialement

TCE	Traité instituant la Communauté européenne, version consolidée d'Amsterdam
trad.	Traduction
U.S.	United States Report
v.	Versus
vol.	Volume

# INTRODUCTION

« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. »

*Article premier  
de la Déclaration universelle des Droits de l'homme*

1. « Jedem Mensch kommt, weil er Mensch ist, die gleiche Würde zu »<sup>1</sup>. Voilà l'idée de base de la dignité humaine, principe fondamental de notre ordre juridique : chaque être humain est unique et doit à tout moment être considéré comme un être précieux qui mérite le respect de la société. Et ce respect doit être identique pour tous. En d'autres termes, comme l'exprime la Constitution fédérale : « la dignité humaine doit être respectée et protégée » (art. 7).
2. Le concept de la dignité humaine constitue, aujourd'hui, un des fondements philosophiques de notre civilisation. Nombreux sont les documents de droit qui reflètent cette orientation. L'idée trouve notamment son expression dans les Constitutions européennes récentes qui posent la dignité humaine à une place qui a une importance symbolique<sup>2</sup>. Les instruments universels des droits de l'homme quant à eux accordent également à la dignité humaine un rôle essentiel<sup>3</sup>. On peut en déduire une reconnaissance

<sup>1</sup> J. P. MÖLLER, *Prix Benoist*, 15.

<sup>2</sup> Voir notamment la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, du 23 mai 1949 (art. premier al. 1 : « Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. »), la Constitution de la République du Portugal, du 2 avril 1976 (art. premier), et la Constitution du Royaume d'Espagne, du 27 décembre 1978 (art. 10 al. 1, au début du catalogue des droits fondamentaux). Voir également l'art. 23 de la Constitution du Royaume de Belgique, du 17 février 1994, l'art. 3 de la Constitution de la République italienne, du 27 décembre 1947, et le préambule de la Constitution de la République irlandaise, du 1<sup>er</sup> juillet 1937. Pour d'autres références : MAURER, *Dignité humaine*, 133 s.

<sup>3</sup> Voir notamment les préambules de la Déclaration universelle des Droits de l'homme, du 10 décembre 1948, des Pactes de l'ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et relatif aux droits civils et politiques, tous deux du 16 décembre 1966, et de la

générale du concept, qui constitue une exigence de base de la protection des droits de l'homme<sup>4</sup>.

3. Qu'est-ce que la dignité humaine ? Il est évidemment difficile de donner une définition exacte d'un concept aussi fondamental et général, ancré dans l'éthique, la philosophie et la religion, et qui dépasse largement le domaine du droit<sup>5</sup>. L'idée du caractère unique de tout être humain exclut même une définition ferme, valable pour tous, de ce qu'est la dignité humaine : le respect de l'individualité de l'homme exige un caractère ouvert du concept<sup>6</sup>. On peut toutefois dire que la reconnaissance et le respect de la valeur intrinsèque et du caractère unique de tout être humain doivent en constituer le point de départ : chaque personne a, en soi, une valeur et mérite d'être respectée<sup>7</sup>.

---

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965. Pour plus de détails sur ces instruments : *infra*, n° 51 ss.

<sup>4</sup> On peut néanmoins se demander si la dignité humaine est reconnue comme principe fondamental dans tous les cercles culturels de la planète. Cette question dépasserait toutefois le cadre de cette étude. Voir à ce sujet notamment : BIELEFELDT Heiner, *Die Menschenrechte als « das Erbe der gesamten Menschheit »*, in : Festschrift Johannes Schwartländer, Würzburg, 1992, 143 – 160, et DICKE Klaus, *Die der Person innewohnende Würde und die Frage der Universalität der Menschenrechte, ibid.*, 161 – 182 ; sur l'universalité des droits de l'homme en général : WACHSMANN, *Droits de l'homme*, 39 ss.

<sup>5</sup> Pour une présentation de conceptions religieuses et philosophiques de la dignité humaine, voir : MASTRONARDI, *Menschenwürde 2001*, n° 4 – 13 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, 94 – 139, et PRAETORIUS/SALADIN, *Kreatur*, 20 ss.

<sup>6</sup> MASTRONARDI, *Menschenwürde 2001*, n° 18 : « Was die Würde des Menschen inhaltlich ausmacht, muss in einer liberalen Gesellschaft letztlich offen bleiben: Ihr Inhalt liegt gerade im Verbot, ein bestimmtes *Menschenbild* zu verordnen. Das Selbstverständnis eines jeden soll für seinen Lebensentwurf massgeblich sein. Staat und Rechtsgemeinschaft sollen diese individuelle Freiheit achten und schützen »; J. P. MÜLLER *Grundrechte*, 4 : « Es geht nicht um ein als Norm verfügbares essentialistisches Wissen über das, was den Menschen ausmachen soll. Das Prinzip Menschenwürde bedeutet gerade nicht die Garantie eines bestimmten objektiven Menschenbildes; eine solche bedrängt den Menschen eher, als dass sie ihn in seiner innern Würde bestätigt und freisetzt ». Pour une étude approfondie de la question : SCHEFER, *Kerngehalte*, 37 ss et 94 ss.

<sup>7</sup> La dignité humaine peut même être considérée comme un « produit » de ce respect – ce n'est que par l'attitude et le respect des autres – et de soi-même – qu'elle existe : J. P. MÜLLER, *Prix Benoit*, 16 : « Menschenwürde gibt es nur, wenn Menschen sie einander und sich selber zuerkennen. Menschenwürde kann nur durch Menschen verletzt werden. Es ist nie ein unbeeinflussbares Schicksal (force majeure), [das] zur Gefährdung und Zerstörung menschlicher Würde führt, sondern menschliches Denken, Wollen und Handeln. Das wilde Tier kann einen Menschen, aber nicht seine *Menschenwürde* zerstören: aber

4. L'idée de la dignité humaine est étroitement liée à l'idée de l'égalité : si tous les êtres humains sont différents les uns des autres (car chacun est unique), leur valeur intrinsèque est toutefois identique. C'est ce qu'exprime, à son article premier, la Déclaration universelle des droits de l'homme (« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits »). L'homme et sa dignité doivent alors être respectés indépendamment de ce qu'une personne est ou de ce qu'elle fait. Il y a des femmes et des hommes, des noirs et des blancs, il y a des grands et des petits, des handicapés et des non-handicapés, il y a « des gens qui courent plus vite, qui comptent plus vite, qui réfléchissent plus vite ou qui réfléchissent mieux »<sup>8</sup>, il y a des juifs et des bouddhistes, des communistes et des libéraux, il y a des gens qui respectent le droit et des criminels. Tout cela est incontestable. Mais tous ces êtres humains ont la même valeur et le même droit au respect de leur dignité<sup>9</sup>. Évidemment, la société doit faire des distinctions et elle doit notamment se protéger des actes nuisibles. Mais cette (ré)action doit toujours viser les actes et jamais la valeur intrinsèque de la personne en tant que telle : la société ne doit et ne peut pas juger la valeur d'un être humain<sup>10</sup>. Même le pire criminel est un être humain et mérite, en tant que tel, le respect de sa valeur intrinsèque et de sa dignité<sup>11</sup>.

---

der Mitmensch, der feige zusieht, kann seine eigene und die Würde des andern verletzen, wenn er die zumutbare Hilfe nicht leistet. »

<sup>8</sup> AUBERT, *Discrimination raciale*, 1081 s.

<sup>9</sup> SCHEFER, *Kerngehalte*, 39 ; PRAETORIUS/SALADIN, *Kreatur*, 21 : « so hat sich die Bedeutung des Begriffs [Menschenwürde] seither (wieder) ausgeweitet zu der positiven Vorstellung, dass jedem Menschen, unabhängig von Alter, Geschlecht, Kulturzugehörigkeit, "situellem Entwicklungsstand", Staatszugehörigkeit etc. ein allem menschlichen Urteilen vorausliegender Wert zukommt ».

Cette idée se trouve également au centre de la plupart des religions, notamment dans le concept de l'amour du prochain du christianisme.

<sup>10</sup> En fin de compte, nous ne pouvons jamais vraiment savoir pourquoi un homme commet des actes qui ne respectent pas les règles de base de notre société et connaître les véritables raisons qui l'amènent peut-être à ne pas respecter lui-même la dignité des autres. Tout jugement de valeur sur l'homme – et non pas sur ses actes – est, dès lors, d'un point de vue philosophique, impossible. Voir, sur la question, notamment STRATENWERTH Gün-ter, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1996, 32 ss, avec des références.

<sup>11</sup> Le droit pénal, basé sur l'idée de la faute, essaye, dans la mesure du possible, de respecter cette dignité dans la fixation de la peine, « en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle » du délinquant (art. 63 CPS ; RS 311.0).

5. Le respect de la dignité humaine se concrétise dans notre ordre juridique par de nombreuses règles. Les droits fondamentaux en sont une expression. Notamment le principe d'égalité (art. 8 al. 1 Cst.), un des fondements de l'Etat de droit moderne, en constitue une concrétisation importante. Ce principe exige que chacun soit traité sur la base de motifs raisonnables et que la « mesure » des distinctions opérées entre les êtres humains soit la même pour tous. Respecter la dignité des hommes signifie les considérer comme membres à part entière de la société et donc les traiter en fonction de critères raisonnables. Le respect de la dignité se manifeste également dans l'interdiction des privilèges et des discriminations : si tous les hommes ont la même valeur, sont inadmissibles des conceptions selon lesquelles certaines personnes ont, à cause de qualités qui leur sont propres, une valeur ou un statut supérieur aux autres. Inversement, et pour les mêmes raisons, personne n'a une valeur inférieure, comparé aux autres êtres humains.
  
6. Ces idées ne vont toutefois pas de soi. L'acceptation générale d'une dignité et d'une valeur de tous les êtres humains est un acquis des temps modernes<sup>12</sup>. Ayant des racines dans l'Antiquité<sup>13</sup>, elle est avant tout issue des philosophes modernes, et notamment d'Immanuel KANT<sup>14</sup>. Mais, même au XX<sup>e</sup> siècle, le respect de la dignité humaine n'était pas toujours réalisé dans nos sociétés. L'expérience historique de l'*holocauste*, de la ségrégation raciale aux Etats-Unis ou de l'*apartheid* en Afrique du Sud ne provient pas d'un passé lointain, mais du siècle dernier. En Suisse, l'œuvre d'entraide « Enfants de la Grand-route » qui enlevait aux gens du voyage leurs enfants pour les placer dans des familles dites « normales »<sup>15</sup>, la conception « fondamentalement raciste »<sup>16</sup> de la politi-

---

<sup>12</sup> J. P. MÜLLER, *Prix Benoist*, 15 ; J. P. MÜLLER, *Bemerkungen*, n° 11.

<sup>13</sup> Notamment dans l'école des philosophes de la Stoa, cf. PRAETORIUS/SALADIN, *Kreatur*, 25. Sur les fondements philosophiques du concept de la dignité humaine, voir également MAURER, *Dignité humaine*, 37 ss.

<sup>14</sup> Pour une présentation des réflexions de Kant : SCHEFER, *Kerngehalte*, 106 ss.

<sup>15</sup> Voir, à ce sujet, HUONKER Thomas, *Fahrendes Volk – verfolgt und verfehmt. Jenische Lebensläufe*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 1990, 71 ss. Voir aussi *infra*, n° 432.

<sup>16</sup> *Prise de position de la Commission fédérale contre le racisme concernant le module des trois cercles du Conseil fédéral sur la politique suisse à l'égard des étrangers*, Tangram. Bulletin de la Commission fédérale contre le racisme, 1/1996, 60 – 65, 62. Voir également : AUER, *Trois cercles*, 1232 ss ; KÄLIN/CARONI, *Verbot*, 80 ss.

que d'immigration dite « des trois cercles » ou les désavantages juridiques que rencontrent, encore aujourd'hui, les couples de même sexe montrent que notre ordre juridique n'est pas exempt de mesures auxquelles on peut reprocher de ne pas respecter la valeur égale de tous les être humains.

7. Une des réactions possibles à cette constatation est l'adoption de normes interdisant la discrimination. Plusieurs États ainsi que la communauté internationale ont réagi de cette sorte. On peut citer notamment les Constitutions de l'Allemagne<sup>17</sup>, de la Belgique<sup>18</sup>, de l'Espagne<sup>19</sup>, des Pays-Bas<sup>20</sup> et du Portugal<sup>21, 22</sup>, ainsi qu'une série de normes de droit international<sup>23</sup>.
8. La nouvelle Constitution fédérale fait également sienne cette préoccupation : elle contient, à son art. 8 al. 2, une norme prohibant les discriminations. La volonté historique du constituant qui a mené à cette disposition est claire : on voulait accorder une protection particulière à des groupes de personnes dont l'expérience a montré qu'ils risquent d'être exposés à des traitements particuliers préjudiciables.
9. Mais quelle est la portée *juridique* de cette nouvelle disposition constitutionnelle ? La présente étude se propose de répondre à cette question. L'art. 8 al. 2 constitue une innovation, il n'a pas de prédécesseur dans la Constitution fédérale de 1874. Une partie de la doctrine admettait certes déjà l'existence d'une « interdiction de la discrimination » sous l'empire de l'ancienne Constitution. Mais la portée du concept n'était – pour le moins – pas entièrement claire. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, la jurisprudence et la doctrine traitant de cette disposition

---

Ce caractère a mené la Suisse à émettre une réserve lors de la ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, voir n° 75.

<sup>17</sup> Art. 3 al. 3 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, du 23 mai 1949.

<sup>18</sup> Art. 11 de la Constitution du Royaume de Belgique, du 17 février 1994.

<sup>19</sup> Art. 14 de la Constitution du Royaume d'Espagne, du 27 décembre 1978.

<sup>20</sup> Art. premier de la Constitution du Royaume des Pays-Bas, du 17 décembre 1983.

<sup>21</sup> Art. 12 al. 2 de la Constitution de la République du Portugal, du 2 avril 1976.

<sup>22</sup> Voir également les art. 2 de la Constitution de la République française, du 4 octobre 1958, 5 al. 2 de la Constitution de la République de Grèce, du 9 juin 1975, et 3 de la Constitution de la République italienne, du 27 décembre 1947.

<sup>23</sup> Voir, sur ces normes, *infra*, n° 39 ss.

ont pris de l'ampleur. Présenter une vue d'ensemble de ces positions et développer une interprétation propre du concept de l'interdiction de la discrimination – telle est la démarche de cette étude.

10. Dans ce dessein, elle suivra le plan suivant :

- Tout d'abord, il convient de présenter les *sources* de l'interdiction de discriminer. Bien que l'art. 8 al. 2 Cst. constitue, en Suisse, le siège primaire de la matière, l'idée se trouve dans une multitude de sources juridiques applicables en Suisse, notamment en droit international et dans les constitutions cantonales (*première partie*).
- Ensuite, il s'agira de clarifier la *notion* même de la discrimination. Plusieurs interprétations sont possibles. Il faudra notamment déterminer si l'interdiction de discriminer constitue, comme certains le prétendent, une interdiction formelle de toute distinction basée sur des critères « interdits » ou si la notion de discrimination contient un élément de plus, de sorte que, pour constituer une discrimination, un traitement doit avoir un caractère particulier. Un examen de la jurisprudence et de la doctrine constituera la base de cette analyse (*deuxième partie*).
- Une fois les contenus de la notion définis, il convient de se pencher sur la *mise en œuvre* de l'interdiction de la discrimination. Cette partie traitera tout d'abord de la protection judiciaire contre les discriminations. Ensuite, les cas possibles de discriminations, notamment ceux qui sont énumérés par l'art. 8 al. 2 Cst., seront analysés au travers d'exemples concrets. Enfin, nous nous pencherons sur la question des consécutions légales de cette norme, c'est-à-dire sa réalisation dans les rapports entre particuliers et par des mesures positives (*troisième partie*).

11. Il est évident que la présente étude ne peut apporter qu'une modeste contribution à un sujet quasi inépuisable. Par conséquent, elle se limite à fournir une interprétation du contenu juridique de l'art. 8 al. 2 Cst., ainsi qu'à présenter une vision synthétique de la matière. Son but est avant tout de permettre et de faciliter aux lecteurs l'accès à la richesse des sources et de les rendre attentifs aux questions essentielles qui se posent dans le contexte de l'interdiction de la discrimination.

**PREMIERE PARTIE**  
**LES SOURCES**

---

## CHAPITRE I

# LE DROIT INTERNE

### Section 1

## La Constitution fédérale

12. *Plan.* – Le siège principal de l'interdiction de la discrimination en droit suisse se trouve, aujourd'hui, à l'art. 8 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999. Il convient, tout d'abord, de présenter son texte (1). Cette présentation sera suivie d'un bref survol de l'historique de la disposition (2). La Constitution fédérale contient d'autres dispositions qui pourraient avoir une influence sur l'interdiction de la discrimination, raison pour laquelle ces dispositions seront également présentées dans cette section (3).

### 1. Le texte de l'article 8 de la Constitution

13. *L'énoncé.* – L'art. 8 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 a la teneur suivante :

#### « Égalité

1 Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

2 Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

3 L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

4 La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées. »

14. *Les éléments.* – Sans procéder à une interprétation approfondie de cette disposition, il convient de rappeler brièvement le contenu des différents éléments qui la composent :

- *Le premier alinéa* consacre le droit de toute personne à l'égalité de traitement, devant et dans la loi. Le principe d'égalité s'adresse à toutes les autorités étatiques qui doivent le respecter dans tous leurs actes, administratifs ou législatifs.
- *Le deuxième alinéa* contient une interdiction de la discrimination avec une liste de critères de discrimination exemplative.
- *Le troisième alinéa* consacre, dans trois phrases, l'égalité entre les sexes. Dans sa première phrase, il prévoit l'égalité juridique entre hommes et femmes. Dans la deuxième phrase, la Constitution donne un mandat aux législateurs fédéral et cantonaux de pourvoir à l'égalité tant dans les normes que dans les faits. La troisième phrase érige le principe de l'égalité de rémunération en droit fondamental qui peut être invoqué directement en justice, tant envers l'Etat que dans les rapports entre les particuliers.
- *Le quatrième alinéa* exige du législateur qu'il prenne des mesures en faveur des personnes handicapées.

La norme prohibant les discriminations se trouve ainsi dans le deuxième alinéa de l'article constitutionnel consacrant l'égalité de traitement, entourée d'autres règles concernant ce principe.

15. *Les versions allemande et italienne.* – Les versions allemande et italienne, quant à elles, emploient, à l'alinéa 2, le verbe « discriminer » à la place de la formule « subir une discrimination », utilisée par le texte français<sup>1</sup>. Elles ont la teneur suivante :

« Niemand darf *diskriminiert* werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der

---

<sup>1</sup> Sur cette différence et, de manière générale, sur l'interprétation du texte de l'alinéa 2, voir *infra*, n° 175 ss.

sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.»

«Nessuno può essere discriminato, in particolare a causa dell'origine, della razza, del sesso, dell'età, della lingua, della posizione sociale, del modo di vita, delle convinzioni religiose, filosofiche o politiche, e di menomazioni fisiche, mentali o psichiche.»

Pour le reste, les différentes versions linguistiques ne présentent pas de différences particulières entre elles<sup>2</sup>.

## 2. L'historique de l'article 8

16. *Les articles 4 des Constitutions fédérales de 1848 et de 1874.* – L'art. 8 de la Constitution fédérale de 1999 remonte aux articles 4 des Constitutions fédérales de 1848 et de 1874. Déjà la Constitution du 12 septembre 1848 contenait une disposition sur l'égalité de traitement. Son art. 4 était libellé comme suit :

« Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieux, de naissance, de personnes ou de familles. »

Le constituant de 1874, n'y voulant rien changer lors de la révision totale de 1874, a repris tel quel, dans la Constitution fédérale du 29 mai 1874, l'art. 4 de la Constitution de 1848<sup>3</sup>.

17. *La contribution de la jurisprudence du Tribunal fédéral.* – Le Tribunal fédéral a développé, dès sa création en 1874, une riche jurisprudence sur la notion de l'égalité (1<sup>ère</sup> phrase de l'art. 4). Il en a déduit en outre une série d'autres droits et principes juridiques. L'art. 4 de la Constitution est ainsi devenu une des dispositions-clé du droit constitutionnel suisse. On rappellera cette jurisprudence dans la mesure où elle a une influence sur l'interprétation du terme de « discrimination ».

<sup>2</sup> Sous réserve de la différence minime entre les termes « déficiences », d'une part, et « Behinderung » ainsi que « menomazioni », d'autre part. Voir, à ce sujet, *infra*, n° 380.

<sup>3</sup> Sous réserve d'une différence rédactionnelle minime : elle parle de « lieu » à la place de « lieux ».

Quant à la deuxième phrase (« Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges... »), sa portée a été décroissante : son rôle ayant été la rupture, en 1848, avec l'Ancien Régime, elle n'a rapidement eu qu'une importance historique<sup>4</sup>.

18. *La votation de 1981 sur l'égalité entre les sexes.* – Le 14 juin 1981, le peuple et les cantons ont modifié l'art. 4, en y ajoutant un second alinéa, sur l'égalité entre femmes et hommes<sup>5</sup>. Cette disposition correspondait, sous réserve de petites différences, à l'art. 8 al. 3 de la Constitution actuelle<sup>6</sup>.

La modification proposée au peuple et aux cantons était un contre-projet de l'Assemblée fédérale à l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes », retirée en faveur du contre-projet.

19. *Les débuts du processus de révision totale et l'avant-projet de 1977.* – La Constitution fédérale actuelle est le fruit d'un long processus de révision totale<sup>7</sup>. À partir des années 1960, les milieux politiques et juridiques débattent de la nécessité d'une révision totale de la Constitution fédérale de 1874. En 1966, l'Assemblée fédérale transmet deux motions qui lancent le processus ; un groupe d'experts prépare, de 1967 à 1973, la révision ; puis une commission d'experts, présidée par le Conseiller fédéral Kurt Furgler, élabore un avant-projet de Constitution, qui est publié en 1977. Ce projet est ambitieux, il veut matériellement changer trop de choses. Soumis à consultation, il est largement rejeté : le consensus nécessaire à ces changements n'existe pas.

Concernant l'interdiction de la discrimination, l'avant-projet de 1977 contenait, à son art. 9, un second alinéa libellé comme suit<sup>8</sup> :

---

<sup>4</sup> ATF 103 Ia 517, 518, *Loup* ; FLEINER, *Bundesstaatsrecht*, 281 ; AUBERT, *Traité*, n° 1778 ss ; voir également Message Discrimination raciale, 284 s.

<sup>5</sup> Message du Conseil fédéral, du 14 novembre 1979 : FF 1980 I 73 ; résultat de la votation populaire : FF 1981 II 1216.

<sup>6</sup> Cet alinéa était libellé comme suit : « L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. »

<sup>7</sup> Voir, sur les étapes de ce processus : Rapport du Conseil fédéral sur la révision totale de la Constitution fédérale, du 6 novembre 1985, FF 1985 III 1 ss, et Message Cst., 25 ss et 36 ss.

<sup>8</sup> Rapport précité (note 7), 177 s.

« Nul ne doit subir un préjudice ou tirer un avantage du fait de son origine, de son sexe, de sa race, de sa langue, de son statut social, non plus que de ses convictions ou opinions philosophiques ou politiques. »

Ce projet ne parle donc pas de « discrimination ». Mais la disposition, qui prohibe les « préjudices » et les « avantages » se basant sur certains critères, ouvre le chemin à ce qui est, aujourd'hui, l'art. 8 al. 2 Cst.

20. *Le modèle de 1985.* – Huit ans plus tard, en 1985, le Département fédéral de justice et police présente une synthèse des travaux, accompagnée d'un « essai de modèle » de Constitution. Ce modèle contient une disposition (art. 8 al. 2)<sup>9</sup> dont la teneur est identique à la disposition de l'avant-projet de 1977.
21. *La « mise à jour », décrétée par l'Assemblée fédérale.* – En 1987, l'Assemblée fédérale, sans prendre position sur ces textes, charge le Conseil fédéral de présenter une « mise à jour » (*Nachführung*) du droit constitutionnel en vigueur, sans modifications de fond<sup>10</sup>. La « mise à jour » devait s'efforcer de ne pas s'écarter de la Constitution en vigueur : la réforme ne devait alors porter que sur une meilleure articulation du texte ; sur un langage plus simple et plus uniforme ; sur la « densité » normative (certaines règles, non écrites, étant intégrées dans la Constitution, d'autres, d'importance mineure, renvoyées au niveau des lois et des ordonnances). L'idée est en quelque sorte d'actualiser le droit constitutionnel écrit, en le rendant compréhensible et en l'ordonnant de manière systématique<sup>11</sup>. La révision ne doit pas entraîner un réaménagement en profondeur de l'ordre constitutionnel suisse et éviter d'y apporter des innovations substantielles.
22. *Le projet du Conseil fédéral.* – Le Département fédéral de justice et police exécute le mandat, en soumettant, le 19 juin 1995, un avant-projet de révision totale à une procédure de consultation élargie (« discussion populaire »)<sup>12</sup>. Concernant l'interdiction de la discrimination, l'avant-projet contient une disposition qui parle, pour la première fois,

<sup>9</sup> Rapport précité (note 7), 205 s.

<sup>10</sup> Arrêté fédéral du 3 juin 1987, FF 1987 II 977.

<sup>11</sup> Art. 3 de l'arrêté fédéral du 3 juin 1987 (note 10) ; voir, sur la notion de la « mise à jour », Message Cst., 27 ss, 33 s. et 41 ss.

<sup>12</sup> Projet de Constitution du 26 juin 1995, Berne, 1995.

contient une disposition qui parle, pour la première fois, expressément de « discrimination ». Il s'agit de l'art. 7, al. 2 :

« Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de sa langue, de sa situation sociale non plus que de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques. »

Ce texte est la base de l'art. 8 al. 2 en vigueur. Les modifications qu'il subira par la suite ne toucheront que l'énumération des critères.

Le 20 novembre 1996, le Conseil fédéral soumet son projet à l'Assemblée fédérale<sup>13</sup>. En ce qui concerne la disposition qui nous intéresse, il reprend tel quel l'art. 7 al. 2 de l'avant-projet, en y ajoutant, à la fin de la liste des critères, les déficiences corporelles ou mentales<sup>14</sup>.

23. *Les débats à l'Assemblée fédérale.* – L'article a donné lieu à un débat particulièrement long au sein des Chambres fédérales. L'alinéa premier de la disposition n'était pas contesté et ne prêtait lieu à aucune discussion. En ce qui concerne l'alinéa 2, le débat portait essentiellement sur les questions de savoir s'il fallait faire suivre l'énoncé du principe (« nul ne doit subir de discrimination ») d'une énumération exemplative de critères et, dans l'affirmative, s'il fallait ensuite élargir ce catalogue en y ajoutant les critères du mode de vie (resp. de l'orientation sexuelle), de l'âge et des déficiences psychiques (sur ce processus, voir *infra*, n° 188 ss). Le Parlement a, finalement, gardé l'énumération en y ajoutant tant le critère du « mode de vie » que ceux de l'âge et de la déficience psychique.

En outre, les deux Chambres se sont livrées à une discussion presque acharnée sur la question de savoir s'il fallait mentionner à l'alinéa 3 que la loi doit pouvoir à l'égalité « de droit *et de fait* » entre femmes et hommes. Un autre objet des débats était l'adjonction d'un mandat au législateur pour prévoir des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées (al. 4).

---

<sup>13</sup> Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1-659 (Message Cst.).

<sup>14</sup> La disposition proposée avait la teneur suivante : « Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de sa langue, de sa situation sociale, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ou du fait d'une déficience corporelle ou mentale », Message Cst., 598.

24. *L'entrée en vigueur.* – Le 18 décembre 1998, l'Assemblée fédérale adopte l'« arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale »<sup>15</sup>. Le peuple et les cantons l'acceptent le 18 avril 1999<sup>16</sup>. La nouvelle Constitution est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000.
25. *L'article 8 – une simple « mise à jour » ?* – Le contenu du nouvel art. 8 ne devrait normalement, suite à l'idée même de la « mise à jour » (*supra*, n° 21), que reprendre le droit constitutionnel en vigueur. Cependant, toute révision totale mène à un texte nouveau. Il est dès lors inévitable que le texte subisse, même s'il reprend essentiellement le contenu écrit et non écrit de la Constitution fédérale en vigueur, des modifications considérables. Ces dernières ont parfois apporté des nouveautés non négligeables – que ceci ait été explicitement déclaré par l'Assemblée fédérale ou non.

Or, pour ce qui concerne l'art. 8, si les alinéas 1 et 3 se bornent plus ou moins à répéter le texte de l'ancien art. 4<sup>17</sup>, les alinéas 2 et 4 sont nouveaux. Pour ces deux dispositions, on ne trouve pas de texte correspondant dans l'ancienne Constitution. Ceci ne veut pas nécessairement dire qu'il y a là une nouveauté matérielle, puisqu'une des tâches de la « mise à jour » était de reprendre les normes non écrites dans le texte de la Constitution. Et il a été souvent admis que l'ancien art. 4 contenait déjà une interdiction de la discrimination<sup>18</sup>. Il sera donc notamment nécessaire d'analyser la portée de l'art. 4 aCst. pour déterminer la portée juridique de l'art. 8 al. 2 de la nouvelle Constitution.

### 3. Autres articles susceptibles de toucher la discrimination

26. Même si le concept de l'interdiction de la discrimination est avant tout ancré à l'art. 8 al. 2, d'autres dispositions constitutionnelles du chapitre

<sup>15</sup> FF 1999 176.

<sup>16</sup> Par 969 310 oui (59,2 %) contre 669 158 non et par douze cantons et deux demi-cantons contre huit cantons et quatre demi-cantons, à un taux de participation qui s'élevait à 35,9 % : FF 1999 5306.

<sup>17</sup> Il faut toutefois rappeler qu'une série de contenus que le Tribunal fédéral avait déduits de l'ancien art. 4 ont été ancrés dans d'autres articles de la Constitution de 1999, notamment aux art. 9 et 29 ss.

<sup>18</sup> Notamment par le Conseil fédéral lui-même qui affirmait, dans son message, qu'il ne s'agissait « pas d'une modification matérielle du droit actuellement en vigueur, mais bien d'une mise à jour du principe de non-discrimination » : Message Cst., 145.

consacré aux droits fondamentaux pourraient avoir une influence sur son interprétation. Il s'agit notamment des normes qui protègent la dignité humaine (n° 27), interdisent l'arbitraire (n° 28) et prohibent les traitements inhumains ou dégradants (n° 29). Ces dispositions nous aident à déterminer la portée de l'interdiction de la discrimination, dans la mesure où elles peuvent servir de repère pour décrire les valeurs de base qui constituent le fondement de cette règle.

27. *La dignité humaine : l'article 7.* – A son art. 7, la Constitution fédérale protège la dignité humaine :

« La dignité humaine doit être respectée et protégée. »

Cet article exprime un principe fondamental de notre ordre juridique et sert ainsi à la fois de point de départ et de base pour la plupart des droits fondamentaux, et notamment pour l'interdiction de la discrimination (voir, à ce sujet, *supra*, n° 1 ss).

28. *L'interdiction de l'arbitraire : l'article 9.* – L'interdiction des actes arbitraires fait partie des droits que le Tribunal fédéral avait tirés de l'ancien art. 4. Aujourd'hui, cette protection découle de l'art. 9, dont la teneur est la suivante :

« Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »

En droit international, la notion de « discrimination » est parfois liée à la notion de l'arbitraire, en ce sens qu'est considérée discriminatoire une distinction qui se base sur un critère arbitraire<sup>19</sup>.

29. *L'interdiction du traitement inhumain ou dégradant : l'article 10 al. 3.* – L'art. 10 protège le droit à la vie et la liberté personnelle. À son alinéa 3, il interdit entre autre tout traitement inhumain ou dégradant :

« La torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits. »

Comme nous le verrons encore (*infra*, n° 50), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'une discrimination – notamment si elle

---

<sup>19</sup> Voir notamment BOSSUYT, *Discrimination*, 97 ss; GUYAZ, *Discrimination raciale*, 35 ss.

se base sur la race d'une personne – peut constituer un traitement inhumain ou dégradant.

## Section 2

### Les constitutions cantonales

30. *Plan.* – Bien avant l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1999, des constitutions cantonales connaissaient déjà des normes interdisant la discrimination. Les constitutions cantonales constituant une source importante de la garantie des droits fondamentaux en Suisse (1), il convient donc de présenter, dans cette section, ces dispositions (2).

#### 1. Le rôle des constitutions cantonales

31. *Les droits fondamentaux dans les constitutions cantonales.* – La plupart des constitutions cantonales comportent un catalogue plus ou moins complet de droits fondamentaux. Ceci vaut tant pour les constitutions qui datent encore du XIX<sup>e</sup> siècle (raison pour laquelle les Constitutions fédérales de 1848 et de 1874 ne contenaient pas un tel catalogue étendu) que pour celles qui ont fait l'objet d'une révision totale récente<sup>20</sup>. Ces dernières contiennent généralement un catalogue de droits assez complet (voir, par exemple, les constitutions des cantons de Berne, Soleure et, plus récemment, Neuchâtel). Ces catalogues ont d'ailleurs influencé l'élaboration du catalogue de la Constitution fédérale du 18 avril 1999.
32. *La portée juridique des garanties cantonales de droits fondamentaux.* – Le catalogue fédéral des droits fondamentaux s'impose aux cantons, en ce sens que les cantons doivent, s'ils garantissent des droits fondamentaux, accorder une protection au moins aussi étendue que celle qui résulte du

---

<sup>20</sup> Les révisions totales depuis 1980 : Argovie (en 1980), Uri (1984), Bâle-Campagne (1984), Soleure (1986), Thurgovie (1997), Glaris (1988), Berne (1993), Appenzel Rhodes-Extérieures (1995), Tessin (1997), Neuchâtel (2000), St. Gall (2001) et enfin Vaud et Schaffhouse (2002).

droit fédéral<sup>21</sup>. Les cantons peuvent cependant aller au-delà et accorder une protection plus étendue, soit en garantissant formellement des droits que le catalogue fédéral ignore, soit en conférant à certains droits une portée accrue. Il est généralement admis que les garanties cantonales n'ont une portée juridique propre, indépendante, que si et dans la mesure où elles vont plus loin que la garantie (explicite ou implicite) du droit correspondant par la Constitution fédérale. À défaut, elles sont, en quelque sorte, suspendues. En revanche, le droit fédéral n'empêche pas les autorités d'un canton d'interpréter plus libéralement que les autorités fédérales une garantie cantonale qui aurait le même libellé qu'une garantie fédérale. En réalité, elles ne le font guère.

Les garanties cantonales des droits fondamentaux sont des « droits constitutionnels » au sens de l'art. 189 al. 1, lit. a, Cst. ; leur violation peut être portée devant le Tribunal fédéral, par le biais d'un recours de droit public. Elles peuvent en outre influencer l'interprétation du droit constitutionnel fédéral en tant qu'elles font partie de la « réalité constitutionnelle » suisse<sup>22</sup>.

## 2. L'interdiction de la discrimination dans les constitutions cantonales

33. *L'interdiction de la discrimination, partie de l'égalité de traitement.* – À l'instar de la Constitution fédérale, toutes les constitutions cantonales – à l'exception de celle des Grisons – contiennent une disposition garantissant l'égalité de traitement<sup>23</sup>. Treize constitutions prévoient, en plus de

---

<sup>21</sup> Message du Conseil fédéral concernant la garantie de la constitution révisée des cantons d'Unterwald-le-Haut, d'Unterwald-le-Bas et de Saint-Gall, du 21 mai 1997, FF 1997 III 1033, 1041 : « la garantie fédérale ne saurait être accordée à une disposition constitutionnelle cantonale qui définirait de manière expresse et impérative un niveau de protection inférieur à celui qui résulte des droits fondamentaux écrits et non-écrits de la constitution fédérale » ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. II*, n° 86 ss, soutiennent une thèse différente.

<sup>22</sup> Les garanties cantonales sont notamment un élément essentiel dans l'analyse du consensus nécessaire pour la reconnaissance d'un droit fondamental non écrit par le Tribunal fédéral.

<sup>23</sup> ZH : art. 2, BE : art. 10, LU : art. 4, UR : art. 11, SZ : § 4, OW, art. 11, al. premier, NW : art. 2, GL : art. 4, ZG : art. 5, FR : art. 9, SO, art. 7, BS : art. 2 (cet article, résultat d'une révision partielle en 1989, ne traite que l'égalité entre hommes et femmes), BL : art. 7,

cette garantie, une interdiction de la discrimination. Elles la rangent, toutes, du point de vue systématique, sous le principe de l'égalité de traitement. Les Constitutions d'Appenzell Rhodes-Extérieures et de Neuchâtel mentionnent l'interdiction de la discrimination comme élément propre dans l'intitulé de l'article.

34. *Un phénomène récent.* – L'adjonction d'une règle sur l'interdiction de la discrimination constitue un phénomène récent. L'idée apparaît pour la première fois en 1977, dans la Constitution du canton du Jura, mais sans que le terme de « discrimination » soit utilisé. Depuis lors, et à l'exception des cantons de Soleure et de Thurgovie, tous les cantons qui ont procédé à une révision de leur constitution ont introduit une telle règle.

Nous regrouperons par la suite ces dispositions en fonction de ce qu'elles utilisent ou non le terme de « discrimination ».

35. *Les dispositions parlant de « préjudices » et d'« avantages ».* – La première disposition interdisant les discriminations a été celle de la Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977<sup>24</sup>, dont l'art. 6 a la teneur suivante :

« Égalité devant la loi

1 Hommes et femmes sont égaux en droit.

2 Nul ne doit subir préjudice ni tirer avantage du fait de sa naissance, de son origine, de sa race, de ses convictions, de ses opinions ou de sa situation sociale. »

La Constitution du canton de Jura ne parle pas de « discrimination », mais stipule que nul ne doit « subir préjudice ni tirer avantage » sur la base de certains critères. Cette « formule » est utilisée par les constitutions cantonales d'avant 1990, mais aussi par deux dispositions qui datent des années 1990 : il s'agit des Constitutions d'Argovie (1980)<sup>25</sup>, de Bâle-

---

SH : art. 11 al. 1, AR : art. 5, AI : art. 2, SG : art. 2, lit. b, AG : § 10, TG : § 3, TI : art. 7, VD : art. 10, VS : art. 3a, NE : art. 8, GE : art. 2, JU : art. 6.

<sup>24</sup> RS 131.235.

<sup>25</sup> Constitution du canton d'Argovie, du 25 juin 1980 (RS 131.227), art. 10 (*Rechtsgleichheit*), al. 2 : « Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Herkunft, seiner Sprache, seiner Rasse, seiner sozialen Stellung, seiner Bekenntniszugehörigkeit oder seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. »

Campagne (1984)<sup>26</sup>, d'Uri (1984)<sup>27</sup>, de Glaris (1988)<sup>28</sup>, de Nidwald (1996)<sup>29</sup> et du Tessin (1997)<sup>30</sup>. La teneur de ces dispositions est quasi identique (sous réserve des différences quant aux critères utilisés : *infra*, n° 37). À signaler que la Constitution tessinoise ne prévoit pas de règle sur l'égalité de traitement en général, mais se contente, sous l'intitulé « égalité », d'interdire les préjugés et les privilèges en fonction de l'origine, la race, etc.

36. *Les dispositions parlant de « discrimination »*. – L'apparition de la notion de « discrimination » dans les constitutions cantonales est, à l'instar des règles internationales dans ce domaine, un phénomène très récent. Six constitutions – toutes révisées après 1990 – utilisent ce terme.

La Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993<sup>31</sup>, est la première. L'alinéa premier de son art. 10, sur l'égalité de droit, est libellé comme suit :

« L'égalité de droit est garantie. Toute discrimination, notamment en raison de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de l'origine, du

- 
- <sup>26</sup> Constitution du canton de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984 (RS 131.222.2), § 7 (*Rechtsgleichheit*), al. 2 : « Insbesondere darf niemand wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Herkunft, seiner Rasse, seiner sozialen Stellung, seiner weltanschaulichen, politischen oder religiösen Überzeugung benachteiligt oder bevorzugt werden. »
- <sup>27</sup> Constitution du canton d'Uri, du 28 octobre 1984 (RS 131.214), art. 11 (*Rechtsgleichheit*), al. 2 : « Niemand darf wegen seiner Herkunft, seines Geschlechtes, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner sozialen Stellung oder seiner Weltanschauung oder Religion benachteiligt oder bevorzugt werden. »
- <sup>28</sup> Constitution du canton de Glaris, du 1<sup>er</sup> mai 1988 (RS 131.217), art. 4 (*Rechtsgleichheit*), al. 2 : « Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Sprache, seiner Rasse, seiner Heimat oder Herkunft, seiner religiösen, weltanschaulichen oder politischen Ansichten benachteiligt oder bevorzugt werden. »
- <sup>29</sup> Constitution du canton de Nidwald, du 10 octobre 1965 (RS 131.216.2), art. 2 (*Rechtsgleichheit*), al. 2, dans sa version modifiée lors de la votation populaire du 22 septembre 1996 : « Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Herkunft, seiner Sprache, seiner Rasse, seiner sozialen Stellung, seiner weltanschaulichen, politischen oder religiösen Überzeugung benachteiligt oder bevorzugt werden. »
- <sup>30</sup> Constitution du canton du Tessin, du 14 décembre 1997 (RS 131.229), art. 7 (*uguaglianza*), al. 1 : « Nessuno deve subire svantaggio o trarre privilegio per motivi di origine, razza, posizione sociale, convinzione religiosa, filosofica, politica o stato di salute. »
- <sup>31</sup> Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 (RS 131.212).

mode de vie et des convictions politiques ou religieuses, est absolument interdite. »<sup>32</sup>

L'exemple est suivi par les Constitutions d'Appenzell Rhodes-Extérieures, en 1995<sup>33</sup>, de Neuchâtel, en 2000<sup>34</sup>, et de Vaud, en 2002<sup>35</sup>. Parlent également de « discrimination » les constitutions de St. Gall (2001) et de Schaffhouse (2002).

Les constitutions de St. Gall et de Schaffhouse constituent des cas particuliers. La Constitution du canton de St. Gall renvoie, dans un seul article, aux garanties des droits fondamentaux de la Constitution fédérale (et donc aussi à l'interdiction de la discrimination)<sup>36</sup>, en les énumérant de manière sommaire, et en y ajoutant un article sur les garanties cantonales qui vont au-delà des garanties fédérales. La nouvelle constitution du canton de Schaffhouse, quant à elle, se limite à stipuler que « nul ne doit subir de discrimination », sans énumération de critères<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> En version allemande : « Die Rechtsgleichheit ist gewährleistet. Diskriminierungen, insbesondere aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Herkunft, Lebensform sowie politischer oder religiöser Überzeugung sind in keinem Fall zulässig. »

<sup>33</sup> Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, du 30 avril 1995 (RS 131.224.1), art. 5 (*Rechtsgleichheit, Diskriminierungsverbot*), al. 2 : « Niemand darf insbesondere aufgrund seines Geschlechts, seines Alters, seiner Rasse, seiner Hautfarbe, seiner Sprache, seiner Herkunft, seiner politischen, religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung, seiner Lebensform oder seiner körperlichen und geistigen Anlagen diskriminiert werden. »

<sup>34</sup> Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (RS 131.233), art. 8 (*égalité et interdiction des discriminations*), al. 1 : « L'égalité de droit est garantie. Nul ne doit subir de discrimination, notamment du fait de son origine, de son ethnie, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ou du fait d'une déficience physique, mentale ou psychique. »

<sup>35</sup> Constitution du canton de Vaud, du 22 septembre 2002 (RS 131.231, la publication au RS n'interviendra toutefois qu'une fois la garantie fédérale accordée, ce qui n'était pas encore le cas lors de la rédaction finale de cette étude), art. 10 (*Egalité*), al. 2 : « Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son état civil, de son mode de vie, de son patrimoine génétique, de son aspect physique, de son handicap, de ses convictions ou de ses opinions. »

<sup>36</sup> Constitution du canton de St. Gall, du 10 juin 2001 (RS 131.225), art. 2 : « Die Grundrechte sind nach Massgabe der Bundesverfassung gewährleistet, namentlich : (...) b) Rechtsgleichheit, Schutz vor jeder Diskriminierung sowie Gleichstellung von Frau und Mann ; (...) »

<sup>37</sup> Constitution du canton de Schaffhouse, du 17 juin 2002, acceptée en votation populaire le 22 septembre 2002 (RS 131.223 ; voir, sur la publication au RS, la remarque à la note 35),

37. *Les critères énumérés.* – Sous réserve des deux exceptions mentionnées, toutes ces dispositions sont construites de la même façon ; elles énumèrent une série de critères, sur la base desquelles personne ne doit être discriminé. Les énumérations se ressemblent, mais elles présentent toutefois des différences notables. On peut admettre qu'elles sont généralement exemplatives, malgré le fait que toutes les constitutions n'utilisent pas le mot « notamment », ou une expression similaire, pour exprimer la non-exhaustivité de la liste.

Toutes les constitutions mentionnent l'origine, les convictions et, avec deux exceptions<sup>38</sup>, la race d'une personne. Le critère du sexe est également toujours présent, puisque les deux constitutions qui ne le mentionnent pas dans la liste (Bâle-Campagne et le Tessin), consacrent un alinéa propre à l'égalité entre hommes et femmes. Les critères de la langue et de la situation sociale font partie de la majorité des dispositions, pendant que la couleur, le mode de vie, l'ascendance, l'âge ainsi que les déficiences ou l'état de santé ne se trouvent que dans une minorité des listes.

38. *L'interdiction de la discrimination comme noyau dur de l'égalité ?* – Reste à attirer l'attention sur la formulation originale de la Constitution bernoise : son art. 10 stipule que « [t]oute discrimination (...) est absolument interdite ». Cette formulation laisse entendre que la protection contre la discrimination est érigée en position de « noyau dur » de l'égalité de traitement<sup>39</sup>. Voir, sur cette question, *infra*, n° 215.

---

art. 11 (*Rechtsgleichheit*), al. 1 : « Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Niemand darf diskriminiert werden. »

<sup>38</sup> La Constitution de Neuchâtel utilise l'expression « ethnie » à la place de « race » ; la Constitution vaudoise ne parle pas de « race », mais du « patrimoine génétique » et de l'« aspect physique » d'une personne.

<sup>39</sup> Sur cette disposition, voir : KÄLIN/BOLZ, *Handbuch*, 256 ss.

---

## CHAPITRE II

# LE DROIT INTERNATIONAL

### Section 1

#### Remarques préliminaires

39. *L'internationalisation des droits fondamentaux, un phénomène récent.* – Depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, la protection des droits de l'homme est devenue une des principales tâches du droit international. Des organisations régionales – comme le Conseil de l'Europe ou l'Organisation des Etats américains – et universelles – comme l'Organisation des Nations Unies – concluent des traités internationaux de protection des droits de l'homme. La communauté des Etats considère la garantie des droits fondamentaux des individus comme valeur universelle dont la protection n'est pas seulement l'affaire des différents Etats, mais de la communauté internationale dans son ensemble<sup>1</sup>. Aussi, beaucoup de droits fondamentaux figurent-ils désormais dans des traités internationaux.
40. *L'interdiction de la discrimination en droit international.* – Parmi ces instruments internationaux, certains contiennent des dispositions sur l'interdiction de la discrimination. Ces dispositions font donc partie des sources relatives à l'objet de notre étude.

Il faut toutefois faire attention à la terminologie utilisée : les traités internationaux de protection des droits de l'homme ne connaissent en général pas de disposition sur l'égalité de traitement. Le fait que ces traités contiennent uniquement une disposition interdisant la discrimination peut avoir des conséquences sur l'interprétation du terme même de la « discrimination » : celui-ci peut alors soit couvrir (aussi ou tout seul) l'idée générale de l'égalité, soit constituer une catégorie juridique propre.

---

<sup>1</sup> Sur la question, voir par exemple : WACHSMANN, *Droits de l'homme*, 3 ss.

41. *La primauté du droit international en Suisse.* – La primauté du droit international est généralement admise en Suisse (art. 5 al. 4 Cst.)<sup>2</sup> : le droit international applicable en Suisse l'emporte devant l'ensemble du droit interne, y inclus les lois fédérales (immunisées par rapport à la Constitution fédérale, en vertu de l'art. 191 Cst.)<sup>3</sup>.

Toutefois, notre Cour suprême a admis une exception à ce principe : lorsque le législateur fédéral a sciemment et volontairement dérogé à un traité, le Tribunal fédéral fait prévaloir la loi interne sur le traité (« jurisprudence Schubert »)<sup>4</sup>. Des arrêts récents semblent cependant annoncer, dans des *obiter dicta*, un revirement de cette jurisprudence<sup>5</sup> (qui, même si la formule a été répétée à maintes reprises, n'a guère trouvé de cas d'application après l'arrêt *Schubert*).

42. *L'applicabilité directe.* – La Suisse se réclame de la conception moniste, c'est-à-dire que tout traité valablement conclu fait partie de l'ordre juridique interne sans qu'il soit nécessaire de le recevoir ou de le transposer en droit interne par une loi.

Certains traités ont néanmoins besoin de l'intervention des organes de l'Etat, lorsque leurs dispositions ne se prêtent pas à l'application directe par une autorité. On peut distinguer deux cas :

---

<sup>2</sup> Voir, par exemple ATF 125 II 417, *A. (PKK)* : « Im Konfliktfall geht das Völkerrecht prinzipiell dem Landesrecht vor, insbesondere wenn die völkerrechtliche Norm dem Schutz der Menschenrechte dient » (chapeau) ; « [d]ies hat zur Folge, dass eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden kann. Diese Konfliktregelung drängt sich umso mehr auf, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient. » (425).

<sup>3</sup> Arrêt *PKK* précité (note 2), 424 s. ; ATF 117 Ib 367, 369 ss, *Erben X.* ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1838 ss.

<sup>4</sup> ATF 99 Ia 39, 44, *Schubert*.

<sup>5</sup> Voir, par exemple, ATF 122 II 485, 487, S. : « le principe de la primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne, de sorte que l'argument tiré de la *lex posterior* est inapplicable (...) ». Sur la portée de cet arrêt, le Tribunal fédéral s'exprime, dans l'ATF 125 III 209, 218, *X.*, de manière suivante : « [B]losses ‚obiter dictum‘, ist die Erwähnung des Völkerrechtsvorrangs [dans l'arrêt précité] dennoch nicht völlig bedeutungslos, sondern zeigt an, wie das Bundesgericht den Konflikt zwischen Bundesgesetz und Völkerrecht dereinst zu lösen gewillt sein könnte, wenn er denn einmal einträte (...). »

- Les traités (resp. les dispositions de ceux-ci) qui ne sont *pas directement applicables* n'entraînent des obligations que pour les autorités politiques des Etats contractants, notamment pour le législateur qui doit concrétiser les buts généraux qui s'y trouvent ; ils ne peuvent pas être directement invoqués en justice (traités appelés « *executory* »). Les dispositions qui ne sont pas directement applicables lient malgré tout l'Etat qui les a ratifiées : les autorités auxquelles elles s'adressent doivent les respecter et les transposer, le cas échéant, en normes de droit interne – en revanche, il n'existe pas de « remède » judiciaire pour les particuliers si les autorités ne répondent pas à cette obligation.
- Pour les traités (ou dispositions) *directement applicables*, une intervention du législateur n'est, en revanche, pas nécessaire ; ils peuvent être directement invoqués par les particuliers devant les autorités d'application, notamment les tribunaux (traités « *self-executing* »). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les dispositions d'un traité sont directement applicables lorsqu'elles sont suffisamment claires et précises pour que les autorités puissent, sans l'intervention du législateur, fonder sur elles une décision concrète et en tirer des droits et des obligations au bénéfice ou à la charge des particuliers<sup>6</sup>.

## Section 2

### La Convention européenne des droits de l'homme

43. *Plan.* – L'instrument international le plus important de la protection des droits de l'homme en Suisse est la Convention européenne des droits de l'homme, notamment à cause de son mécanisme de contrôle efficace. Dans cette section, nous présenterons, d'abord, le rôle et la portée de cette Convention (1) et, ensuite, ses dispositions touchant l'interdiction de la discrimination (2).

---

<sup>6</sup> Voir ATF 126 I 240, 242, A. et B. (*taxes universitaires*) et les références citées.

## 1. Le rôle et la portée de la CEDH

44. *Le rôle de la CEDH.* – La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH)<sup>7</sup> est l'instrument central de protection des droits de l'homme en Europe. Elle garantit aux habitants des pays européens un standard minimal de protection des droits fondamentaux et forme ainsi un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »<sup>8</sup>. Dans les pays qui ont ratifié la CEDH – plus de 40 aujourd'hui<sup>9</sup> –, les particuliers jouissent au moins des droits que leur garantit la Convention. Le droit interne peut aller au-delà du minimum prescrit et garantir une protection accrue ; il ne peut en revanche pas restreindre la portée d'un des droits garantis par la CEDH ou en exclure l'application (sauf si le pays a émis une réserve à ce sujet lors de la ratification)<sup>10</sup>.
45. *La portée juridique en Suisse.* – Approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 octobre 1974, la Convention a été ratifiée le 28 novembre 1974, avec entrée en vigueur immédiate. Elle est directement applicable en Suisse, du moins en ce qui concerne le contenu des articles 2 à 18<sup>11</sup>. Les particuliers peuvent invoquer les droits garantis par la CEDH devant tous les tribunaux suisses. Ces droits sont des droits constitutionnels au sens de l'art. 189 al. 1<sup>er</sup>, lit. a, Cst. et peuvent servir de moyen pour un recours de droit public au Tribunal fédéral.

<sup>7</sup> RS 0.101. La Convention a été conclue à Rome le 4 novembre 1950, dans le cadre du Conseil de l'Europe. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

Sur la CEDH, voir notamment : BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 2000 ; CLAYTON Richard, TOMLINSON Hugh, *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000 ; FROWEN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar* ; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, *Menschenrechtskonvention* ; PETTITI/DECAUX/IMBERT, *Commentaire* ; VILLIGER, *Handbuch* ; VILLIGER Mark E., *EMRK und UNO-Menschenrechts-pakte*, in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Droit constitutionnel*, 647 – 656.

<sup>8</sup> CourEDH, arrêt *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, du 23 mars 1995, Série A, n° 310, § 75.

<sup>9</sup> 44 à la fin de l'année 2002 : Rapport annuel du Conseil fédéral sur les activités de la Suisse au Conseil de l'Europe en 2002, du 15 janvier 2003, FF 2003 413, 418.

<sup>10</sup> Art. 53 et 57 CEDH ; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, *Menschenrechtskonvention*, 26 ss et 42 s.

<sup>11</sup> Avec toutefois quelques nuances quant aux articles 5 al. 3 à 5, 6 al. 1<sup>er</sup> et 13, qui, dans certaines situations exceptionnelles, pourraient ne pas être directement applicables : HAEFLIGER/SCHÜRMAN, *Menschenrechtskonvention*, 37 s. ; VILLIGER, *Handbuch*, n° 60 ss.

Le fait que les droits reconnus par la CEDH soient des droits constitutionnels au sens procédural ne veut pas dire que la CEDH a un rang constitutionnel en Suisse. Néanmoins, en vertu du principe de la primauté du droit international, la CEDH l'emporte devant le droit cantonal et les lois fédérales ; elle a, ainsi, un rang supérieur aux lois<sup>12</sup>.

46. *Le mécanisme de contrôle international.* – La Convention européenne des droits de l'homme connaît un mécanisme de contrôle international développé : les particuliers peuvent, après l'épuisement des voies de recours internes, attaquer la violation d'un droit reconnu par la CEDH devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg par une requête individuelle (art. 34 s. CEDH)<sup>13</sup>. L'arrêt de la Cour a force obligatoire et lie les Etats contractants (art. 46 al. 1<sup>er</sup> CEDH ; l'arrêt n'a toutefois pas de caractère cassatoire).

Aussi, dans le domaine des droits protégés par la CEDH, le Tribunal fédéral ne statue-t-il plus en dernière instance. Ses arrêts portant sur des droits garantis par la Convention peuvent être portés devant la Cour européenne des droits de l'homme, par le biais de la requête individuelle<sup>14</sup>.

## 2. L'interdiction de discrimination dans la CEDH

47. *L'art. 14 CEDH.* – La CEDH contient une protection, « accessoire », contre la discrimination. Son art. 14 est libellé comme suit :

<sup>12</sup> ATF 105 V 1, 3, *Achermann* : « (D)ie Konvention erlangte in der internen Rechtsordnung zumindest Gesetzesrang (...). Ihrer Natur nach haben die von der EMRK geschützten Rechte aber einen verfassungsrechtlichen Inhalt ». Sur la question du rang de la CEDH en droit interne, voir notamment : HAEFLIGER/SCHÜRMAN, *Menschenrechtskonvention*, 39 ss ; VILLIGER, *Handbuch*, n° 57 ss ; et les références citées par ces auteurs. Sur la primauté de la CEDH sur les lois fédérales : ATF 117 Ib 367, 373, *Erben X.* (JT 1993 I 273).

<sup>13</sup> Le protocole d'amendement n° 11, du 11 mai 1994 (RS 0.101.09, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998), a rendu obligatoire la reconnaissance de la compétence de la Cour pour les requêtes individuelles.

<sup>14</sup> Ainsi, en vertu de l'art. 139a OJ, la constatation de la violation d'un droit reconnu par la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme suite à une requête individuelle constitue un motif de révision des arrêts du Tribunal fédéral.

« Interdiction de discrimination

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Dans la version originale de la Convention, les articles n'étaient pas encore assortis de titres. Le titre « interdiction de discrimination » a été ajouté par le protocole n° 11<sup>15</sup>, en 1998. Aussi, à l'origine, la version française de cet article ne contenait-elle pas le terme « discrimination ».

En revanche, le texte anglais, dès l'origine, employait ce terme<sup>16</sup> :

« Prohibition of discrimination

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. »

48. *Le caractère accessoire de l'art. 14.* – L'art. 14 a une portée limitée. En effet, comme son texte l'indique, la disposition n'interdit les discriminations que pour les droits et libertés nommés expressément par la Convention. Cette dernière ne garantit donc pas un traitement non discriminatoire dans tous les domaines du droit, mais uniquement *dans la jouissance des droits reconnus par la Convention*. Contrairement à la garantie de l'égalité de l'art. 8 Cst., qui prescrit un comportement général des autorités étatiques dans toutes les situations, l'art. 14 n'a ainsi qu'un caractère « accessoire » et ne peut être invoqué que dans des situations où un autre droit reconnu par la Convention est touché<sup>17</sup>. Ainsi, avant d'examiner le

---

<sup>15</sup> Cf. note 13.

<sup>16</sup> Sur la terminologie utilisée à l'art. 14 CEDH, voir notamment BOSSUYT, *Article 14*, 476.

<sup>17</sup> Il n'est cependant pas nécessaire que le droit en question soit violé (auquel cas la protection accordée par le droit lui-même suffirait) : l'interdiction de la discrimination s'applique tout particulièrement quand il s'agit de restrictions en principe admissibles ou de modalités d'exercice d'un droit qui ont un caractère discriminatoire. Voir, par exemple, CourEDH, *affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (fond)*, arrêt du 23 juillet 1968, série A, n° 6, §§ 8s, 33 s. Sur le caractère

caractère discriminatoire d'une mesure étatique, la Cour examinera d'abord si celle-ci vise une situation qui se trouve dans le champ d'application de la CEDH.

49. *Le protocole n° 12 : vers une portée indépendante de l'art. 14 ?* – Il faut noter toutefois que le Conseil de l'Europe entend donner à l'interdiction de la discrimination une portée indépendante. Le 4 novembre 2000, 25 Etats membres ont signé le Protocole additionnel n° 12 : l'article premier de ce protocole stipule une « interdiction générale de la discrimination », qui, à l'instar de l'art. 26 du Pacte II (*infra*, n° 68), ne sera plus limitée aux seuls droits reconnus par la Convention, mais qui sera garantie, dans les pays signataires, par rapport à la « jouissance de tout droit prévu par la loi »<sup>18</sup>.

Le Protocole additionnel entrera en vigueur lorsque dix Etats membres ayant signé la CEDH l'auront ratifié<sup>19</sup>. La Suisse ne l'a pas encore signé, le Conseil fédéral voulant d'abord analyser les effets que la jurisprudence y relative de la Cour pourrait entraîner pour l'ordre juridique suisse<sup>20</sup>.

50. *L'art. 3 CEDH.* – Un autre article de la CEDH qui pourrait trouver application dans le contexte de la discrimination est l'art. 3, sur l'interdiction de la torture. Sa teneur est la suivante :

accessoire de l'art. 14, voir par exemple : BOSSUYT, *Article 14*, 478 ; HOTTELIER Michel, *De l'absence d'autonomie à l'indépendance : Histoire et évolution de l'article 14 CEDH*, in : AUER et al., *Mélanges Morand*, 245 – 264 ; SUDRE, *Droits de l'homme*, n° 195.

<sup>18</sup> L'article premier du protocole, intitulé « Interdiction générale de la discrimination », a la teneur suivante :

« 1 La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2 Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

Sur le Protocole additionnel n° 12, voir notamment : HOTTELIER (note 17), 255 ss.

<sup>19</sup> Ce qui n'était pas encore le cas en 2002 : cf. intervention du conseiller fédéral Deiss, BO 2002 N 75.

<sup>20</sup> Voir les réponses du Conseil fédéral à la motion de la conseillère nationale Teuscher, du 13 décembre 2000, et au postulat de la conseillère nationale Nabholz, du 14 décembre 2000 (interventions transmises au Conseil fédéral, sous forme de postulat, le 6 mars 2002 [BO 2002 N 74 s.] resp. le 23 mars 2001 [BO 2001 N 354] ; pour les textes et les réponses du Conseil fédéral, voir BO 2002 N annexes [J], 160 ss, et BO 2001 N annexes [J] 421).

« Interdiction de la torture

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Dans quelques décisions, la Commission européenne des droits de l'homme a en effet considéré qu'une discrimination raciale peut en soi, dans certaines circonstances, constituer un traitement dégradant au sens de l'art. 3 CEDH<sup>21</sup>. Il faudrait admettre que cette interdiction de la discrimination raciale, issue de l'art. 3 CEDH, n'est pas limitée à la jouissance des droits garantis par la Convention, qu'elle ait donc un caractère indépendant<sup>22</sup>.

### Section 3

## Les Pactes de l'ONU

51. *Plan.* – Un autre instrument international important de protection des droits de l'homme est la Charte universelle des droits de l'homme. Elle regroupe les instruments de protection des droits fondamentaux les plus importants créés par l'Organisation des Nations Unies, soit la Déclaration universelle des droits de l'homme (1) et les deux Pactes adoptés sur la base de celle-ci, l'un sur les droits économiques, sociaux et culturels (2), l'autre sur les droits civils et politiques (3).

#### 1. La Charte universelle des droits de l'homme en général

52. *La Déclaration universelle des droits de l'homme.* – La Déclaration universelle des droits de l'homme constitue le document de base de protection internationale des droits de l'homme de l'ONU. Elle a été adoptée et

---

<sup>21</sup> Décision de la CommEDH, du 10 octobre 1970, *Asiatiques d'Afrique orientale I*, Recueil de décisions 36, 92, 117 et décision de la CommEDH, du 6 mars 1978, *3 Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni*, DR 13, 17, 24 ; voir également : FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, 47 ; PETTIT/DECAUX/IMBERT, *Commentaire*, 164 s.

<sup>22</sup> Il faut, pour cela, que l'acte discriminatoire atteigne une certaine gravité : GUYAZ, *Discrimination raciale*, 56 s. ; STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 66.

proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies à Paris, le 10 décembre 1948. Ce document n'a pas de valeur normative et il ne lie pas directement les Etats membres de l'ONU. Son rôle est essentiellement celui de définir, de manière déclarative, un standard minimum universel de protection des droits de l'homme.

53. *L'interdiction de la discrimination dans la Déclaration.* – La Déclaration universelle contient notamment deux articles qui touchent la discrimination :

« Art. 2

Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune de naissance ou de toute autre situation. (...) »

« Art. 7

Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination. »

54. *Les deux Pactes.* – La Déclaration universelle n'ayant pas de valeur normative, l'ONU a décidé d'adopter un instrument international contraignant contenant des garanties juridiques des droits fondamentaux. En 1951, la majorité de l'Assemblée générale de l'ONU a cependant décidé de séparer dans deux Pactes distincts les « droits économiques, sociaux et culturels » et les « droits civils et politiques », seuls les derniers étant considérés comme de vrais droits fondamentaux, justiciables. Cette séparation a été maintenue, et les garanties juridiques de la Charte universelle des droits de l'homme se trouvent réparties aujourd'hui sur deux traités : le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Pacte I)<sup>23</sup> et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Pacte II)<sup>24</sup>. Les deux Pactes, adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966, sont entrés en vigueur, respectivement, le 3 janvier

---

<sup>23</sup> RS 0.103.1.

<sup>24</sup> RS 0.103.2.

et le 23 mars 1976<sup>25</sup>. De manière générale, on peut dire que le Pacte I contient en grande partie des dispositions qui ne sont pas directement applicables et s'adresse donc, avant tout, aux législateurs ; le Pacte II, quant à lui, contient généralement des garanties directement applicables.

55. *Le mécanisme de contrôle des Pactes.* – Les Etats ayant ratifié un Pacte sont obligés de présenter périodiquement, c'est-à-dire tous les cinq ans, des rapports sur les mesures prises pour assurer le respect des droits qui y sont garantis (art. 16 Pacte I ; art. 40 Pacte II). Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, instauré par le Pacte I, et le Comité des droits de l'homme, instauré par le Pacte II, examinent les rapports respectifs dans une procédure publique. Ils publient des observations finales qui peuvent contenir des recommandations détaillées destinées aux Etats rapporteurs. Généralement, les Etats parties aux Pactes respectent l'obligation de soumettre leurs rapports, parfois avec des retards importants. Dans l'ensemble, ce mécanisme, très inhabituel il y a 50 ans encore, est aujourd'hui bien établi et permet un contrôle public du respect des droits de l'homme par les différents Etats de la part de la communauté internationale<sup>26</sup>. En ce qui concerne le Pacte II, d'autres instruments de contrôle, facultatifs, existent (requêtes individuelles et plaintes étatiques) ; ces instruments seront présentés au n° 65.
56. *La Charte en droit suisse.* – La Suisse a ratifié les deux Pactes le 18 juin 1992 avec entrée en vigueur au 18 septembre 1992. Comme tout traité international, les deux Pactes priment sur le droit suisse, mais toutes les dispositions ne sont pas directement applicables dans notre pays, comme nous le verrons par la suite.

---

<sup>25</sup> Sur ces pactes, voir notamment : CRAVEN Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford, 1995 ; HENKIN Louis, *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 1981 ; KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes* ; KÖNZLI Jörg, *Soziale Menschenrechte : blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche ? Überlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz*, PJA 1996, 527 - 540 ; MAC GOLDRICK Dominic, *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1991 ; NOWAK, *Commentary* ; DE VRIES REILINGH Jeanine, *L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966 par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes en Suisse, en Allemagne et au Canada. Présentation des systèmes et comparaison*, thèse Neuchâtel, Bâle/Genève/Munich, 1998, 59 - 111.

<sup>26</sup> STEINER/ALSTON, *Context*, 710 ; KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 21 ss.

## 2. Le Pacte I, sur les droits économiques, sociaux et culturels

### a) La portée limitée du Pacte et son mécanisme de contrôle

57. *Le contenu.* – Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels contient des dispositions qui garantissent aux particuliers des prestations positives de la part de l'Etat. Il s'agit de droits comme le droit au travail (art. 6), la liberté syndicale (art. 8), le droit à la sécurité sociale (art. 9), le droit à un niveau de vie suffisant (art. 11) ou le droit à l'éducation (art. 13).
58. *Le mécanisme de contrôle international.* – Le Pacte I oblige les Etats contractants à présenter, périodiquement, des rapports sur les mesures prises pour le respect et la mise en œuvre des droits garantis (art. 16 ; voir *supra*, n° 55). Il n'existe pas d'autre mécanisme de contrôle pour assurer le respect du Pacte I.
59. *La portée juridique en Suisse.* – Conformément à l'art. 2 du Pacte, les Etats contractants s'engagent à agir « en vue d'assurer progressivement le plein exercice » de ces droits, « par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives » (art. 2). De cette disposition, il a souvent été déduit que les droits du Pacte I ne constituent que des mandats législatifs et non pas des droits individuels, justiciables. Pour la plupart des droits qui s'y trouvent, une applicabilité directe est en effet exclue de par leur nature, ces dispositions constituant, avant tout, un mandat au législateur. Mais l'applicabilité directe ne peut pas d'emblée être exclue pour l'ensemble des dispositions du Pacte : certains droits se prêtent sans doute à une application directe par les autorités<sup>27</sup>. Le Tribu-

<sup>27</sup> Voir, notamment KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 73 ss et 105 ss, ainsi que l'Observation générale 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels se rapportant au Pacte I, ch. 5 (KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *op. cit.*, 456, 458) : « Parmi les mesures qui pourraient être considérées comme appropriées figurent, outre les mesures législatives, celles qui prévoient des recours judiciaires au sujet de droits qui, selon le système juridique national, sont considérés comme pouvant être invoqués devant les tribunaux. Le Comité note, par exemple, que la jouissance des droits reconnus, sans discrimination, est souvent réalisée de manière appropriée, en partie grâce au fait qu'il existe des recours judiciaires ou d'autres recours utiles. (...) [E]l y a dans le Pacte (...) d'autres dispositions, y compris celles des articles 3, 7 (al. a, i)), 8, 10 (par. 3), 13 (par. 2, al. a) et par. 3 et 4) et 15 (par. 3) qui, semble-t-il, sont susceptibles d'être immédiatement appliquées par des or-

nal fédéral a toutefois, de manière assez générale, nié le caractère directement applicable des dispositions du Pacte I, sous réserve de quelques éventuelles exceptions<sup>28</sup>.

b) L'interdiction de la discrimination du Pacte I : une protection accessoire

60. *L'article 2.* – Le Pacte I contient deux dispositions, l'une générale, l'autre spéciale, relatives à l'interdiction de la discrimination. La disposition générale est l'art. 2, § 2 :

« Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

61. *L'article 3.* – La disposition spéciale est l'art. 3. Il prévoit une protection contre les discriminations fondées sur le sexe d'une personne :

« Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte. »

62. *Le caractère accessoire de ces dispositions.* – À l'instar de l'art. 14 CEDH, ces deux dispositions n'ont qu'un caractère accessoire ; c'est-à-dire qu'elles ne garantissent un traitement non-discriminatoire que dans l'exercice des droits reconnus par le Pacte. Toutefois, les garanties contenues dans le Pacte I étant assez étendues, leur portée pourrait être considérable.

63. *La question de leur applicabilité directe.* – Le fait que ces dispositions n'aient qu'un caractère accessoire n'entraîne pas automatiquement

---

ganes de caractère judiciaire (...). Il serait difficile de suggérer que les dispositions indiquées ne sont pas, étant donné leur nature, applicables en elles-mêmes et par elles-mêmes. »

<sup>28</sup> ATF 120 Ia 1, *Verband Studierender der Universität Zürich* ; 125 III 277, 281 s., *K. (droit de grève)* ; 126 I 240, 242 ss, *A. et B. (taxes universitaires)*. Selon le Tribunal fédéral, certains aspects de la liberté syndicale garantie à l'art. 8, comme le droit de grève (art. 8 al. 1, lit. d), pourraient avoir un caractère directement applicable.

qu'elles soient dès lors dépourvues de toute applicabilité directe. Comme le souligne le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son Observation générale 3 se rapportant au Pacte I, « la jouissance des droits reconnus, sans discrimination, est souvent réalisée de manière appropriée, en partie grâce au fait qu'il existe des recours judiciaires ou d'autres recours utiles »<sup>29</sup>. L'interdiction de la discrimination, prévue aux articles 2, § 2, et 3 du Pacte, se prête en principe à une application directe par l'ordre juridique interne : lorsqu'un Etat accorde un droit à une prestation couverte par le Pacte I, il doit garantir l'accès à cette prestation de manière non discriminatoire. Cette obligation peut être directement appliquée par une autorité judiciaire<sup>30</sup>.

Le Tribunal fédéral a toutefois – probablement par souci de ne pas se voir obligé de contrôler la conformité de la législation fédérale en matière sociale par rapport à l'interdiction de la discrimination – refusé de leur reconnaître un caractère *self-executing*<sup>31</sup>. La Cour suprême tire son argument principal de la protection accessoire qu'accordent ces dispositions. Toutefois, caractère accessoire et applicabilité directe sont deux choses distinctes et une disposition peut être directement applicable, même si elle ne donne de garanties judiciaires qu'en rapport avec la mise en œuvre de dispositions qui, elles, ne sont pas directement applicables<sup>32</sup>.

### 3. Le Pacte II, sur les droits civils et politiques

#### a) La portée et le mécanisme de contrôle

64. *Le contenu.* – Le Pacte II garantit des droits fondamentaux « classiques », tels que le droit à la vie (art. 6), l'interdiction de la torture et de l'esclavage (art. 7 et 8) ou le droit à la liberté (art. 9 ss).
65. *Le mécanisme de contrôle international.* – Le moyen principal de contrôle du Pacte II est l'obligation des Etats contractants de présenter,

<sup>29</sup> Voir note 27.

<sup>30</sup> Dans le même sens : réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Bühlmann *Classes séparées pour les élèves suisses et étrangers*, BO 1999 N 1339, 1341.

<sup>31</sup> ATF 121 V 246, 250, T., concernant l'art. 2 al. 2 Pacte I (rente d'invalidité d'un étranger) ; ATF 121 V 229, 233, B., concernant l'art. 3 Pacte I (âge de la retraite AVS).

<sup>32</sup> Voir, à ce sujet, KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 115 s., et KÜNZLI (note 25), 535 s.

périodiquement, des rapports sur les mesures prises pour le respect des droits qu'il garantit (art. 40 ; voir *supra*, n° 55).

De surcroît, par la signature d'un Protocole facultatif, les Etats peuvent reconnaître la compétence du Comité des droits de l'homme de recevoir des requêtes individuelles (appelées « communications »). Par une requête, les particuliers peuvent invoquer, devant le Comité, la violation des droits reconnus par le Pacte. Plus de deux tiers des Etats parties ont ratifié le protocole. Des centaines de « communications » individuelles ont permis au Comité de concrétiser les garanties du Pacte II. L'instrument des requêtes individuelles est ainsi devenu l'un des instruments les plus importants de la protection internationale des droits de l'homme<sup>33</sup>. La Suisse n'a toutefois pas (encore) signé ce Protocole.

Enfin, les Etats ont également la possibilité d'invoquer la violation du Pacte par un autre Etat : par une déclaration, les Etats signataires peuvent reconnaître la compétence du Comité de recevoir et d'examiner des plaintes étatiques (art. 41). Seule une minorité des Etats signataires a émis une telle déclaration ; la procédure est tellement inefficace qu'elle n'a, jusqu'à aujourd'hui, jamais été utilisée<sup>34</sup>.

66. *L'applicabilité directe du Pacte II en Suisse.* – En Suisse, jurisprudence et doctrine admettent que les garanties du Pacte II sont directement applicables<sup>35</sup>. Les droits reconnus par le Pacte II peuvent ainsi être invoqués par les particuliers devant tous les tribunaux suisses, et sont – à l'instar des droits garantis par la CEDH – des droits constitutionnels au sens procédural de l'art. 189 al. 1, lit. a, Cst., ouvrant la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral<sup>36</sup>. La Suisse n'ayant pas encore signé le Protocole facultatif qui permet les requêtes individuelles auprès du Comité des droits de l'homme, le Tribunal fédéral décide en dernière instance sur la violation du Pacte.

---

<sup>33</sup> KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 25 s. ; FORREST MARTIN et al., *Human Rights*, 6.

<sup>34</sup> STEINER/ALSTON, *Context*, 739 ; KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 23 s.

<sup>35</sup> Voir notamment : ATF 120 Ia 247, 255, J. ; KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 72.

<sup>36</sup> Cf. ATF 120 Ia 247, 255, J. ; 128 III 244, Z.

b) L'interdiction de discriminer du Pacte II : un droit indépendant

67. *Les garanties accessoires des articles 2 et 3.* – Le Pacte II contient plusieurs dispositions touchant l'interdiction de la discrimination. Deux de ces dispositions n'ont, à l'instar des dispositions parallèles du Pacte I, qu'un caractère accessoire et leur portée se limite à l'exercice des droits garantis par le Pacte : la première, l'art. 2, interdit, de manière générale, les distinctions injustifiées dans la reconnaissance des droits garantis par le Pacte ; la seconde, l'art. 3, contient une protection spéciale contre les discriminations fondées sur le sexe. Le texte de ses dispositions est presque identique aux deux articles parallèles du Pacte I<sup>37</sup>.
68. *La protection indépendante de l'article 26.* – Contrairement aux articles 2 et 3, l'art. 26 a une portée autonome :

« Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

L'art. 26 a une portée indépendante des garanties accordées par le Pacte, qui s'étend à l'ensemble de l'ordre juridique<sup>38</sup>. Le Comité des droits de

<sup>37</sup> Art. 2, § 1 : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

Art 3 : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte. »

<sup>38</sup> NOWAK, *Commentary*, n° 12 s. ad art. 26 ; RAMCHARAN, *Equality*, 253 ss ; SUDRE, *Droits de l'homme*, n° 195 ; Communication individuelle n° 182/1984, *F. H. Zwaan-de Vries c. Pays-Bas*, constatations du Comité des droits de l'homme, du 9 avril 1987, ch. 12.3 : KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 596, 599 ; critique à cet égard : TOMUSCHAT, *Gleichheitssatz*, 37 s.

l'homme a souligné, dans son Observation générale n° 18 se rapportant au Pacte II, ce caractère indépendant<sup>39</sup> :

« Alors qu'aux termes de l'article 2, les droits qui doivent être protégés contre la discrimination sont limités aux droits énoncés dans le Pacte, l'article 26 ne précise pas une telle limite. Cet article consacre en effet le principe de l'égalité devant la loi et de l'égalité de protection de la loi, et stipule que la loi doit garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre la discrimination pour chacun des motifs énumérés. De l'avis du Comité, l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. Il interdit toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics. »

Ainsi, par exemple, le Comité a appliqué l'art. 26 à la législation sociale autrichienne, considérant qu'un Etat viole cette disposition en faisant dépendre l'octroi d'une rente de veuf de conditions plus restrictives que l'octroi de la rente de veuve<sup>40</sup>. Selon le Comité, le Pacte II n'oblige pas les Etats contractants à instaurer, dans leur législation, un système de rentes de survivant, mais lorsqu'ils le font, ce système doit être compatible avec les exigences de l'art. 26 du Pacte.

69. *La réserve suisse concernant l'art. 26.* – Toutefois, la Suisse a formulé, lors de la ratification du Pacte II, une réserve importante concernant la portée de l'article 26, qui exclut son caractère autonome en Suisse :

« L'égalité de toutes les personnes devant la loi et leur droit à une égale protection de la loi sans discrimination ne seront garantis qu'en liaison avec d'autres droits contenus dans le présent Pacte. »

Aussi, notre pays – qui a émis un nombre relativement élevé de réserves relatives au Pacte II<sup>41</sup> – entend-il limiter la portée de l'art. 26 à l'exercice des droits garantis par le Pacte même, ne lui reconnaissant qu'un caractère accessoire. Si les garanties qu'accorde l'art. 26 ne vont guère au-delà des garanties contenues à l'art. 8 de la Constitution fédérale, c'est surtout

---

<sup>39</sup> Chiffre 12 de l'Observation générale n° 18 (1989) : KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 547, 550.

<sup>40</sup> Communication individuelle n° 415/1990, *D. Panger c. Autriche*, constatations du Comité des droits de l'homme, du 26 mars 1992, ch.7 s. : EuGRZ 1992, 344 ss ; avec un Commentaire de NOWAK Manfred, *idem*, 346 s.

<sup>41</sup> RO 1993 747 ; RS 0.103.2.

le souci de ne pas exposer les lois fédérales à un contrôle juridictionnel par rapport au Pacte (contrôle qui est exclu pour le respect de la Constitution fédérale, cf. art. 191 Cst.), qui a mené la Suisse à émettre cette réserve<sup>42</sup>. Le Comité des droits de l'homme a critiqué cette réserve dans ses observations finales concernant le premier rapport de la Suisse ; il recommande à notre pays d'examiner son retrait<sup>43</sup>.

70. *L'interdiction de la discrimination comme noyau dur du Pacte.* – Enfin, reste à mentionner l'art. 4, qui exprime que, même en cas de danger public exceptionnel, des mesures discriminatoires sont inadmissibles<sup>44</sup> :

«(1) Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

(2) La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18. (...) »

Cet article renforce alors l'interdiction de la discrimination, en la rangeant parmi les dispositions qui forment le noyau intangible du Pacte II, auxquelles il ne peut en aucun cas être dérogé. Aussi une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale est-elle absolument interdite.

<sup>42</sup> FF 1991 I 1129, 1140 (message sur l'adhésion aux deux Pactes, du 30 janvier 1991) ; les Chambres n'ont pas discuté la question : BO 1991 N 1494 ss, BO 1991 E 930 ss.

<sup>43</sup> Observations du 8 novembre 1996 (document de l'ONU CCPR/C/79/Add. 70 ; cité chez KALIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 231 s. Sur l'admissibilité de cette réserve, voir : KALIN/MALINVERNI/NOWAK, *op. cit.*, 100 s.

<sup>44</sup> Sur cette disposition, voir notamment SCHEFER, *Kerngehalte*, 148 ss.

## Section 4

### Les autres sources de droit international

71. *Plan.* – La lenteur du processus d'élaboration des deux Pactes de protection des droits de l'homme (décision de l'Assemblée générale en 1951, adoption des Pactes en 1966) a mené à l'adoption de plusieurs instruments spéciaux de protection des droits de l'homme au sein de l'ONU, dont plusieurs dans le domaine de l'interdiction de la discrimination<sup>45</sup>. Les instruments les plus importants qui intéressent notre étude sont la Convention contre la discrimination raciale (1), la Convention contre la discrimination à l'égard des femmes (2) et la Convention n° 111 de l'OIT, sur la discrimination en matière d'emploi et de profession (3). Il existe également quelques autres Conventions qui méritent d'être mentionnées dans ce contexte (4).

#### 1. La Convention contre la discrimination raciale

72. *Son adoption.* – L'élaboration de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*<sup>46</sup> a été décidée en 1962. Adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 21 décembre 1965, elle est entrée en vigueur le 4 janvier 1969, après avoir été ratifiée par 27 États.
73. *Son contenu.* – La Convention a pour but de garantir une protection spéciale contre une forme de discrimination, celle fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique d'une personne (ar-

---

<sup>45</sup> Sur ce processus, voir notamment KALIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 6 s. ; DELBRÜCK, *Konvention*, 247 ss.

<sup>46</sup> RS 0.104.

Sur cette Convention, voir : Message Discrimination raciale ; DE GOUTTES Régis, *Le principe de non-discrimination raciale dans la Convention des Nations Unies de 1965 et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in : Liber Amicorum Marc André Eissen, Bruxelles/Paris, 1995, 187 – 197 ; GUYAZ, *Discrimination raciale*, 59 – 82 ; MERON Theodor, *The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, American Journal of International Law, vol. 79, 1985, 283 – 318 ; STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 90 – 170.

ticle premier de la Convention)<sup>47</sup>. Les Etats contractants s'engagent à suivre une politique qui vise l'élimination de toute forme de discrimination raciale, notamment par la renonciation à tout acte ou pratique discriminatoire, par la prise de mesures gouvernementales et législatives pour l'abrogation de toute discrimination étatique et par des mesures législatives interdisant la discrimination raciale pratiquée par des personnes ou groupes privés (art. 2).

74. *Le mécanisme de contrôle international.* – À l'instar du système des Pactes, le respect de la Convention est assuré par un Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, auquel les Etats contractants doivent présenter, tous les deux ans, des rapports sur les mesures qu'ils ont prises pour donner effet aux dispositions de la Convention<sup>48</sup>.

La Convention permet également des requêtes individuelles (« communications »), mais seulement pour les personnes relevant d'une juridiction d'un Etat qui a déclaré reconnaître la compétence du Comité à cet égard. Environ 40 pays ont fait cette déclaration ; le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale de faire la déclaration correspondante<sup>49</sup>. Le nombre de communications adressées au Comité est relativement peu élevé<sup>50</sup>.

Il existe aussi une procédure de plainte étatique qui n'a, à l'instar de ce qui vaut pour celle prévue par le Pacte II, encore jamais été utilisée<sup>51</sup>.

75. *La portée juridique en Suisse.* – La Convention est entrée en vigueur en Suisse le 29 décembre 1994, après avoir été approuvée par l'Assemblée

<sup>47</sup> La Convention ne s'applique pas aux distinctions établies par un Etat entre ressortissants et non-ressortissants de cet Etat (art. 1 al. 2) ; de manière générale, sont admissibles des distinctions selon la nationalité lorsque celles-ci n'ont pas pour but ou pour effet une discrimination raciale, cf. STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 103 ss.

<sup>48</sup> Pour un résumé de la jurisprudence du Comité : Message du Conseil fédéral relatif à la reconnaissance de la compétence du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) pour recevoir et examiner des communications au sens de l'art. 14 de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 29 août 2001, FF 2001 5649, 5661 ss.

<sup>49</sup> Message précité (note 48) ; en 2002, l'affaire était encore pendante devant le Conseil des Etats, après que le Conseil national eut autorisé le Conseil fédéral, le 10 décembre 2001, à faire cette déclaration : BO 2001 N 1805 ss et BO 2002 E 413 ss.

<sup>50</sup> Une vingtaine au 1<sup>er</sup> juillet 2001 : Message précité (note 48), 5657 ; voir aussi l'intervention du conseiller fédéral Deiss, BO 2002 E 419 s.

<sup>51</sup> FORREST MARTIN et al., *Human Rights*, 5 ; Message précité (note 48), 5653.

fédérale le 9 mars 1993. En principe, les dispositions de la Convention ne sont pas directement applicables en Suisse, à l'exception de quelques articles, dont notamment les art. 2, lit. a, 3 et 5<sup>52</sup>.

Concernant la politique des étrangers, la Suisse s'est réservée le « droit d'appliquer ses dispositions légales relatives à l'admission des étrangères et des étrangers sur le marché du travail suisse. » Cette réserve était nécessaire car la compatibilité du système des « pays de recrutement traditionnels », appliqué pour l'admission au marché du travail, avec les obligations de la Convention est fort douteuse<sup>53</sup>.

La ratification de la Convention a entraîné une modification du Code pénal suisse (art. 261<sup>bis</sup>, sur la discrimination raciale). Cette disposition sera présentée au n° 419.

## 2. La Convention contre la discrimination à l'égard des femmes

76. *Son adoption.* – Un autre instrument international de protection contre une forme de discrimination spéciale est la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*<sup>54</sup>. Élaborée par la commission sur le statut de la femme et adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 18 décembre 1979, elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1981, après avoir été ratifiée par 20 Etats.

---

<sup>52</sup> Message Discrimination raciale, 283 s. ; le Conseil fédéral semble exclure l'applicabilité directe de l'art. 3 interdisant toute forme de ségrégation raciale et d'apartheid, on ne voit toutefois pas très bien pourquoi cette norme ne pourrait pas être directement appliquée par une autorité judiciaire.

<sup>53</sup> Voir, à ce sujet, le Message Discrimination raciale, 290 ss et AUER, *Trois cercles*, 1232 ss.

<sup>54</sup> RS 0.108.

Sur cette Convention, voir : Message Convention femmes ; S. BERTSCH, *Frauen-Konvention* ; DELBRÜCK, *Konvention* ; HAUSAMMAN/SCHLÄPPI, *UNO-Übereinkommen* ; HELBLING, *Geschlechterdiskriminierung*, 117 – 176 ; JACOBSON Roberta, *The Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, in : ALSTON Philip (éd.), *The United Nations and Human Rights. A critical Appraisal*, Oxford, 1992, 444 – 472 ; WRIGHT Schelley, *Human Rights and Women's Rights : An Analysis of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in : MAHONEY Cathleen E., MAHONEY Paul, *Human Rights in the Twenty-first Century : A Global Challenge*, Dordrecht/Boston/London, 1993, 75 – 88.

77. *Son contenu.* – La Convention a pour but, comme son titre l'indique, d'éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Les Etats parties s'engagent, d'une part, à éliminer les discriminations existantes en adoptant des mesures législatives, judiciaires et autres (art. 2, 3 et 5) et, d'autre part, à améliorer la situation des femmes par des mesures dans toute une série de domaines, tels que la vie politique et publique, la nationalité, l'éducation, le travail, la santé, etc. (art. 6 à 16). La Convention précise, à son art. 4, que les mesures positives en faveur des femmes ne sont pas considérées comme actes de discrimination au sens de la Convention.
78. *Le mécanisme de contrôle.* – La Convention contre la discrimination à l'égard des femmes dispose du système de contrôle le plus faible des conventions internationales contre la discrimination<sup>55</sup> : les Etats parties sont obligés de présenter, tous les 4 ans, un rapport sur les mesures qu'ils ont adoptées pour réaliser les buts de la Convention et sur les progrès réalisés. Ces rapports sont examinés par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, créé sur la base de la Convention.
- Jusqu'en 1999, il n'existait ni une possibilité de déposer des requêtes individuelles auprès du Comité, ni une procédure de plaintes étatiques. Le Protocole facultatif du 10 décembre 1999 permet dorénavant aux Etats parties de reconnaître la compétence du Comité de recevoir et d'examiner des « communications » émanant de particuliers<sup>56</sup>. La Suisse n'a pas encore reconnu cette compétence.
79. *Sa portée juridique en Suisse.* – L'Assemblée fédérale a approuvé la Convention le 4 octobre 1996 ; celle-ci est entrée en vigueur dans notre pays le 26 avril 1997. Quelques dispositions de la Convention pourraient être directement applicables (notamment les art. 9 et 15), la grande majorité d'entre elles – compte tenu de leur caractère programmatique et de l'imprécision des formules qu'elles contiennent – ne le sont cependant pas<sup>57</sup>. La Suisse a émis trois réserves, portant sur l'engagement armé des

<sup>55</sup> S. BERTSCHLI, *Frauen-Konvention*, 24 ; DELBRÜCK, *Konvention*, 262 s.

<sup>56</sup> En vigueur depuis le 22 décembre 2000 (cf. message cité à la note 48, 5655 et 5659 [note 42]).

<sup>57</sup> Voir Message Convention femmes, 893 ss ; voir également : HELBLING, *Geschlechterdiskriminierung*, 172 ss ; HAUSAMMANN/SCHLÄPPI, *UNO-Übereinkommen*, 42.

femmes au sein de l'armée, sur le droit du nom de famille et sur certaines dispositions transitoires du régime matrimonial.

### 3. La Convention n° 111 de l'OIT

80. *Son adoption.* – L'organisation internationale du travail (OIT) a adopté, lors de la 42<sup>e</sup> session de la Conférence internationale du travail, à Genève, la *Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, du 25 juin 1958<sup>58</sup>.
81. *Son contenu.* – La Convention oblige les Etats contractants à suivre une politique et une législation qui vise à promouvoir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession afin d'éliminer les discriminations dans ce domaine, notamment celles fondées sur la race, la couleur, le sexe, la religion ou l'origine. Elle ne prévoit pas de mécanisme de contrôle.
82. *La portée juridique en Suisse.* – La Suisse a ratifié la Convention le 13 juillet 1961, avec effet au 13 juillet 1962. Dans l'ensemble, cette convention n'a pas un caractère directement applicable. Elle oblige les Etats contractants – donc aussi la Suisse – à suivre une certaine politique et à adapter leur législation, mais ses dispositions ne sont pas suffisamment claires et précises pour pouvoir être invoquées devant un tribunal<sup>59</sup>.

### 4. Autres instruments internationaux contenant des normes contre la discrimination

83. *Instruments ratifiés par la Suisse.* – Certains autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, également ratifiés par la Suisse, contiennent des dispositions interdisant la discrimination. Il s'agit notamment des instruments suivants :

---

<sup>58</sup> RS 0.822.721.1.

<sup>59</sup> ATF 106 Ib 182, 186 ss, *Henggeler*.

- la Convention relative au statut des réfugiés, de 1951<sup>60</sup>,
- la Convention relative au statut des apatrides, de 1954<sup>61</sup>,
- la Convention de l'ONU contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de 1984<sup>62</sup>,
- la Convention relative aux droits de l'enfant, de 1989<sup>63</sup>,
- la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, de 1995<sup>64</sup>,
- la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, de 1992<sup>65</sup>.

84. *Les instruments non ratifiés par la Suisse.* – À part ces instruments internationaux ratifiés par la Suisse, plusieurs instruments non ratifiés par notre pays contiennent des dispositions sur l'interdiction de la discrimination, dont notamment la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, de 1973, qui déclare que celui-ci constitue une forme spéciale de discrimination raciale, ou la Convention de l'UNESCO de 1960 interdisant la discrimination dans l'enseignement<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> RS 0.142.30 ; son art. 3 (« non-discrimination ») a la teneur suivante : « Les Etats Contractants appliqueront les dispositions de cette Convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine ».

<sup>61</sup> RS 0.142.40 ; avec un art. 3 analogue.

<sup>62</sup> RS 0.105 ; art. 2 al. 1.

<sup>63</sup> RS 0.107 ; art. 2 al. 2.

<sup>64</sup> RS 0.441.1 ; son art. 4 al. 1 a la teneur suivante : « Les Parties s'engagent à garantir à toute personne appartenant à une minorité nationale le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi. A cet égard, toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale est interdite ».

<sup>65</sup> Approuvée par l'Assemblée fédérale le 18 juin resp. le 25 septembre 1997 (BO 1997 E 648 ss et N 1732 ss ; en 2002, la Charte n'était pas encore publiée au RO) ; son art. 7 al. 2 stipule : « Les Parties s'engagent à éliminer, si elles ne l'ont pas encore fait, toute distinction, exclusion, restriction ou préférence injustifiées portant sur la pratique d'une langue régionale ou minoritaire et ayant pour but de décourager ou de mettre en danger le maintien ou le développement de celle-ci » (Message concernant la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, du 25 novembre 1996, FF 1997 I 1105, 1125).

<sup>66</sup> Voir Message Discrimination raciale, 270.

## 5. L'interdiction de la discrimination raciale, élément du *ius cogens*

85. *Introduction.* – L'interdiction de la discrimination pourrait également ressortir des sources non écrites du droit international, c'est-à-dire du droit coutumier et du *ius cogens*<sup>67</sup>. La réponse à la question de savoir si et dans quelle mesure cette interdiction fait partie du droit non écrit, doit nécessairement être prudente et différenciée, puisque ce droit, par sa nature, ne peut être facilement déterminé.
86. *Le droit coutumier.* – L'interdiction de la discrimination pourrait faire partie de la coutume internationale, générale ou régionale. La coutume internationale est une source du droit international au sens de l'art. 38 du Statut de la Cour internationale de justice<sup>68</sup>, qui la définit comme « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». En effet, est considérée coutumière une règle qui a été respectée par les Etats dans une pratique plus ou moins longue (élément objectif) et qui est considérée, par ces Etats, comme obligatoire (élément subjectif ; *opinio iuris sive necessitatis*). Dans ce sens, une interdiction générale des discriminations ne fait pas partie des règles coutumières universelles ; en revanche, certaines formes qualifiées de discrimination, notamment la discrimination raciale – du moins quand elle se pratique de manière systématique –, sont interdites par le droit coutumier international<sup>69</sup>.

Pour beaucoup de pays, la question a toutefois perdu de son importance, puisque, comme nous venons de le voir, l'interdiction de la discrimination fait aujourd'hui partie du droit international conventionnel – que ce soit de manière générale ou limitée à certains domaines.

---

<sup>67</sup> Sur la question, voir : DIACONU Ion, *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (ius cogens)*, thèse Genève, Bucarest, 1971 ; FROWEN Jochen, *Die Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung*, in : Festschrift Hermann Mosler, Berlin/Heidelberg/New York, 1983, 241 – 262 ; KOKOTT Juliane, *Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public*, in : COESTER-WALTJEN Dagmar, KRONKE Herbert, KOKOTT Juliane, *Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug*, Heidelberg, 1998, 71 – 108 ; SUDRE, *Droits de l'homme*, n° 42 ss ; SUY Erik, *Droit des traités et droits de l'homme*, in : Festschrift Hermann Mosler, Berlin/Heidelberg/New York, 1983, 935 – 947.

<sup>68</sup> du 26 juin 1945, RS 0.193.501.

<sup>69</sup> STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 71 ss, avec des références à la jurisprudence.

87. *L'interdiction de la discrimination comme partie du ius cogens.* – Il est généralement admis que certaines normes de droit international ont un caractère impératif et universel, de sorte qu'elles s'imposent à tous les États, indépendamment d'éventuelles règles contraires du droit interne ou de traités internationaux applicables. On les appelle les « règles impératives du droit international » ou *ius cogens*<sup>70</sup>. Ces règles protègent les intérêts fondamentaux de la communauté internationale et elles valent donc *erga omnes*, envers cette communauté dans son ensemble. La question de savoir si des normes protégeant les droits de l'homme en font également partie est controversée en doctrine<sup>71</sup>. Selon la jurisprudence de la Cour internationale de justice, font partie du droit international impératif notamment les actes d'agression et de génocide, mais également des règles fondamentales relatives aux droits de l'homme, « y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »<sup>72</sup>. Si tous les droits fondamentaux ne font sans doute pas partie du *ius cogens*, la discrimination raciale systématique – comme l'*apartheid* – doit, pour ce qui intéresse cette étude, être considérée comme une règle du droit international impératif<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (RS 0.111) ; arrêt de la Cour internationale de justice, du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Belgique c. Espagne)*, C.I.J. Recueil 1970, 3, 32 (§§ 33 s.) ; SHAW Malcolm N., *International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Cambridge, 1997, 96 ss ; voir également : DAILLIER Patrick, PELLET Alain, *Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1999, n° 125 ss. Le projet d'une Convention sur la responsabilité internationale des États contient, à son art. 19, une disposition sur les « crimes et les délits internationaux » qui va dans le même sens.

<sup>71</sup> Notamment SUDRE, *Droits de l'homme*, n° 42 ss, met en question l'utilité du concept de *ius cogens* en matière des droits de l'homme, car (a) on imaginerait mal que deux ou plusieurs États concluent un traité international pour violer délibérément une norme fondamentale protectrice des droits de l'homme et que (b) le concept pose le problème d'une hiérarchie entre les droits de l'homme qui serait difficilement conciliable avec le caractère universel de ces droits.

<sup>72</sup> Arrêt *Barcelona Traction* (note 70), § 34.

<sup>73</sup> STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 78 ss.

**DEUXIEME PARTIE**

**LA NOTION**

---

## CHAPITRE I

### LA PROBLEMATIQUE

#### 1. La « discrimination », une notion à définir

88. *Une nouvelle notion.* – La nouvelle Constitution introduit, à l'art. 8 al. 2, le terme de « discrimination » (« Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de ... ») et énumère une liste de critères qui ne peuvent servir de base à une telle « discrimination ». À la différence de ce qui vaut pour le premier et le troisième alinéas de cet article, l'alinéa portant sur l'interdiction de la discrimination ne connaît pas de texte correspondant dans l'ancienne Constitution<sup>1</sup>. Formellement du moins, le concept de « discrimination » constitue donc une « innovation » de la Constitution fédérale de 1999.
89. *Absence de définition établie de la « discrimination ».* – La portée de la notion de discrimination est loin d'être claire. Le constituant a certes placé l'interdiction de la discrimination dans le contexte de l'art. 8. Mais – contrairement à ce qui vaut pour le principe d'égalité en général (art. 8 al. 1 Cst.) – le concept de l'interdiction des discriminations ne connaît pas encore de définition ancrée dans la jurisprudence.
- On devine bien l'idée qui est derrière cette disposition : nul ne doit être désavantagé, stigmatisé ou abaissé sur la base de qualités personnelles qui ne devraient avoir aucune influence sur le respect que la collectivité porte à une personne. Une telle approche est toutefois trop vague pour servir de base à une analyse juridique de cas concrets.
90. *Les questions que pose l'art. 8 al. 2 Cst.* – D'un point de vue juridique, la disposition pose une série de questions, entre autres :

- Quels sont les éléments constitutifs d'une « discrimination » ?

---

<sup>1</sup> Voir *supra*, n° 16 ss.

- Comment distinguer entre une inégalité de traitement et une « discrimination » ? Toute « discrimination » est-elle nécessairement une violation du principe d'égalité de l'alinéa premier ?
- L'interdiction de la discrimination accorde-t-elle une protection, « symétrique », à toutes les personnes – qu'elles appartiennent ou non à un groupe défavorisé –, ou uniquement aux membres de certains groupes défavorisés (protection « asymétrique ») ?
- Quel est le rôle des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst. ?
- Quelles sont les conséquences juridiques d'une discrimination ?

Pour répondre à ces questions, plusieurs hypothèses sont envisageables. Avant de procéder à l'interprétation du texte constitutionnel à l'aide des instruments juridiques habituels, nous exposerons tout d'abord ces hypothèses.

## 2. Les hypothèses

### a) La discrimination en tant que synonyme d'inégalité de traitement

91. *Une autre façon d'exprimer l'idée de l'égalité.* – La première hypothèse est celle qui consisterait à dire que l'alinéa 2 de l'art. 8 ne fait que répéter, dans d'autres termes, ce qu'exprime déjà l'alinéa premier. L'interdiction de discriminer n'aurait pas de portée différente du principe général d'égalité et n'apporterait rien de plus à ce principe. On pourrait alors se référer à la jurisprudence sur l'égalité pour déterminer le contenu de l'interdiction des discriminations : si « [t]ous les êtres humains sont égaux devant la loi » (al. 1), aucun d'entre eux ne doit être privilégié ou désavantagé (« discriminé ») sans qu'il existe un motif pertinent pour la distinction opérée. Aussi le terme « discrimination » serait-il synonyme d'un traitement distinct qui ne repose sur aucun motif raisonnable. Il serait donc synonyme de « distinction injustifiée ».
92. *Une liste de critères qui pourraient être non pertinents.* – L'alinéa 2 n'apporterait alors rien de nouveau à l'alinéa premier, si ce n'est une

énumération purement exemplative de quelques critères susceptibles d'être non pertinents pour justifier une distinction. La Constitution donnerait aux autorités quelques indications, quelques exemples pour l'application du principe stipulé à l'alinéa premier. La présence d'un critère dans la liste pourrait avoir pour effet de le rendre « suspect » : une attention particulière serait exigée lorsqu'une distinction s'opère en fonction d'un tel critère.

b) L'interdiction de la discrimination comme exigence d'égalité formelle

93. *Une interdiction formelle des distinctions.* – Une autre hypothèse conçoit l'interdiction de la discrimination comme une exigence d'égalité formelle. L'art. 8 al. 2 interdirait les distinctions fondées sur certains critères, érigés par le constituant en critères qui ne sont jamais pertinents pour justifier une distinction. L'ordre juridique devrait alors être neutre, « aveugle », par rapport aux qualités personnelles énumérées par la Constitution. Aussi le terme « discriminer » serait-il synonyme de « distinguer en fonction d'un critère interdit » et l'interdiction de la discrimination exclurait toute distinction opérée sur la base des critères de l'art. 8 al. 2 (sous réserve des cas où un traitement différent s'impose pour des raisons impératives).

Ainsi, la disposition constituerait une généralisation de l'idée exprimée – selon la jurisprudence et la doctrine quasi unanime – par l'art. 8 al. 3, première phrase, qui exige en principe un traitement *identique* des femmes et des hommes.

94. *Une liste de critères interdits.* – Si l'on suivait cette hypothèse, la Constitution donnerait à l'alinéa 2, pour certaines situations, une réponse définitive à la question, posée par l'alinéa premier, de savoir si un critère peut servir de base pour une distinction ou non. Les critères énumérés seraient des critères de distinction formellement interdits. Cette interprétation rend la disposition extrêmement contraignante ; il resterait toutefois à examiner si tous les critères énumérés pourraient avoir la même valeur resp. le même caractère absolu.

- c) La discrimination en tant que distinction dépréciative, exigeant une justification particulière

95. *Une distinction qualifiée.* – Une troisième hypothèse sortirait la notion de « discrimination » des catégories « classiques » du principe d'égalité. Pour constituer une « discrimination », une mesure devrait non seulement opérer une distinction entre deux situations, mais y ajouter un élément : il s'agirait donc d'une distinction qualifiée par un élément supplémentaire.

Une analyse approfondie serait nécessaire pour déterminer les éléments qui différencieraient une simple inégalité de traitement d'une « discrimination ». Admettons ici que, pour constituer une « discrimination », une mesure devrait toucher la personne qui en fait l'objet dans le respect que la société lui porte. En d'autres termes, elle devrait avoir un caractère dépréciatif, touchant la personne dans sa valeur d'être humain. L'élément supplémentaire qui rendrait une distinction discriminatoire pourrait donc être l'attitude ou l'effet *dépréciatif*.

En d'autres termes, certaines distinctions, malgré le fait qu'elles reposent sur des motifs raisonnables et qu'elles soient par conséquent admissibles selon l'art. 8 al. 1 Cst., constitueraient, à cause de leur caractère dépréciatif, une « discrimination » et entreraient ainsi dans le champ de l'art. 8 al. 2 Cst. L'interdiction de la discrimination serait donc autre chose qu'une inégalité de traitement. Toute inégalité de traitement ne serait pas nécessairement une discrimination et toute discrimination ne serait pas nécessairement, selon les critères « classiques » du principe d'égalité, une inégalité.

96. *L'exigence d'un examen approfondi.* – La conséquence juridique pourrait être qu'une distinction ayant un caractère dépréciatif n'est admissible que si elle est justifiée par des motifs particulièrement sérieux et importants (resp. par un intérêt public prépondérant) et qu'elle respecte le principe de la proportionnalité.
97. *Des critères « hautement suspects ».* – Dans cette hypothèse, toute distinction fondée sur un critère énuméré par l'alinéa 2 ne serait pas d'emblée interdite. Ce qui serait prohibé, c'est le traitement dépréciatif, le fait de dénigrer la valeur d'un être humain. Les critères, choisis sur la base d'expériences historiques et sociales, auraient, en revanche, un caractère

« hautement suspect » : lorsqu'une distinction est opérée en fonction de l'un d'entre eux, elle porterait alors en soi la présomption d'illicéité.

d) La discrimination en tant que distinction dépréciative, absolument interdite

98. *Une distinction qualifiée, dépréciative.* – Une quatrième hypothèse voit dans l'interdiction de la discrimination une sorte de « noyau dur » du principe d'égalité. Elle recouvre la troisième hypothèse dans la définition de ce qu'est une « discrimination » : est discriminatoire une distinction qui a un caractère dépréciatif parce qu'elle est liée à l'expression d'un mépris à l'égard des personnes qui en font l'objet.

99. *L'interdiction complète des distinctions dépréciatives.* – Mais, à la différence de ce qui vaut pour l'hypothèse précédente, toute distinction qui a un caractère dépréciatif serait tout simplement inadmissible. Dès qu'une mesure est dépréciative, en opérant des distinctions en fonction de certaines qualités des personnes pour les abaisser dans leur valeur d'êtres humains, elle devient inadmissible ; même des motifs particulièrement sérieux ne pourraient pas la rendre conforme à la Constitution. Cette hypothèse reposerait sur l'idée que l'Etat ne doit, en aucun cas, prendre une attitude dépréciative envers un être humain.

### 3. Les exemples

La distinction entre ces hypothèses soulève à la fois des questions théoriques et dogmatiques et des questions pratiques et concrètes. Deux exemples peuvent montrer les implications de ces questions et illustrer les différentes hypothèses :

a) Exemple n° 1 : Un fonds offrant des bourses aux seuls étudiants handicapés

100. *Les faits (fictifs).* – Le Grand Conseil d'un canton, constatant que les personnes handicapées sont sous-représentées dans les universités, décide de créer un fonds spécial qui accorde des bourses d'études réservées aux étudiants souffrant d'un handicap. Le fonds a pour effet que les chances

d'une personne handicapée d'obtenir une bourse deviennent cinq fois plus grandes que celles d'un étudiant non handicapé, qui ne peut recourir qu'aux fonds ordinaires de bourses. Un étudiant non handicapé attaque la loi adoptée par le Grand Conseil en invoquant une violation de l'art. 8 al. 2 Cst.

101. *Hypothèse a).* – Si l'interdiction de la discrimination n'est qu'une autre façon d'exprimer le principe d'égalité, on doit se demander s'il existe un « motif raisonnable » pour la distinction en question. On peut sans doute l'admettre : les difficultés notoires que rencontrent les handicapés, l'effort supplémentaire qui leur est demandé pour suivre des études<sup>2</sup> et l'expérience historique de l'exclusion sociale de ce groupe de personnes constituent des « motifs raisonnables »<sup>3</sup> pour justifier une différence de traitement entre handicapés et non-handicapés. Cela vaut même si l'on considère que les critères énumérés à l'alinéa 2 – dont la « déficience corporelle, mentale ou psychique » – sont, en soi, des critères de distinction « suspects » et exigent une attention particulière.

Sous l'hypothèse a), la mesure serait donc conforme à la Constitution et ne constituerait pas une discrimination.

102. *Hypothèse b).* – Si l'art. 8 al. 2 Cst. consacre l'égalité formelle, donc l'interdiction de toute distinction fondée sur un des critères énumérés, le résultat est différent. Dans cette hypothèse, le critère de la déficience ne peut en principe pas servir de justification pour une distinction, sauf s'il existe un motif absolument impératif pour la faire. On peut admettre que l'encouragement des étudiants handicapés ne constitue pas une mesure qui s'impose absolument.

Pour les handicapés, s'imposeraient, par exemple, les règles de la LAI qui n'accordent des rentes, des moyens auxiliaires ou des mesures médicales ou de réinsertion qu'aux personnes souffrant d'une « invalidité » : l'état de santé de ces personnes exige de prévoir des mesures en leur faveur, une autre solution serait même contraire à la dignité humaine ou arbitraire (et donc contraire aux art. 7 resp. 9 Cst.).

---

<sup>2</sup> Reste à signaler que toutes les personnes handicapées ne rencontrent pas nécessairement les mêmes difficultés, raison pour laquelle certaines différenciations pourraient éventuellement s'imposer.

<sup>3</sup> Voir la définition jurisprudentielle de l'égalité de traitement, *infra*, n° 195.

On peut comparer notre exemple avec la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité entre les sexes : un fonds destiné aux seules *étudiantes* serait contraire à l'art. 8 al. 3, première phrase, Cst. (il n'y a pas de raisons absolument impératives pour faire une distinction). Des mesures positives pourraient éventuellement être admissibles, mais uniquement sous des conditions restrictives (notamment le respect du principe de la proportionnalité)<sup>4</sup>. Dans l'exemple du fonds destiné aux seuls handicapés, ces conditions ne seraient probablement pas remplies.

Sous l'hypothèse b), la loi est donc, très probablement, contraire à la Constitution et constitue une discrimination.

103. *Hypothèses c) et d)*. – La loi opère certes une distinction au détriment des non-handicapés. Admissible, on l'a vu, sous l'angle de l'examen « classique » du principe d'égalité (car reposant sur un motif raisonnable), la loi serait inadmissible sous les hypothèses c) et d), si elle avait un caractère dépréciatif. Mais tel n'est pas le cas, en l'espèce, le caractère dépréciatif fait complètement défaut : la loi ne déprécie en rien les personnes non-handicapées, son but est d'aider un groupe désavantagé et non pas de dénigrer les autres.

La mesure ne constituerait alors pas une discrimination dans les hypothèses c) et d) et serait conforme à la Constitution.

104. *Variations de l'exemple*. – Deux variations des données apportent d'autres éclaircissements sur les enjeux des questions posées.

Admettons tout d'abord que le canton réserve le fonds aux seuls étudiants *juifs*, considérant que ces derniers sont sous-représentés<sup>5</sup> :

- *Hypothèse a)*. Il est douteux qu'il existe des « motifs raisonnables » de favoriser, dans l'octroi de bourses d'études, les personnes de religion juive. Actuellement, on ne voit pas très bien en quoi elles rencontreraient, en Suisse, des difficultés supplémentaires dans l'accès aux études. Le critère de la religion se-

<sup>4</sup> Voir la jurisprudence sur les quotas féminins (sur la relation entre la première et la deuxième phrase de l'art. 8 al. 3 Cst.) : ATF 125 I 21, 24, *Grüne Bewegung Uri (quotas uranais)* ; 123 I 152, 156 s., *G. (quotas soleurois)*.

<sup>5</sup> L'exemple n° 1 s'inspire en effet de l'exemple, développé par J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 417, d'une fondation, créée par testament et administrée par l'Etat, ayant pour but d'accorder des bourses soit aux seuls étudiants juifs, soit aux seuls étudiants non-juifs.

rait en outre suspect du fait de son énumération dans la Constitution. Aussi, si l'on suit l'hypothèse a), la loi serait probablement contraire à la Constitution, en créant une distinction injustifiée, donc une « discrimination ».

- *Hypothèse b).* Sous l'angle d'une exigence d'égalité formelle, la mesure serait inadmissible : la religion est un critère de distinction interdit et des raisons absolument impératives pour traiter de manière plus favorable les étudiants juifs existent encore moins que pour les handicapés. La loi serait donc, sous l'hypothèse b), contraire à la Constitution.
- *Hypothèses c) et d).* La variation des données ne change rien au fait que le fonds spécial de bourse n'a pas de caractère dépréciatif pour les étudiants qui n'en bénéficient pas, son but étant celui d'accorder une aide supplémentaire à un groupe dont l'histoire a montré qu'il risque de subir une exclusion sociale. La mesure ne constituerait donc pas une discrimination sous l'angle des hypothèses c) et d).

Les réponses sont évidemment différentes, si le fonds limitait les bourses aux étudiants *non*-handicapés (ou *non*-juifs, pour reprendre la variation). Un fonds octroyant des bourses à condition qu'un étudiant ne soit *pas* handicapé constituerait une discrimination inadmissible quelle que soit l'hypothèse. La distinction opérée ne reposerait pas sur un motif raisonnable (donc non-conformité à la Constitution sous l'hypothèse a), elle ne serait en aucun cas imposée par des raisons impératives (donc inconstitutionnalité sous l'hypothèse b) et, en traitant plus mal un groupe de personnes sur la base de critères inadmissibles et constituant historiquement une raison de maintes persécutions, elle aurait sans doute un caractère dépréciatif (hypothèses c et d).

b) Exemple n° 2 : L'âge limite pour exercer le notariat

105. *L'arrêt Luc Meylan.* – Un autre exemple, se basant sur les faits de l'ATF *Luc Meylan*<sup>6</sup>, nous montre quelques autres aspects de la distinction entre les différentes hypothèses. Une loi cantonale sur le notariat – exercé dans ce canton selon le système du notariat libre –, soumet la fonction

---

<sup>6</sup> ATF 124 I 297, *Luc Meylan*.

d'officier public à une limite d'âge fixée à 70 ans. Le législateur cantonal a, en effet, estimé qu'à partir d'un certain âge, le risque existe que les facultés intellectuelles, physiques ou mentales soient diminuées au point de ne plus être compatibles avec la sécurité que doit assurer l'acte authentique et avec la confiance dont le notaire jouit.

L'arrêt a été rendu sous le régime de la Constitution fédérale de 1874, et le Tribunal fédéral a jugé admissible la distinction sous l'angle du principe d'égalité. La nouvelle Constitution énumère l'âge parmi les critères de discrimination de l'art. 8 al. 2. La loi est-elle désormais contraire à l'interdiction de la discrimination ?

- *Hypothèse a).* L'âge est-il un « motif raisonnable » pour opérer une distinction ? Le Tribunal fédéral a admis que l'âge peut être un critère pertinent pour établir une distinction dans le domaine à régler, malgré son caractère schématique. En effet, fixer une limite d'âge dans l'exercice d'une certaine profession peut, en l'espèce, se fonder sur un motif *raisonnable*, celui de la probabilité, croissante avec l'âge d'une personne, d'insuffisance des facultés nécessaires à son exercice. Aussi, si l'interdiction de la discrimination n'a pas de portée différente de celle du principe d'égalité, la loi serait conforme à la Constitution et n'aurait pas de caractère discriminatoire.
- *Hypothèse b).* Dans la conception d'une égalité formelle, absolue, l'âge ne pourrait en principe pas servir de critère de distinction. Existe-t-il toutefois des motifs impératifs qui obligent l'Etat à exclure les personnes âgées du notariat ? Très vraisemblablement pas : du moins, il existe d'autres méthodes pour assurer les facultés nécessaires des notaires exerçant leur profession, notamment des méthodes subjectives, consistant par exemple à examiner périodiquement l'aptitude des intéressés à partir d'un certain âge. Sous l'hypothèse b), la loi serait donc très probablement discriminatoire et contraire à la Constitution.
- *Hypothèse c).* L'exclusion des personnes de plus de 70 ans a-t-elle un caractère dépréciatif ? Les deux réponses sont concevables. Admettons que le schématisme de la solution adoptée et la présomption d'incapacité des personnes âgées qu'elle implique permette une réponse affirmative. La loi pourrait donc se révéler discriminatoire. Existe-t-il alors des motifs « particulière-

ment sérieux », conformes au principe de la proportionnalité, pour justifier la solution du législateur, ce qui la rendrait néanmoins admissible ? La garantie de la qualité des opérations des notaires et les difficultés que présentent les autres solutions envisageables rendent possible une réponse affirmative. Dans cette hypothèse, la loi pourrait alors se révéler dépréciative, mais néanmoins conforme à la Constitution, car justifiée par des motifs « particulièrement sérieux ». Toutefois, la réponse opposée pourrait également se défendre.

- *Hypothèse d)*. Si l'on admet que la loi a un caractère dépréciatif envers les personnes âgées, l'exemple montre bien la différence entre les hypothèses c) et d). Alors que, dans l'hypothèse c), la mesure pourrait se révéler néanmoins admissible à cause d'une justification particulière, elle serait en tout cas interdite dans l'hypothèse d) : une mesure qui a un caractère dépréciatif ne serait jamais admissible, car, en aucun cas, l'Etat ne doit déprécier une personne ou une catégorie de personnes. La loi ne serait donc pas conforme à la Constitution.

#### 4. Plan

106. Pour répondre à la question de savoir quelle est l'hypothèse à suivre, nous procéderons, dans cette partie, à une analyse de la notion de « discrimination » selon le plan suivant :

- Dans un premier temps, nous examinerons la jurisprudence du Tribunal fédéral qui traite de la « discrimination » (chapitre II).
- Dans un deuxième temps, un survol de la doctrine présentera les réponses des auteurs à nos questions (chapitre III).
- Un regard au-delà des frontières nous permettra, dans un troisième temps, de comparer le droit suisse aux solutions des organes internationaux, de l'Allemagne, de la France et des Etats-Unis (chapitre IV).
- Enfin, une interprétation de l'art. 8 al. 2 Cst. à l'aide des instruments juridiques « classiques » nous amènera à une définition propre du concept de « discrimination » (chapitre V).

---

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE  
DU TRIBUNAL FEDERAL

Section 1

**La jurisprudence sous l'empire de la Constitution  
de 1874**

107. *Une notion juridique multiple et récente.* – Sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, la notion de « discrimination » n'apparaît que dans quelques douzaines d'arrêts du Tribunal fédéral. Le terme est utilisé de multiples manières et dans des contextes différents, ce qui rend l'interprétation de la jurisprudence difficile. Rares sont les arrêts qui donnent une définition juridique de cette notion et de ce que pourrait être la portée d'une interdiction des discriminations ; dans la plupart des arrêts, le terme n'est pas utilisé comme concept juridique propre. Dans tous les cas, la notion de « discrimination » est récente, elle n'apparaît qu'au cours de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle.
108. *Plan.* – Souvent, le terme est utilisé comme description d'une situation de fait, sans constituer, en soi, une catégorie juridique (1). Dans d'autres arrêts – une trentaine d'arrêts publiés –, la notion de « discrimination » est utilisée en tant que catégorie du droit constitutionnel, dans le contexte de l'égalité de traitement. C'est dans ces arrêts-là que nous trouverons le plus d'éléments de réponse à nos questions (2). Par ailleurs, le Tribunal fédéral semble accorder à l'interdiction de la discrimination une importance particulière, considérant qu'elle fait partie de l'ordre public suisse (3). Enfin, le terme est aussi présent comme notion juridique spécifique de certains domaines spéciaux du droit, comme le droit pénal ou le droit de la concurrence (4).

### 1. L'utilisation du terme pour décrire une situation de fait

109. La « discrimination », synonyme de « distinction ». – Dans des arrêts de langue française et italienne, le terme « discrimination » constitue parfois un synonyme de « différence de traitement ». « Discriminer entre deux choses » signifie alors distinguer, traiter deux situations de façon différente.

Un règlement communal sur une contribution pour l'épuration des eaux, par exemple, fait une discrimination « entre les bâtiments productifs d'eaux usées et ceux qui ne déversent que des eaux pluviales dans les égouts communaux »<sup>1</sup> ; une initiative populaire contre la spéculation foncière « ne demande pas que l'Etat gèle sans aucune discrimination le prix de tous les terrains du canton, mais seulement "de cas en cas" »<sup>2</sup>.

Dans cette utilisation, la notion est neutre et ne contient pas de jugement de valeur : il s'agit d'un simple synonyme de « distinction ». Dans le contexte juridique, il y a généralement lieu de rechercher par la suite si des motifs pertinents justifient la différence de traitement, donc la « discrimination », pour la rendre conforme au principe d'égalité.

110. La « discrimination », teintée d'une connotation négative. – Il n'est cependant pas toujours facile de déterminer si le terme est utilisé de manière « neutre » ou s'il n'a pas déjà une connotation négative, dans le sens d'une distinction qui désavantage l'une des situations en comparaison. En analysant une disposition du droit français, le Tribunal fédéral constatait, par exemple, que le droit français « admet une discrimination entre les enfants légitimes et les enfants naturels alors que le droit suisse a consacré le principe de l'égalité entre les enfants issus de parents mariés ou non mariés » (considérant alors cette disposition comme contraire à l'ordre public suisse)<sup>3</sup>. On peut en outre constater que le terme de « discrimina-

---

<sup>1</sup> ATF 94 I 270, 273, CFF.

<sup>2</sup> ATF 112 Ia 382, 386, FAQH. Pour d'autres exemples : ATF 82 II 570, 573, Maier ; 107 Ib 177, 186, Office fédéral de la justice ; 111 Ib 161, 168, Stefanelli ; 112 Ia 30, 37, Union technique suisse ; 124 III 1, L.

<sup>3</sup> ATF 118 II 108, 111, M. et P.P. Pour un autre exemple de cette délimitation difficile, voir ATF 94 I 597, 601, Deslarzes : « [l']heure de fermeture des établissements publics doit en principe être la même pour tous ; si le législateur établit des heures différentes, il doit motiver les discriminations de manière suffisante ». Pour d'autres exemples : ATF 115 Ia 42, 55, Communes de Bulle et de Fribourg ; 112 Ia 398, 411, Association Vaudoise des Journalistes.

tion » est souvent suivi de l'adjectif « injustifiée » et désigne alors une différence de traitement non admissible<sup>4</sup>.

111. La « discrimination », synonyme de « désavantage ». – Dans les arrêts de langue allemande – mais également dans des arrêts français ou italiens –, « discriminer » signifie souvent « réserver un traitement préjudiciable ». Le verbe « discriminer » est alors synonyme de « désavantager » et acquiert une signification clairement négative<sup>5</sup>.

## 2. La « discrimination » en tant que notion juridique de droit constitutionnel

112. Sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874, nous ne trouvons que peu d'arrêts du Tribunal fédéral où le terme de « discrimination » est utilisé comme notion juridique de droit constitutionnel. Dans ces arrêts, la notion est toujours placée dans le contexte du principe d'égalité. On peut déceler trois lignes différentes :
113. La « discrimination », synonyme d'inégalité de traitement. – Dans quelques arrêts, le terme de « discrimination » est utilisé en tant que synonyme d'inégalité de traitement. L'interdiction de la discrimination n'est alors rien d'autre qu'une différence de traitement entre deux situations qui ne repose pas sur un critère pertinent et qui est donc contraire à l'art. 4 aCst. Elle constitue, en quelque sorte, le « revers de la médaille de l'égalité », toute inégalité ayant pour conséquence de privilégier une per-

---

<sup>4</sup> Voir, par exemple, les ATF 105 V 257, 260, OFAS (« [r]este à voir [...] s'il s'agit là d'une discrimination injustifiée ou dictée par des critères insoutenables »), et 100 Ib 287, 290, X (sur une question de droit fiscal : « on aboutirait en effet à une discrimination injustifiée – et par conséquent à une inégalité de traitement – entre la donation manuelle et la promesse de donner [...] »).

<sup>5</sup> ATF 111 II 225 228, Y : « Das würde zu einer – oft ungerechtfertigten – Diskriminierung des alleinerziehenden Elternteils bzw. zu einer Bevorzugung des Stiefelternteils führen, was nicht immer im Interesse des Kindes läge » (sur les critères de l'octroi de l'autorité parentale selon le Code civil). Pour d'autres exemples : ATF 104 Ib 164, 167, X (« [i]m Grunde geht es aber in keiner Weise um eine Diskriminierung des Liegenschaftshandels als Erwerbstätigkeit, sondern nur um ... ») ; concernant une disposition de l'ancien arrêté fédéral sur l'impôt de défense nationale) ; 125 II 585, 590, S.

sonne et, inversement, de « discriminer » une autre. Aussi, le concept de l'interdiction de la discrimination fait-il partie intégrante de l'art. 4 aCst.<sup>6</sup>.

Il n'est toutefois pas toujours facile de déterminer si le terme est utilisé en tant que synonyme d'inégalité de traitement en général ou comme faisant partie du concept particulier consacré par l'art. 4 al. 2, sur l'égalité entre femmes et hommes (*infra*, n° 114). Il n'est parfois pas aisé non plus de délimiter l'utilisation en tant que synonyme d'inégalité de traitement de celle où le terme constitue un synonyme de « distinction » tout court, décrivant une situation de fait (*supra*, n° 109 ss).

114. *L'« interdiction de la discrimination », exigence d'égalité formelle.* – Une autre ligne jurisprudentielle semble donner à l'interdiction de la discrimination le sens d'une exigence d'égalité formelle, dans des domaines où la Constitution interdit toute distinction fondée sur un certain critère. Aussi l'interdiction de la discrimination est-elle synonyme d'une interdiction quasi absolue de distinctions, la protection devient formelle et presque absolue.

Cette interprétation apparaît dans deux domaines :

- Dans le domaine de *l'égalité entre femmes et hommes*, avant tout. Dès l'adoption de l'art. 4 al. 2 aCst., le Tribunal fédéral a vu dans la première phrase de cette disposition l'expression d'une exigence d'égalité formelle entre les sexes : toute diffé-

<sup>6</sup> Pour des exemples : ATF 122 I 109, 114, *L. et dame D.* (« La pratique cantonale critiquée est donc clairement discriminatoire et viole tant l'art. 4 Cst. que l'art. 6 par. 3, lit. b, CEDH en liaison avec l'art. 14 CEDH [...] », sur le refus d'envoyer le dossier à l'avocat établi dans un autre canton, alors qu'un confrère établi dans le canton du siège de la juridiction pourrait l'obtenir) ; 124 I 55, 57, *Evangelische Volkspartei Freiburg (EVP)*, (« Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot im Sinne von Art. 4 BV [...] », sur les contributions étatiques aux partis politiques pour leurs frais électoraux) ; 124 II 409, 424 s., *maîtresses de couture zurichoises* (« Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann, und wenn sie sich nicht sachlich rechtfertigen lässt », sur l'égalité des salaires entre femmes et hommes ; cette « formule » est utilisée par une dizaine d'arrêts ultérieurs, tous dans le domaine de l'égalité des salaires entre femmes et hommes, notamment : ATF 124 II 436, *jardinières d'enfants soleuroises* ; 124 II 529, *A. (assistante sociale soleuroise)* ; 125 I 71, *infirmières bernoises* ; 125 II 385, *physiothérapeutes soleuroises* [légèrement modifiée] ; 125 II 530, *jardinières d'enfant zurichoises I* ; 125 II 541, *jardinières d'enfant zurichoises II*).

rence de traitement qui se base sur le critère du sexe est interdite, pour autant qu'elle ne soit pas absolument imposée par des différences biologiques (ou « fonctionnelles ») entre hommes et femmes. Le constituant de 1981 aurait ainsi décidé que, indépendamment des conceptions sociales en cours, le sexe ne pourrait plus être utilisé comme critère valable de distinction<sup>7</sup>. Le Tribunal fédéral parle d'« interdiction de la discrimination » pour désigner cette exigence d'égalité formelle entre les sexes.

Souvent, dans ce contexte, le Tribunal fédéral met en opposition l'exigence d'égalité formelle de la première phrase et le mandat législatif de la deuxième phrase de l'art. 4 al. 2 aCst.<sup>8</sup>.

- Dans le domaine de l'égalité entre confédérés. Un autre domaine où le Tribunal fédéral admet une telle exigence d'égalité formelle est celui de l'égalité entre confédérés (art. 43 al. 4 aCst.). C'est ce qui ressort d'un arrêt de 1996 qui parle de la « prohibition des discriminations » pour décrire l'exigence d'égalité formelle entre confédérés<sup>9</sup>.

Toutefois, on peut également voir dans ces formules une application particulière du principe général de l'égalité de traitement. La « discrimination » resterait alors synonyme de distinction injustifiée ;

<sup>7</sup> Voir, par exemple, ATF 123 I 56, 58, *Gemeinde Sils im Domleschg*.

<sup>8</sup> ATF 116 Ib 284, 297, *FTMH (micro chips)*, concernant l'interdiction du travail dominical des femmes (« L'interdiction de la discrimination en tant qu'égalité formelle et l'injonction de créer une égalité de chances sur le plan matériel se trouvent cependant dans une certaine contradiction [...] et doivent trouver un équilibre [...] ») ; 116 Ib 270, 283, *Spinnerei Murg*, pour la « formule » en allemand ; ces deux arrêts ne parlent de l'« interdiction de la discrimination » que dans les passages cités) ; 125 I 21, 24, *Grüne Bewegung Uri (quotas uranais ; « Satz I [de l'art. 4 aCst.] statuiert das Diskriminierungsverbot als formalrechtliche Gleichstellung [...] Nach den zitierten Präjudizien versteht das Bundesgericht den Geschlechtergleichheitssatz als formelles Diskriminierungsverbot »)* ; 123 I 152, 156 s., *G. (quotas soleurois ; ces deux arrêts utilisent l'expression « interdiction de la discrimination » à maintes reprises)*.

<sup>9</sup> ATF 122 I 209, 212, *D.*, sur une inégalité de traitement entre chômeurs confédérés et genevois par les autorités genevoises (« La doctrine donne une portée étendue à l'art. 43 al. 4 Cst. [références]. Elle y voit une égalité de traitement générale et absolue. La prohibition des discriminations qui seraient fondées sur l'indigénat ou le lien de bourgeoisie vaudrait pour toutes les relations qui s'établissent entre les collectivités publiques et les particuliers, abstraction faite des bourgeoisies et corporations ») ; le terme « discrimination » est utilisé plusieurs fois dans l'arrêt).

pour certains critères, toutefois, l'exigence d'égalité deviendrait en principe absolue. Ce ne serait *que dans ces domaines particuliers* que l'interdiction de la discrimination est comprise en tant qu'exigence d'égalité formelle. Aussi, les arrêts cités n'apporteraient-ils pas une autre vision de l'égalité (n° 113), mais l'enrichiraient d'une forme particulière.

115. *La « discrimination », forme qualifiée de distinction.* – Dans trois arrêts, une autre interprétation se dessine : ici, le terme de « discrimination » est utilisé en tant que concept juridique propre, constituant une forme qualifiée de distinction.

L'idée apparaît en 1980, dans l'arrêt *Henggeler*, sur l'âge de la retraite dans les statuts de la Caisse fédérale des assurances<sup>10</sup> :

Il y a inégalité de traitement, « wenn mit der beanstandeten Regelung eine rechtliche Unterscheidung getroffen wird, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist. Innerhalb dieses Rahmens bleibt dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum der Gestaltungsfreiheit (...).

Ein strengerer Massstab ist jedoch dann anzuwenden, wenn die rechtlich ungleiche Behandlung in einem Bereich erfolgt, der durch die Grundrechte einen besonderen Schutz erfährt. Dies ist der Fall, wenn die ungleiche Behandlung den Menschen in seiner Wertschätzung als Person betrifft (Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Rasse, usw.; ... [références<sup>11</sup>]). ... In solchen Fällen müssen triftige und ernsthafte Gründe vorliegen, die sich aus den tatsächlichen Unterschieden ergeben, damit eine rechtliche Ungleichbehandlung vor der Verfassung standhält. »

Selon cette formule, certaines distinctions touchent les personnes qui en font l'objet dans leur valeur en tant qu'êtres humains. Dans de tels cas, des motifs pertinents ou raisonnables, qui peuvent justifier une différence de traitement en général (art. 4 al. 1 aCst.), ne seraient pas suffisants pour rendre la distinction conforme à la Constitution. Il faut alors la présence de motifs particulièrement sérieux (« triftige und ernsthafte Gründe ») pour la justifier. On pourrait en déduire que la notion de

<sup>10</sup> ATF 106 Ib 182, 188 s., *Henggeler*.

<sup>11</sup> Le Tribunal fédéral renvoie aux ATF 103 Ia 517, *Loup*, et 105 Ia 120, *Münst*, qui traitent de l'égalité entre hommes et femmes sans donner d'indications sur l'interdiction de la discrimination en tant que forme particulière de l'égalité de traitement.

« discrimination » constitue une catégorie juridique propre : il s'agirait d'une forme particulière, qualifiée, de distinctions, qui se distingueraient d'une inégalité de traitement « classique » en tant qu'elles auraient pour effet de déprécier la personne qui en est victime en tant qu'être humain.

La formule de l'ATF *Henggeler* n'a cependant été répétée que dans un arrêt de 1990, sur les conditions d'octroi d'une rente de veuf<sup>12</sup>, ainsi que, de manière peu claire, dans un arrêt de 1995<sup>13</sup>. De plus, dans les trois cas, les éléments de la définition – l'effet dépréciatif de la distinction et l'exigence de motifs particulièrement sérieux – n'ont pas trouvé d'application au cas concret.

### 3. L'interdiction de la discrimination, élément de l'ordre public

116. *L'interdiction de la discrimination comme partie de l'ordre public suisse.*  
– Enfin, quelques arrêts énumèrent l'interdiction de la discrimination parmi les principes fondamentaux du droit qui font partie de l'ordre public suisse. Selon ces arrêts, traitant de sentences d'arbitrage international<sup>14</sup>, l'interdiction de la discrimination fait partie des principes fonda-

<sup>12</sup> ATF 116 V 198, 207 s., K.

<sup>13</sup> ATF 121 I 97, 100, C. N., sur la fixation des contributions d'entretien dans la procédure de divorce : « [i]n Art. 4 Abs. 1 BV ist der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung festgesetzt. Dieser Grundsatz beinhaltet namentlich auch ein Diskriminierungsverbot. Rechtliche Ungleichbehandlungen halten vor der Verfassung nur stand, wenn triftige und ernsthafte Gründe für eine Differenzierung vorliegen (...[références, dont l'arrêt *Henggeler*]). Im Unterschied zu Art. 4 Abs. 2 BV verlangt Art. 4 Abs. 1 BV jedoch nicht eine absolute Gleichbehandlung, sondern lässt für Ungleichbehandlungen Raum, sofern sie sachlich begründet sind (...[référence]). » Toutefois, l'arrêt *Henggeler* n'exige pas des « triftige und ernsthafte Gründe » pour toute distinction, mais uniquement pour les discriminations du fait du sexe, de la race, etc. La conception de l'arrêt *Henggeler* semble donc être malcomprise dans l'arrêt C. N.

<sup>14</sup> ATF 117 II 604, 606, V. SA : « Die materiellrechtliche Überprüfung [eines internationalen Schiedsurteils] durch das Bundesgericht ist vielmehr auf die Frage begrenzt, ob der Schiedsentscheid vor dem Ordre public standhält. Dabei verstösst die materielle Beurteilung einer Schiedssache gemäss Rechtsprechung nur dann gegen diese öffentliche Ordnung, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt und daher mit der schweizerischen Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist. Zu diesen Grundsätzen zählen etwa die Vertragstreue, der Vertrauensgrundsatz, das Rechtsmissbrauchs- oder das Diskriminierungsverbot (... [références]). » Voir également ATF 116 II 634, 636, E. AG ; 120 II 155, 166, *Emirats Arabes Unis*.

mentaux de notre société dont le non-respect est absolument incompatible avec notre ordre juridique (à l'instar du principe *pacta sunt servanda* ou de l'interdiction de l'abus de droit).

La clause de l'ordre public « ne vise que les cas les plus graves dans lesquels les principes fondamentaux de l'ordre juridique du for sont gravement heurtés »<sup>15</sup>. Étant l'un de ces principes fondamentaux de notre ordre juridique, l'interdiction de la discrimination aurait une position très forte : elle ferait partie d'une sorte de « noyau dur » du droit suisse.

117. *Pas de définition du concept.* – Les arrêts précités ne donnent cependant aucune réponse à la question de savoir quelle serait alors la portée juridique de ce principe fondamental. Au lieu de donner des réponses à nos questions, ces arrêts rendent encore plus difficile l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême : si l'interdiction de la discrimination est un principe tellement fondamental, une discrimination devrait être plus qu'une « simple » inégalité de traitement ou d'une violation de l'interdiction de l'arbitraire (qui ne fait pas partie de l'ordre public suisse<sup>16</sup>).

#### 4. La « discrimination », terme technique dans d'autres domaines du droit

118. *Des termes techniques spécifiques.* – Reste à mentionner que la notion de « discrimination » joue un rôle dans certains autres domaines du droit. Elle y est utilisée comme terme technique avec des significations spécifiques aux différents domaines. Il convient de les mentionner ici :

- *La loi sur la concurrence déloyale.* Dans le contexte de la concurrence déloyale, il y a « discrimination » lorsqu'un concurrent déterminé (ou son produit) est présenté de manière dépréciative sans que son produit ou son service se distingue, dans le point critiqué, d'autres produits similaires de même type. Ceci ressort de l'application de l'art. 3, lit. a, de la loi sur la concurrence déloyale (LCD<sup>17</sup>), selon lequel agit de façon déloyale ce-

---

<sup>15</sup> OTHENIN-GIRARD SIMON, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes-Famille-Successions*, thèse Neuchâtel, Zurich, 1999, n° 9.

<sup>16</sup> ATF 117 II 604, 606, V. SA.

<sup>17</sup> Du 19 décembre 1986 ; RS 241.

lui qui « dénigre autrui, ses marchandises (...) ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes »<sup>18</sup>.

- *La loi sur les cartels*. Dans le contexte de la loi sur les cartels<sup>19</sup>, on parle de discrimination lorsque les pratiques d'une entreprise empêchent une autre entreprise de participer à la concurrence ou l'entravent dans son activité commerciale<sup>20</sup>.
- *Le droit international de libre-échange*. La notion de « discrimination » joue un rôle important dans le domaine du droit international de libre-échange, notamment dans le contexte de la Convention AELE, de l'accord de libre-échange avec l'Union européenne et des accords de l'Organisation mondiale du commerce (en particulier l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, GATT)<sup>21</sup>. La discrimination est ici synonyme de désavantage, l'interdiction de discriminer y a généralement une portée formelle, interdisant toute distinction en fonction de la provenance nationale.
- *L'interdiction de la discrimination raciale dans le Code pénal*. Enfin, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995, date de l'entrée en vigueur de l'art. 261<sup>bis</sup> CPS, qui incrimine la discrimination raciale, le Tribunal fédéral a rendu une série d'arrêtés concernant cette disposition<sup>22</sup>. Dans le contexte du droit pénal, la discrimination

<sup>18</sup> ATF 124 III 72, 76 s., *SRG* : « Das öffentliche Interesse an der Berichterstattung über mögliche Gesundheitsrisiken entbindet jedoch weder von der Beachtung der Regeln journalistischer Sorgfalt (...) noch rechtfertigt es die Diskriminierung einzelner Wettbewerbsteilnehmer (...). (...) Weder die öffentliche Funktion der Medien noch deren wirtschaftliche Interessen an Auflagensteigerung oder Erhöhung der Einschaltquoten vermögen die Herabsetzung einzelner namentlich genannter Wettbewerbsteilnehmer oder ihrer Produkte unter dem Vorwand allgemeiner Information im öffentlichen Interesse zu rechtfertigen, wenn nicht besondere Eigenschaften spezifischer Produkte oder das Verhalten bestimmter Wettbewerbsteilnehmer in Frage stehen ». Voir aussi, dans le même sens, ATF 123 IV 211, X.

<sup>19</sup> Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (LCart ; RS 251).

<sup>20</sup> Voir, par exemple, ATF 107 II 277, 287, *Veledes*.

<sup>21</sup> Voir, par exemple, les ATF 98 Ib 385, *Banque de crédit international*, et 118 Ib 367, *Recyclage PVC*.

<sup>22</sup> Pour une présentation systématique de la jurisprudence sur l'art. 261<sup>bis</sup> CPS : STIFTUNG GEGEN RASSISMUS UND ANTISEMITISMUS, GESELLSCHAFT MINDERHEITEN IN DER SCHWEIZ

consiste, selon le Tribunal fédéral, à « traiter injustement de façon moins favorable » ; l'art. 261<sup>bis</sup>, interdisant tout appel à la haine et à la discrimination, vise les messages qui atteignent la personne dans sa dignité et qui font « apparaître les personnes qui appartiennent à une race, une ethnie ou une religion comme étant de moindre valeur du point de vue de la dignité humaine »<sup>23</sup>. Pour plus de détails sur l'art. 261<sup>bis</sup> CPS, voir *infra*, n° 419.

## Section 2

### La jurisprudence depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000

119. *Plan.* – Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, le Tribunal fédéral a rendu un petit nombre d'arrêts en application du nouvel art. 8 al. 2. Ces arrêts nous apportent les premiers éléments d'une définition de la portée juridique de cette disposition (n° 121 ss). Comme sous l'empire de la Constitution de 1874, le terme « discrimination » apparaît également dans un certain nombre d'arrêts qui n'ont pas de lien avec l'interdiction constitutionnelle de la discrimination (n° 120). En revanche, dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral examine des situations susceptibles d'être qualifiées de discriminatoires, sans pourtant traiter la question (n° 124).
120. *Les arrêts qui n'apportent pas de « nouveautés ».* – La plupart des arrêts où, depuis 2000, le Tribunal fédéral utilise le terme de « discrimination », peut être rangée dans l'une des catégories décrites dans le cadre de la jurisprudence rendue sous l'empire de la Constitution de 1874 :

---

(éd.), *Rassendiskriminierung : Gerichtspraxis zu Art. 261bis StGB. Analysen, Gutachten und Dokumentation der Gerichtspraxis 1995 – 1998*, Zurich, 1999.

<sup>23</sup> ATF 124 IV 121, 124, P. Dans l'ATF 123 IV 202, 208, P., le Tribunal fédéral parle de « Herabwürdigung und Unwerterklärung ».

- L'utilisation du terme pour décrire une situation de fait : soit comme synonyme de distinction<sup>24</sup>, soit dans le sens d'une inégalité de traitement<sup>25</sup>, soit comme synonyme de « désavantage » en général<sup>26</sup>.
- L'utilisation de la notion dans le cadre des arrêts relatifs à l'art. 8 al. 3 Cst., sur l'égalité entre femmes et hommes, en tant qu'exigence d'égalité formelle<sup>27</sup>.
- La mention de l'interdiction de la discrimination dans la liste des règles fondamentales composant l'ordre public suisse<sup>28</sup>.
- L'apparition du terme en tant que terme technique d'autres domaines du droit, notamment en droit pénal (art. 261<sup>bis</sup> CPS)<sup>29</sup> et en droit de la concurrence<sup>30</sup>.

Pour l'analyse, il peut par conséquent être renvoyé aux paragraphes correspondants de la première section de ce chapitre (n° 109 ss, 114, 116 s. et 118).

121. *L'arrêt IV-Stelle Schwyz : une première approche.* – D'autres arrêts apportent en revanche des éléments importants pour la recherche de la portée juridique de la nouvelle disposition constitutionnelle. Dans un arrêt *IV-Stelle Schwyz*, rendu le 22 mai 2000, le Tribunal fédéral donne une première approche de la portée de l'art. 8 al. 2. Il y insiste sur l'exigence d'une justification particulière des distinctions établies en fonction des critères de l'art. 8 al. 2, en répétant l'intervention du rapporteur de commission au Conseil des Etats<sup>31</sup> :

<sup>24</sup> Exemples : arrêt du 5 juillet 2001 (2A.294/2001), *ST.* (sans considérants numérotés) ; ATF 127 III 295, *E. K.* (dans la partie non publiée, cons. 3).

<sup>25</sup> « Discrimination injustifiée » ; exemple : arrêt du 6 juillet 2000 (H\_110/00, non publié), *D.*, cons. 3.

<sup>26</sup> ATF 126 V 153, 156, *G.* (bonus d'assistance pour la prise en charge d'un oncle du conjoint) ; 126 II 425, 430, *P. et C.* (droit de séjour du partenaire de même sexe).

<sup>27</sup> ATF 126 I 1, 3 ss, *B.* (émoluments en matière d'actes de l'état civil) ; 126 II 217, 219, *maîtresses en soins infirmiers psychiatriques saint-galloises.*

<sup>28</sup> Arrêt du 10 novembre 2000 (4P.99/2000, non publié), *Sadri Sener*, cons. 3b.

<sup>29</sup> Voir, notamment, ATF 126 IV 20, *X.* ; 126 IV 176, *X.* ; 126 IV 230, *X.*

<sup>30</sup> ATF 127 II 8, *Swisscom* ; 127 II 32, *Météosuisse.*

<sup>31</sup> ATF 126 V 70, 73 s., *IV-Stelle Schwyz* (sur une ordonnance du Conseil fédéral qui excluait les bénéficiaires de rentes AI mineurs du droit à certaines prestations pour des moyens auxiliaires).

« Die Bedeutung der spezifischen Diskriminierungsverbote liegt darin, "dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen. Sie dürfen nicht einfach an das Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, an die Eigenschaft, welche die diskriminierte Gruppe definiert" (Amtl. Bull. 1998 [Separatdruck] S. 37 [Votum Rhinow, Berichterstatter]; ...). »

122. *L'arrêt F.A. et A.A. : une définition de la portée de l'art. 8 al. 2.* – Dans un arrêt topique *F.A. et A.A.*, du 11 septembre 2000, concernant le droit des étrangers, le Tribunal fédéral donne la définition suivante de la discrimination<sup>32</sup> :

« Eine Diskriminierung gemäss Art. 8 Abs. 2 BV liegt dann vor, wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (...<sup>33</sup>), welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst als minderwertig behandelt wurde ([MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*], S. 110). Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht ([KÄLIN/CARONI, *Verbot*], S. 76 f.); insofern beschlägt die Diskriminierung auch Aspekte der Menschenwürde (Art. 7 BV). Das Diskriminierungsverbot des schweizerischen Verfassungsrechts macht aber die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal – wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache und weitere in Art. 8 Abs. 2 BV (in nicht abschliessender Weise) aufgezählte Kriterien – nicht absolut unzulässig. Vielmehr begründet dieser Umstand zunächst den blossen "Verdacht einer unzulässigen Differenzierung" (KÄLIN/CARONI, a.a.O., S. 78); sich daraus ergebende Ungleichbehandlungen sind infolgedessen "qualifiziert zu rechtfertigen" (AB 1998 [Separatdruck] S 37, Votum Rhinow, Berichterstatter; vgl. auch BGE 126 V 70 E. 4c S. 73 f.). »

---

<sup>32</sup> ATF 126 II 377, 392 s., *F.A. et A.A.* (le Tribunal fédéral y examine les différentes dispositions constitutionnelles dont pourrait découler un droit d'un ressortissant étranger – bénéficiaire d'une rente AI en l'espèce – à l'octroi d'un permis de séjour).

<sup>33</sup> Référence à l'intervention de M. Rhinow au Conseil des Etats, cf. n° 191.

Cette formule est répétée dans plusieurs arrêts non publiés<sup>34</sup>.

123. *Les éléments de la définition.* – Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral met l'interdiction de la discrimination en rapport avec la protection de la dignité humaine. La discrimination est définie comme une forme qualifiée de distinction. Il s'agirait

- d'une différence de traitement,
- opérée uniquement en fonction de l'appartenance d'une personne à un « groupe » qui est, historiquement ou actuellement, souvent exclu ou défavorisé et
- qui a pour effet de défavoriser cette personne de manière dépréciative. L'effet dépréciatif résulte du fait que la distinction se rattache à un élément essentiel de la personnalité qui n'est pas ou que difficilement modifiable.

Le rattachement d'une différence de traitement à un des critères énumérés par la Constitution ne serait pas d'emblée interdit, mais il entraînerait le « soupçon » d'une distinction inadmissible. Les différences de traitement se rattachant à un tel critère doivent, par conséquent, faire l'objet d'une justification particulière.

124. *Appréciation.* – Cette définition repose largement sur celle qui a été développée par certains auteurs, notamment par KÄLIN/CARONI (voir *infra*, n° 138). Aussi l'interdiction de la discrimination n'exclurait-elle pas toute distinction en fonction des critères énumérés par la Constitution et ne poserait-elle ainsi pas une exigence d'égalité formelle. Elle accorderait au contraire une protection accrue à certains groupes défavorisés de la société. Les distinctions ayant un caractère dépréciatif et d'exclusion seraient soumises à un examen plus restrictif, n'étant admissibles que s'il existe une justification particulière qualifiée. L'utilisation d'un critère énuméré par l'art. 8 al. 2 créerait une sorte de présomption d'illicéité de la distinction en cause.

Sauf dans l'arrêt *IV-Stelle Schwyz*, l'existence d'une discrimination n'a pourtant pas été admise par le Tribunal fédéral<sup>35</sup>. On a presque l'im-

---

<sup>34</sup> Voir notamment les arrêts non publiés du 30 novembre 2000 (2P.77/2000), X. (*allocations familiales*), cons. 4b (formule légèrement modifiée), et du 29 juin 2001 (2P.24/2001), X., cons. 2c (formule en français).

pression que le Tribunal fédéral hésite à accorder aux groupes mentionnés par l'art. 8 al. 2 une protection accrue, allant au-delà de la protection « classique » du principe d'égalité.

Cette impression est renforcée par des arrêts où le Tribunal fédéral n'examine pas la question de savoir s'il y a violation de l'interdiction de la discrimination, même si ce grief a été invoqué par les recourants, et que son examen s'imposait. Tel est notamment le cas dans l'arrêt *P. et C.*<sup>35</sup>, sur le non-octroi d'une autorisation de séjour au partenaire étranger d'un couple de même sexe.

### Section 3

## Conclusions

125. *Une notion peu définie.* – Sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874, le concept de « discrimination », en tant que notion de droit constitutionnel, apparaît ici et là dans la jurisprudence. On peut admettre que, pour le Tribunal fédéral, la Constitution de 1874 interdisait les discriminations, d'une manière ou d'une autre ; cette interdiction étant incluse dans l'art. 4 aCst. Mais on ne sait pas très bien quelle était la portée précise de ce concept.

Les premiers arrêts rendus sous l'empire de la nouvelle Constitution, celle du 18 avril 1999, modifient ce tableau. L'interdiction de la discrimination trouve des premières définitions. Mais ces définitions sont encore peu approfondies et se bornent pour l'essentiel à résumer les positions de la doctrine. En tout cas, le concept d'une protection accrue de certains groupes sociaux désavantagés, développé dans ces définitions, ne trouve pas encore d'application dans des situations concrètes.

126. *Des absences qui frappent.* – Ce qui frappe dans l'analyse de la jurisprudence, c'est davantage ce qui *n'est pas* dit que ce qui est dit.

---

<sup>35</sup> Ce résultat est pourtant discutable, du moins pour l'arrêt *F.A. et A.A.* Sur cet arrêt, voir *infra*, n° 389.

<sup>36</sup> ATF 126 II 425, 430, *P. et C.* Sur cet arrêt, voir *infra*, n° 357.

Il y a tout d'abord l'absence même du terme de « discrimination », notamment dans les arrêts d'avant 2000 : dans la jurisprudence abondante sur l'égalité de traitement, rares sont les arrêts où le Tribunal fédéral parle de « discrimination ». Il y avait pourtant des situations où la Cour suprême avait affaire à un état de fait qu'on qualifierait, aujourd'hui, de discrimination, mais cette notion n'apparaissait pas<sup>37</sup>.

Frappe ensuite l'absence quasi complète de définition d'une « interdiction de la discrimination » en tant que catégorie juridique propre sous l'empire de la Constitution de 1874. Si la notion est employée en tant que notion juridique – ce qui est, nous l'avons vu, plutôt rare –, elle n'est presque jamais définie.

Enfin, il y a l'absence d'application de la nouvelle disposition constitutionnelle après le 1<sup>er</sup> janvier 2000, au moins dans un arrêt où la question s'imposait.

127. *Une piste de réflexion.* – Le petit nombre d'arrêts qui parlent d'une « discrimination » et la manière avec laquelle ceux-ci ont traité la question rend dès lors hasardeuse toute interprétation de la jurisprudence sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874. Peut-être, la discrimination est-elle synonyme d'inégalité de traitement. Ou encore la notion désigne-t-elle une interdiction formelle de distinctions dans certains domaines précis. Ou enfin s'agit-il d'une forme qualifiée de distinction<sup>38</sup>.

C'est toutefois cette dernière définition qui est reprise par la jurisprudence récente, et qui est renforcée par l'affirmation que la notion fait partie de l'ordre public. La jurisprudence depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution semble donc aller dans ce sens. On peut par conséquent admettre que cette interprétation désigne la piste prioritaire de réflexion.

---

<sup>37</sup> Voir par exemple ATF 68 II 377, *Böhmische Unionbank*, qui traite d'un cas de discrimination des personnes de religion juive dans les territoires occupés par l'Allemagne pendant la deuxième guerre mondiale ; ou 105 la 120 *Münst (institutrices fribourgeoises)*, sur la discrimination salariale des institutrices et auquel l'arrêt Henggeler (cf. n° 115) se réfère.

<sup>38</sup> Un exemple d'une utilisation du terme de « discrimination » sans que sa portée soit décrite ou expliquée et qui rend possible toutes ces interprétations se trouve à l'ATF 121 V 229, 230, B.

---

## CHAPITRE III

# LES REPONSES DE LA DOCTRINE

### Section 1

## La doctrine sous l'empire de la Constitution de 1874

128. *Plan.* – Sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 – qui, nous l'avons vu (*supra*, n° 25), ne contenait pas d'interdiction expresse de la discrimination –, le concept de « discrimination » n'apparaît que rarement dans la doctrine suisse. Il est presque complètement absent dans les traités, commentaires et monographies (1). Son apparition récente se place surtout dans le contexte de l'égalité entre les sexes (2). Dans les années 1990 toutefois, plusieurs auteurs esquissent les contours d'une interdiction de la discrimination en tant que notion propre du droit constitutionnel suisse (3).

### 1. Absence du concept dans les traités et commentaires

129. *Les traités et commentaires généraux.* – Les traités et commentaires généraux du droit constitutionnel suisse du XX<sup>e</sup> siècle ne parlent pas d'une interdiction de la discrimination en tant que forme spécifique de l'égalité de droit ou en tant que concept juridique distinct. Ceci est vrai pour les grands ouvrages « classiques » de Walther BURCKHARDT<sup>1</sup>, de Fritz FLEINER<sup>2</sup> et de Zaccaria GIACOMETTI<sup>3</sup>. C'est également vrai pour les traités

---

<sup>1</sup> BURCKHARDT Walther, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 1931, 23 ss.

<sup>2</sup> FLEINER, *Bundesstaatsrecht*, 280 ss.

plus récents de Jean-François AUBERT<sup>4</sup>, d'Ulrich HÄFELIN et Walter HALLER<sup>5</sup> – même si ces trois derniers auteurs utilisent parfois le terme de « discrimination » pour désigner un désavantage injustifié ou particulièrement injustifié, notamment à l'égard des femmes –, ou encore de Yvo HANGARTNER<sup>6</sup>. Le commentaire de l'art. 4 aCst. de Georg MÜLLER<sup>7</sup> ne traite pas non plus d'une interdiction de la discrimination. Enfin, le concept de discrimination n'est pas non plus présent dans d'autres précis ou traités généraux de droit constitutionnel suisse<sup>8</sup>.

130. *Les monographies sur l'égalité.* – Quant aux monographies traitant du principe d'égalité, elles ne décrivent pas de forme particulière d'inégalité de traitement qui s'appellerait « interdiction de la discrimination » – la notion y est même presque complètement absente. Beatrice WEBER-DÜRLER<sup>9</sup> ne parle pas de « discrimination », Arthur HAEFLIGER<sup>10</sup> non plus, et les textes antérieurs encore moins<sup>11</sup>.

## 2. Une interdiction absolue des distinctions entre femmes et hommes

131. *La « discrimination » en tant que traitement désavantageux des femmes.* – En revanche, le terme de « discrimination » apparaît souvent dans les textes qui, après l'adoption du nouvel alinéa 2 de l'art. 4 aCst. en 1981, abordent la question de l'égalité entre les sexes. La notion, rarement défi-

<sup>3</sup> GIACOMETTI Zaccaria, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1949, 401 ss.

<sup>4</sup> AUBERT, *Traité (et Bundesstaatsrecht)*, n° 1778 ss.

<sup>5</sup> HÄFELIN Ulrich, HALLER Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1998, n° 1545 ss.

<sup>6</sup> HANGARTNER, *Grundzüge II*, 179 ss.

<sup>7</sup> G. MÜLLER, *Commentaire*, n° 1 ss.

<sup>8</sup> Pour des exemples : AFFOLTER Albert, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1923, 61 ss ; FAVRE Antoine, *Droit constitutionnel suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Fribourg, 1970, 258 ss ; LAMPERT Ulrich, *Das schweizerische Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1918, 43 ss ; RUCK Erwin, *Schweizerisches Staatsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, 1957, 83 ss ; SCHOLLENBERGER Jakob, *Das Schweizerische öffentliche Recht*, Hannover, 1909, 53 ss.

<sup>9</sup> WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit 1973*.

<sup>10</sup> HAEFLIGER, *Alle Schweizer*.

<sup>11</sup> Pour des exemples : MEYER, *Rechtsgleichheit* ; ARIOLI Silvio, *Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung*, thèse, Bâle, 1968, 3 – 26 et 102 – 113.

nie, y est très souvent utilisée comme synonyme de traitement désavantageux des femmes. Les auteurs partent généralement de l'idée que la première phrase de cette nouvelle disposition est l'expression d'une interdiction formelle et quasi absolue de distinguer en fonction du sexe<sup>12</sup>. Toute différenciation entre femmes et hommes constitue alors une « discrimination »<sup>13</sup>. Cependant, cette conception de l'égalité formelle – qui fait quasiment l'unanimité en doctrine – n'est pas toujours liée à l'utilisation de la notion de « discrimination »<sup>14</sup>.

### 3. Une catégorie juridique propre

132. *Une protection accrue.* – À partir des années 1990, plusieurs auteurs développent le concept de « discrimination » en tant que forme qualifiée d'inégalité de traitement, implicitement interdite par l'art. 4 aCst. Jörg Paul MÜLLER distingue, probablement comme premier auteur, entre distinctions injustifiées et discriminations, définissant ces dernières comme une forme particulière de distinction. Dans son traité sur les droits fondamentaux, il parle, en 1985 déjà, de « verpönte Diskriminierungen »<sup>15</sup> :

« Die festgestellte relative Offenheit der Rechtsgleichheit, ihre Abhängigkeit von Ort, Zeit und Anschauungen, gilt nicht für alle Bereiche gleichermassen. Zum Beispiel das Verbot der Diskriminierung nach Rasse oder sozialer Herkunft ist geschichtlich erhärtet, auch völkerrechtlich universal anerkannt und in seiner Aussage unmissverständlich.

---

<sup>12</sup> En d'autres termes, le droit doit être « neutre du point de vue des sexes » (ou « sex-blind ») : MORAND, *L'érosion*, 77 ; l'auteur insiste toutefois sur l'effet paradoxal que ceci peut, au moins passagèrement, entraîner, car les femmes vont ainsi perdre des protections que le droit leur offrait.

<sup>13</sup> Pour des exemples : AUBERT, *Traité* (supplément), n° 1783 et 1791 ; BUSER, *Quoten*, 333 ; COSSALI, *Vie professionnelle*, 61 ; HÄFELIN/HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., n° 1556 ; HANGARTNER, *Grundzüge II*, 189 ; MORAND, *L'érosion*, 77 ss ; G. MÜLLER, *Commentaire*, n° 133 ; WEBER-DÖRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, n° 28 ; sur la différence entre l'interdiction de la discrimination et l'interdiction des distinctions dans ce domaine : AUER, *Mesures positives*, 1341 s.

<sup>14</sup> G. MÜLLER, *Commentaire*, n° 133 ss ; WEBER-DÖRLER, *Aspekte*, 358 ss.

<sup>15</sup> MÜLLER Jörg Paul, MÜLLER Stefan, *Grundrechte. Besonderer Teil*, Berne, 1985, 190 s. (en citant l'ATF 106 Ib 188, *Henggeler*).

Eine Ungleichbehandlung, die an eines dieser Kriterien anknüpft, ist mit ganz besonders durchschlagenden Argumenten zu begründen; die amerikanische Rechtsprechung hat dafür den Begriff der „suspect classifications“ geprägt. »

En 1991, dans la deuxième édition du même ouvrage, MÜLLER développe et affine cette idée, sous le titre de « Diskriminierungsverbote ». Pour lui, les distinctions en fonction de la race ou de la couleur de la peau touchent le noyau intangible du principe d'égalité<sup>16</sup>.

Kathrin ARIOLI fait, en 1991, la même distinction entre traitement différent et discrimination et propose une conception « asymétrique » de l'interdiction de la discrimination<sup>17</sup> :

« Nicht jede Differenzierung und daraus resultierende Ungleichbehandlung stellt eine Diskriminierung dar. Der Begriff der Diskriminierung hebt sich durch ein Wertelement von der blossen Differenzierung ab. (...) »

Das Verbot der Diskriminierung beruht auf der Einsicht, dass bestimmte Personen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe benachteiligt werden. Das Unterscheidungskriterium, auf das sich ein Diskriminierungsverbot bezieht, kann meines Erachtens nicht einfach neutral, bzw. symmetrisch betrachtet werden. Grundsätzlich geht es dabei darum, diejenige Personengruppe, welche wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit unter der Stigmatisierung leidet, zu schützen. »

Pour elle, seules les personnes qui appartiennent à un groupe défavorisé, « discriminé », profitent donc de la protection de l'interdiction de la discrimination.

133. *La « discrimination » touche la personne dans sa valeur en tant qu'être humain.* – Un autre auteur qui s'est intéressé, à plusieurs reprises, à la

<sup>16</sup> « Jedenfalls für die schweizerische Rechtsordnung ist m. E. ein Kerngehalt der Rechtsgleichheit darin zu sehen, dass jede Ungleichbehandlung wegen Rasse oder Hautfarbe von Verfassungswegen absolut untersagt ist » : MÜLLER Jörg Paul, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne, 1991, 217 s. ; voir aussi, déjà à la lumière de la nouvelle Constitution : J. P. MÜLLER, *Behinderte*, 10 ss.

<sup>17</sup> ARIOLI, *Erwerbsleben*, 46 s.

question de l'interdiction de la discrimination est Andreas AUER. Il définit, dans plusieurs articles, la « discrimination » comme suit<sup>18</sup> :

« Discriminer signifie faire subir à une personne ou à un groupe social déterminé un traitement à part qui leur est préjudiciable et qui ne se justifie ni par les faits à régler ni par les circonstances. Trois éléments sont caractéristiques : le traitement particulier qui sépare et isole la personne ou le groupe visé, le préjudice que ce traitement implique et l'idée que ce préjudice s'impose et se justifie par l'infériorité de cette personne ou de ce groupe. La discrimination, en d'autres termes, est inséparable des rapports de domination – sociaux, économiques ou idéologiques – qui existent entre groupes sociaux différents. Voilà pourquoi elle est toujours à sens unique : elle ne peut aller que du plus fort au plus faible. »

AUER conteste toutefois l'utilité d'une distinction entre inégalités de traitement et discriminations. Pour lui, la marge d'appréciation laissée au législateur dans l'examen des motifs qui pourraient justifier une distinction pour la rendre conforme au principe d'égalité doit de toute façon varier en fonction « d'une part, de chaque critère de distinction et, d'autre part, de chaque situation concrète dans laquelle il s'applique »<sup>19</sup>.

Dans un avis de droit de 1996 sur l'égalité de traitement des malentendants dans les télécommunications, Pierre TSCHANNEN et Regina KIENER dégagent du principe d'égalité les contours d'une interdiction de la discrimination<sup>20</sup> :

« Tatsächlich umschließt der Gleichheitssatz ein [Diskriminierungsverbot], wenn auch seine Tragweite nicht restlos klar liegt. (...) Zentrales Kriterium des Diskriminierungsverbotes bildet (...) der Angriff auf die „Wertschätzung als Person“. Dieses Kriterium verlangt von den unter den Schutz des Verbots zu stellenden *personalen Eigenschaften* eine *bestimmte objektive Qualität*: Es muss sich unseres Erachtens um Eigenschaften handeln, die (1) nicht freiwillig angenommen werden können, (2) ein Stigmatisierungspotential beinhalten und (3) insofern *persönlichkeitsbildend* sind, als sie die *zentralen Konstituenzen* der physischen oder psychischen Identität eines Menschen prägen. »

---

<sup>18</sup> AUER, *Réfugiés*, n° 3. Des définitions quasi identiques se trouvent dans : AUER, *Mesures positives*, n° 25, et AUER, *Trois cercles*, n° 22 et 34.

<sup>19</sup> AUER, *Réfugiés*, n° 7.

<sup>20</sup> TSCHANNEN/KIENER, *Gehörlose*, 411 s.

134. *Un traitement dépréciatif.* – Walter KÄLIN et Martina CARONI<sup>21</sup> proposent, en 1998, le concept d'une interdiction constitutionnelle de la discrimination qui formerait l'un des aspects de l'égalité de traitement. Ces auteurs distinguent entre l'aspect positif du droit à l'égalité, qui veut que toute différence de traitement soit justifiée par un critère pertinent, et son aspect négatif – l'interdiction de la discrimination –, qui exige une justification particulière et un examen de proportionnalité lorsqu'une distinction a pour but ou pour effet de déprécier une personne<sup>22</sup> :

« Diskriminierung ist somit eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen, welche eine Benachteiligung eines Menschen zum Ziel oder zur Folge hat, die als Herabwürdigung einzustufen ist, weil sie an einem Unterscheidungsmerkmal anknüpft, welches einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht. Das Diskriminierungsverbot ist verletzt, wenn die Schlechterstellung wegen eines verpönten Merkmals erfolgt und in der konkreten Situation nicht gerechtfertigt wird. (...) Dabei genügt es, dass das Abstützen auf das fragliche Merkmal eine Schlechterstellung bewirkt; der Begriff der Diskriminierung setzt das Bestehen einer Diskriminierungsabsicht nicht voraus. »

Selon ces auteurs, l'interdiction de la discrimination n'exclut pas toute distinction en fonction d'un de ces critères, mais exige qu'une distinction qui repose sur un critère « suspect » soit justifiée par des motifs particulièrement sérieux et soumise à un examen de proportionnalité<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> KÄLIN/CARONI, *Familiennachzug*, 15 ss et 38 ; KÄLIN, *Ausländerdiskriminierung*, 566 ss.

<sup>22</sup> KÄLIN, *Ausländerdiskriminierung*, 569 s.

<sup>23</sup> KÄLIN, *Ausländerdiskriminierung*, 582 s. : « Der dogmatische Unterschied zwischen dem Rechtsgleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot liegt somit hauptsächlich darin begründet, dass  
– das *Rechtsgleichheitsgebot* Ungleichbehandlungen aufgrund sachlich begründeter Unterschiede zulässt,  
– das *Diskriminierungsverbot* solche sachlich begründeten Differenzierungen zwar nicht ausschliesst, wegen der Gefahr der Herabwürdigung der betroffenen Personen an ihre Rechtfertigung aber höhere, und bei besonders verpönten Merkmalen wie Rasse, Geschlecht oder Religion besonders hohe Anforderungen an die Rechtfertigung der Unterscheidung stellt, und deshalb eine umfassende Prüfung der Verhältnismässigkeit verlangt ».

Section 2

**La doctrine depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000**

135. *Plan.* – Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, la doctrine relative à l'interdiction de la discrimination s'est amplifiée. Les auteurs qui présentent le nouveau catalogue des droits fondamentaux ou qui se prononcent sur le nouvel art. 8 Cst. traitent également de l'interdiction des discriminations. Généralement, ils considèrent que l'art. 8 al. 2 n'est pas seulement une autre façon d'exprimer le principe d'égalité énoncé au premier alinéa, mais qu'il contient quelque chose de plus et constitue donc une catégorie juridique propre. Domine la conception qu'une discrimination est un traitement qui déprécie la personne qui en fait l'objet (1). Quelques auteurs voient dans l'interdiction de la discrimination en principe une interdiction formelle des distinctions (2) ou présentent d'autres positions (3). Deux questions importantes restent ouvertes : celle qui consiste à déterminer le rôle exact des critères énumérés par l'art. 8 al. 2 (4) et celle de savoir quelles sont les conséquences juridiques à tirer du constat d'une discrimination (5).

**1. La discrimination en tant que traitement dépréciatif**

136. *Un traitement « dépréciatif ».* – La plupart des auteurs qui se prononcent sur la nouvelle norme considèrent que celle-ci protège de distinctions *dépréciatives* et ne constitue pas une exigence d'égalité formelle. Seules sont inconstitutionnelles les différences de traitement qui « déprécient » la personne qui en fait l'objet. Par conséquent, l'art. 8 al. 2 n'interdit pas toute différence de traitement qui se rattache à un des critères énumérés par cette disposition.
137. *Une protection des groupes socialement déclassés.* – Pour une partie des auteurs, l'art. 8 al. 2 accorde avant tout une protection accrue à des *groupes* de personnes. Pour eux, une discrimination est une distinction qui se base sur l'appartenance à un certain groupe social. Le traitement à part stigmatise ou déclassé les membres de ces groupes. Aussi l'art. 8 al. 2 accorde-t-il une protection particulière, « asymétrique », aux groupes socialement déclassés.

Pour Jörg Paul MÜLLER, notamment, l'interdiction des discriminations a pour but de protéger les personnes qui font partie de groupes dont l'expérience montre qu'ils courent un risque d'être socialement déclassés ou défavorisés<sup>24</sup>. Selon lui, l'art. 8 al. 2 n'exclut pas *a priori* toute distinction basée sur les qualités mentionnées ; en d'autres termes, il n'oblige pas l'ordre juridique à être parfaitement neutre ou « aveugle » par rapport à ces critères<sup>25</sup>. Une distinction en fonction d'un critère énuméré à l'art. 8 al. 2 peut par exemple être admissible lorsqu'elle a pour but de protéger le groupe en question<sup>26</sup>. Pour MÜLLER, l'interdiction de la discrimination protège les membres du groupe stigmatisé ou défavorisé, à l'exclusion des membres du groupe dominant<sup>27</sup>.

La même conception est défendue par René RHINOW<sup>28</sup>, qui insiste sur l'hétérogénéité des critères énumérés par la Constitution et sur le lien de cette norme avec la protection de la dignité humaine. Elle est également suivie par Ulrich HÄFELIN et Walter HALLER<sup>29</sup>, ainsi que par Caroline KLEIN<sup>30</sup>. Béatrice WEBER-DÜRLER<sup>31</sup> présente la position de M. MÜLLER,

<sup>24</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 410 ss, spéc. 411 et 414 s. ; J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 103 ss, spéc. 109 («Zweck der Diskriminierungsverbote ist, den Angehörigen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen einen besonderen Schutz zu gewähren, die in der Vergangenheit – und zum Teil bis heute – gesellschaftlich deklassiert und rechtlich in entwürdigender Weise schlechter gestellt wurden»); voir également : J. P. MÜLLER, *Behinderte*, 10 ss. Cet auteur développe le même concept dans son commentaire de l'art. 10 de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993, contenant une disposition analogue à celle de l'art. 8 al. 2 Cst. (voir *supra*, n° 36) : MÜLLER Jörg Paul, *Grundrechte*, in : KÄLIN/BOLZ, *Handbuch*, 52.

<sup>25</sup> Il ne s'agit donc pas d'un « Anknüpfungsverbot ». J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 414 s. : «Ziel der Diskriminierungsverbote kann nicht sein – wie es Konsequenz der Lehre vom Anknüpfungsverbot wäre –, die künftige gesellschaftliche Auseinandersetzung blind zu machen gegenüber dem Geschlecht einer Person, ihrer Hautfarbe oder ihrer Sprache; denn die Verneinung von Differenz verunmöglicht es, der Vielfalt menschlicher Existenz, individuellen Besonderheiten und Schutzbedürfnissen Rechnung zu tragen und dadurch zu verhindern, dass alte Diskriminierungen verdeckt weiterleben und neue im Verborgenen entstehen ».

<sup>26</sup> J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 112.

<sup>27</sup> J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 110 : « die diskriminierte Gruppe verdient die besondere Stützung, nicht die ihr gegenüberstehende quantitative oder qualitative Mehrheit der Weissen, der Männer oder der Nichtbehinderten ».

<sup>28</sup> RHINOW, *Bundesverfassung*, 139 ss, notamment 140 s.

<sup>29</sup> HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 774 ss.

<sup>30</sup> KLEIN, *Handicaps*, 26 s.

<sup>31</sup> WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, n° 23 ss, notamment n° 25 et 26.

mais elle laisse ouverte la question de la délimitation entre l'alinéa premier et l'alinéa 2 de l'art. 8.

138. *Des critères de distinction très personnels.* – D'autres auteurs mettent plus l'accent sur le caractère personnel des critères énumérés par l'art. 8 al. 2 que sur l'appartenance ou non à un groupe social. Pour Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER, la Constitution interdit les distinctions en fonction des critères de l'art. 8 al. 2, « lorsque ces critères sont pris comme motif pour (...) *déprécier* » une personne<sup>32</sup>. Sont ainsi interdites les différences de traitement ayant pour base « une *caractéristique personnelle* par laquelle des personnes ou des groupes de personnes se distinguent les uns des autres »<sup>33</sup>.

Walter KÄLIN et Martina CARONI<sup>34</sup> définissent la discrimination comme forme qualifiée d'inégalité de traitement, qui doit être considérée comme dépréciative, car elle se rattache à un critère de distinction qui fait partie de l'identité d'une personne et qui ne peut pas ou que difficilement être modifié. Pour qu'il y ait discrimination, il faut un lien de causalité entre l'utilisation d'un critère « interdit » et le désavantage causé à la personne. Pour ces auteurs, l'élément décisif de la discrimination est la *qualité strictement personnelle* du critère sur laquelle la distinction se base. Il s'agit de critères qui font partie des éléments constitutifs de l'identité personnelle et dont utilisation pour motiver une distinction est alors particulièrement dégradante<sup>35</sup> :

« Diskriminierungsverbote untersagen mit anderen Worten eine Benachteiligung gerade wegen jener Elemente, die weitgehend die jeweilige Identität eines Menschen ausmachen. Ausgrenzungen auf der Basis dieser Merkmale sind besonders deshalb abzulehnen, weil sie die Betroffenen zu Gefangenen von Merkmalen machen, die angeboren sind (Rasse oder Geschlecht) oder deren Preisgabe ihnen nicht zugemutet werden kann (Kultur, Religion) ».

Pour Markus SCHEFER<sup>36</sup>, une limitation de la protection aux groupes actuellement défavorisés aurait pour conséquence d'affaiblir le niveau de

---

<sup>32</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1033.

<sup>33</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1036.

<sup>34</sup> KÄLIN/CARONI, *Verbot*, 77, qui répètent la « formule » présentée au n° 134.

<sup>35</sup> KÄLIN/CARONI, *Verbot*, 76 s. ; voir aussi : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1036. La même réflexion se trouve chez RHINOW, *Bundesverfassung*, 144.

<sup>36</sup> SCHEFER, *Kerngehalte*, 485 ss.

protection visé par l'interdiction de la discrimination. Selon lui, les membres du groupe dominant peuvent donc également se prévaloir de l'art. 8 al. 2<sup>37</sup> :

« Eine Schlechterbehandlung eines Menschen allein deshalb weil er über ein nicht veränderbares oder in zentraler Weise identitätsstiftendes Merkmal verfügt, erscheint auch dann problematisch, wenn er keiner Gruppe angehört, die bisher in der Gesellschaft systematisch benachteiligt wurde oder die heute einer besonderen Gefahr herabwürdigender Schlechterstellung ausgesetzt ist. »

## 2. Une interdiction formelle des distinctions ?

139. *Une disposition à l'instar l'art. 8 al. 3, première phrase.* – Pour Yvo HANGARTNER<sup>38</sup>, l'art. 8 al. 2 Cst. interdit en principe toute distinction sur la base de certains critères. Ainsi, cette nouvelle disposition aurait la même portée que la première phrase de l'art. 8 al. 3 Cst., qui prohibe les distinctions en fonction du sexe. À la différence du principe général d'égalité (art. 8 al. 1), qui permet – et exige parfois même – des distinctions raisonnables, l'interdiction de la discrimination serait l'expression d'une décision du constituant en faveur d'un traitement identique de certains groupes de personnes. Seules sont admissibles des distinctions dans des cas où un traitement identique se révélerait déraisonnable ou injuste, ainsi que des mesures passagères en faveur de groupes défavorisés.

L'auteur définit les critères en fonction desquels des distinctions sont inadmissibles comme des facultés personnelles que l'homme ne peut pas modifier ou dont on ne peut, sur la base de principes constitutionnels fon-

<sup>37</sup> SCHEFER, *Kerngehalte*, 488 s.

<sup>38</sup> HANGARTNER, *Partnerschaft*, 253 ss, spéc. 254 : « Die Diskriminierungsverbote gemäss Art. 8 Abs. 2 BV unterscheiden sich vom Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV. (...) Hier [bei Art. 8 Abs. 2] trifft bereits die Verfassung die im Prinzip abschliessende Regelung zu Gunsten absoluter Gleichbehandlung. Ungleichbehandlungen in der Rechtsordnung sind nur ausnahmsweise zulässig, das heisst nur in Fällen, in denen die absolute Gleichbehandlung offensichtlich unvernünftig oder ungerecht wäre (z.B. Zulässigkeit von Sonderregelungen wegen Mutterschaft im Arbeitsrecht) oder die Angehörigen einer sozial benachteiligten Gruppe im Sinn positiver Massnahmen (affirmative action) vorübergehend privilegiert werden sollen. Die Rechtsprechung zur rechtlichen Gleichbehandlung und faktischen Gleichstellung von Mann und Frau haben den Blick für diesen ganz anderen Ansatz eines verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots geschärft. »

damentaux, exiger qu'il les modifie ; les critères que la Constitution énumère à l'art. 8 al. 2 désignent de telles qualités ayant, historiquement ou actuellement, servi à rabaisser certains groupes sociaux<sup>39</sup>.

140. *L'art. 8 al. 2 Cst., un « exercice inachevé » ?* – Etienne GRISEL<sup>40</sup> va dans le même sens. Pour lui, « [d]iscriminer signifie distinguer. Quand le constituant prohibe une discrimination, il veut empêcher les autorités étatiques de traiter séparément deux groupes de personnes, de choses ou de situations »<sup>41</sup>.

Pour GRISEL, le principe d'égalité, tel qu'il est consacré à l'alinéa premier de l'art. 8 Cst., est une notion « tout à fait indéterminée » et vague<sup>42</sup>. L'interdiction de la discrimination, en revanche, donne une réponse « plus précise et concrète »<sup>43</sup> au juge, en déclarant certains critères inaptes à justifier une différence de traitement<sup>44</sup>. « En somme, l'interdiction des discriminations se définit comme une disposition constitutionnelle qui enjoint directement au législateur et aux organes d'exécution d'accorder le même traitement à des catégories bien déterminées de justiciables »<sup>45</sup>. Des exemples de tels critères « interdits » se trouveraient aux art. 37 Cst. (excluant toute distinction sur la base du droit de cité d'une personne) et 8 al. 3 (égalité entre femmes et hommes). L'art. 8 al. 2 Cst. pourrait alors être l'expression d'une généralisation de cette idée.

Mais, selon GRISEL, l'exercice reste inachevé et l'art. 8 al. 2 Cst. « manque partiellement son objectif »<sup>46</sup>. Si, en théorie, l'interdiction des discriminations définit des critères de distinction inadmissibles, le constituant aurait, en rédigeant la nouvelle disposition, « dressé une longue liste

---

<sup>39</sup> HANGARTNER, *Partnerschaft*, 257.

<sup>40</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 71–76 et 119–144, spécialement 122.

<sup>41</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 122.

<sup>42</sup> « tellement vague, que c'est à peine si elle appartient au langage du droit » : GRISEL, *Egalité*, n° 88.

<sup>43</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 88, note 7.

<sup>44</sup> Le point de vue choisi serait alors « tout à fait pragmatique : tandis que l'égalité en général se fonde sur un dogme, une vision universelle du genre humain, l'interdiction des discriminations tend à résoudre des problèmes spécifiques, à un moment donné de l'histoire et dans une société déterminée ; par exemple, en 1793, il importait d'abolir les privilèges et les sujétions ; en 1981, le but était de donner les mêmes droits aux femmes et aux hommes » : GRISEL, *Egalité*, n° 122.

<sup>45</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 125.

<sup>46</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 76.

de critères dont certains sont très flous et difficilement applicables. Comme, de surcroît, l'énumération est introduite par l'adverbe „notamment“, elle pourra être complétée par la pratique. Dans ces conditions, il est exclu de lui donner un sens tout à fait absolu »<sup>47</sup>.

Par conséquent, une mesure étatique constitue, pour GRISEL, une discrimination au sens de cette disposition quand elle est défavorable à une catégorie de citoyens, définie à l'aide d'un critère « dépréciatif »<sup>48</sup> :

« Le constituant n'a donc pas vraiment décidé par avance qu'aucune différence de traitement ne serait admise du fait de l'origine, de la race, du sexe, de l'âge ou d'une déficience. Par la force des choses, des nuances paraîtront inévitables. (...) [L]'idée directrice ne peut guère être que celle-ci : l'alinéa 2 de l'article 8 a pour but et pour effet de réduire la marge de manœuvre du législateur et des organes d'application ; il implique donc une sorte de présomption, selon laquelle les discriminations sont normalement interdites, quand elles se fondent sur l'un des critères énumérés. »

### 3. Autres positions

141. *Une concrétisation de l'art. 8 al. 1 ?* – Pour Michèle STAMPE<sup>49</sup>, l'interdiction de la discrimination n'a pas de portée indépendante et ne saurait être appliquée qu'en rapport avec le principe général d'égalité consacré par l'alinéa premier. Le constituant n'aurait pas voulu prévoir une norme d'une portée différente du principe d'égalité. L'art. 8 al. 2 concrétiserait toutefois l'art. 8 al. 1, en exigeant une justification particulière lorsqu'une distinction se fonde sur un des critères qui y est énuméré. Aussi la protection accordée par cette disposition ne serait-elle pas « asymétrique ».

### 4. La présomption d'illicéité des distinctions en fonction des critères de l'art. 8 al. 2

142. *Le renversement du fardeau de la preuve.* – Si, dans leur majorité, les auteurs ne voient pas, dans l'interdiction de la discrimination, une inter-

<sup>47</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 139.

<sup>48</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 140 et 142.

<sup>49</sup> STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 293 ss.

diction formelle des distinctions en raison des critères qui se trouvent à l'art. 8 al. 2 (voir *supra*, n° 136), ces critères jouent néanmoins un rôle procédural important. Pour plusieurs auteurs, les distinctions opérées en fonction de l'appartenance d'une personne à un groupe protégé, resp. en fonction d'un des critères de l'art. 8 al. 2, sont présumées contraires à la Constitution. Cette présomption a pour effet de renverser le fardeau de la preuve : les personnes s'estimant victimes d'une discrimination n'ont qu'à prouver l'existence d'un traitement à part reposant sur un critère qui se trouve à l'art. 8 al. 2 ; il incombe par la suite à l'autorité de démontrer que la distinction n'a pas de caractère dépréciatif.

Cette position est notamment défendue par Jörg Paul MÜLLER<sup>50</sup>, par Walter KÄLIN et Martina CARONI<sup>51</sup>, par Etienne GRISEL<sup>52</sup> et par Caroline KLEIN<sup>53</sup>.

## 5. Les conséquences juridiques d'une discrimination

143. *La problématique.* – Une question qui appelle des réponses controversées est celle des conséquences juridiques à tirer de la constatation d'une discrimination. Une distinction ayant un caractère dépréciatif, est-elle tout simplement interdite ou peut-elle se révéler conforme à la Constitution

---

<sup>50</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 416 : « Bei jeder Ausgrenzung – soll sie zulässig sein – muss nachgewiesen werden, dass sie nicht herabwürdigend, und nicht Ausdruck einer bewussten oder unbewussten Stigmatisierung ist und auch nicht mit einer solchen zusammenhängt. In diesem Sinn trägt jede Sonderbehandlung einer gegen Diskriminierung geschützten Gruppe die Vermutung der Widerrechtlichkeit in sich. » ; voir aussi : J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 112 s.

<sup>51</sup> KÄLIN/CARONI, *Verbot*, 78. : « Selbst wenn aufgrund eines verpönten Elementes eine Unterscheidung getroffen wird, kann aus diesem Umstand noch nicht auf das Vorliegen einer verbotenen Diskriminierung geschlossen werden. Vielmehr begründet diese Tatsache den Verdacht einer unzulässigen Differenzierung, der nur durch eine rechtlich genügende Rechtfertigung umgestossen werden kann. »

Ces auteurs en tirent toutefois une conséquence quelque peu différente de celle de M. MÜLLER, voir *infra* n° 144 s.

<sup>52</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 144, soutient que des recourants se plaignent d'une discrimination n'ont qu'à apporter la preuve de l'existence d'un traitement défavorable se rattachant à un critère « interdit » et qu'il appartiendra ensuite aux autorités de démontrer que « le préjudice constaté peut néanmoins être admis, pour des motifs qui tiennent aux circonstances de fait, à l'équité ou à l'intérêt général ».

<sup>53</sup> KLEIN, *Handicapés*, 50 s.

moyennant une justification particulière ? Tous les auteurs ne s'expriment pas sur cette question<sup>54</sup> et, à vrai dire, les positions de ceux qui s'expriment ne sont pas toujours faciles à analyser.

144. *Interdiction complète des discriminations ?* – Selon J. P. MÜLLER, tout traitement discriminatoire est inadmissible. Personne ne doit faire l'objet d'un traitement dégradant. Lorsque les autorités n'arrivent pas à démontrer qu'une distinction reposant sur un critère « suspect » n'a pas de caractère dépréciatif, cette distinction est tout simplement interdite. L'interdiction de la discrimination constitue ainsi, en quelque sorte, le « noyau dur » du principe d'égalité<sup>55</sup> :

« Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV ist schlechthin unzulässig; es gibt keine öffentlichen Interessen oder andere wichtige Gründe, die eine Ausnahme rechtfertigen könnten. Eine Diskriminierung nach Geschlecht, Rasse oder Behinderung kommt einem Einbruch in den unantastbaren Kernbereich des Gleichheitssatzes gleich. Es bleibt nur der Nachweis offen, dass keine ausgrenzende, herabwürdigende Massnahme vorliegt (also keine Diskriminierung im engeren Sinn), sondern allenfalls eine Differenzierung, die gerade auch durch Interessen der diskriminierungsbedrohten Gruppe (z.B. ihres Sicherheitsbedürfnisses) geboten sein kann und jedenfalls nicht durch Vorurteile gegen diese Gruppe motiviert sein darf. »

Cette position est défendue également par Caroline KLEIN<sup>56</sup> et par Markus SCHEFER, qui présente l'interdiction de la discrimination comme noyau dur du principe d'égalité<sup>57</sup>. La même idée se trouve également chez Urs BOLZ, dans le commentaire de la Constitution bernoise<sup>58</sup>.

145. *Justification par des motifs particulièrement sérieux ?* – Selon une autre conception, une distinction discriminatoire peut être admissible, si elle

<sup>54</sup> Voir, par exemple, RHINOW, *Bundesverfassung*, 139 ss ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 774 ss.

<sup>55</sup> J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 112.

<sup>56</sup> KLEIN, *Handicapés*, 28.

<sup>57</sup> SCHEFER, *Kerngehalte*, 476 ss.

<sup>58</sup> BOLZ Urs, n° 3 ad. art. 10 de la Constitution du canton de Berne, in : KÄLIN/BOLZ, *Handbuch*, 258 : « Staatliche Diskriminierungen sind in keinem Fall zulässig. Das Diskriminierungsverbot wurde deshalb als Kerngehalt des Rechtsgleichheitsgebotes ausgestaltet. »

repose sur une justification particulière (« qualifizizierte Begründung »). Les exigences par rapport à cette justification peuvent varier selon les critères utilisés.

Selon Walter KÄLIN et Martina CARONI, la justification particulière doit notamment respecter le principe de la proportionnalité : une distinction qui repose sur un critère énuméré par l'art. 8 al. 2 Cst. – et qui est donc présumée illicite – peut être conforme à la Constitution si elle poursuit des buts admissibles et particulièrement importants et si elle est apte, nécessaire et proportionnée au sens étroit pour atteindre ce but<sup>59</sup>. D'autres auteurs mettent également l'accent sur l'exigence d'une justification particulièrement sérieuse pour qu'une distinction repose sur un critère « suspect » puisse être admissible<sup>60</sup>.

Il n'est pas aisé de savoir s'il existe en effet une différence essentielle entre les deux positions, à savoir celle qui ne permet que la preuve du caractère non-dépréciatif d'une distinction « suspecte » et celle qui admet une justification particulière et proportionnée. Voir, à ce sujet, *infra*, n° 214 s.

---

<sup>59</sup> KÄLIN/CARONI, *Verbot*, 78 ss. Les auteurs appliquent ce raisonnement à la politique dite « des trois cercles » qui exclut l'accès au marché suisse du travail pour certaines catégories d'étrangers à cause de leur appartenance culturelle (80 ss) : ils jugent discriminatoire ce régime, non pas parce que son but (éviter l'affluence de personnes appartenant à certaines cultures) serait inconstitutionnel, mais parce que la mesure en question (l'exclusion complète de ces personnes) n'est pas apte à l'atteindre et qu'une mesure moins restrictive (une réduction des contingents, par exemple) pourrait suffire.

<sup>60</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 144 ; WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, n° 25 s. Selon AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. II*, n° 1040 resp. 1045, « l'interdiction de la discrimination raciale ne s'oppose pas à toute différence de traitement, si celle-ci repose sur des motifs pertinents et sérieux », et « [l]'âge permet en tout cas d'opérer des différences de traitement, si celles-ci reposent sur une justification objective et raisonnable ». Ces passages soulèvent toutefois la question de savoir si des différences de traitement, même lorsqu'elles ont un caractère dépréciatif, peuvent être admissibles si elles reposent sur des motifs pertinents et sérieux, ou s'il faut admettre que, lorsqu'un critère constitue, dans la matière à réglementer, un point de rattachement raisonnable, la distinction n'a alors pas de caractère dépréciatif. On voit toutefois mal comment la race pourrait constituer un critère « pertinent et sérieux » pour fonder une différence de traitement.

### Section 3

## Conclusions

146. *Une notion récente.* – L'apparition du concept de discrimination dans la doctrine du droit constitutionnel suisse est un phénomène récent. Sous l'empire de la Constitution de 1874, quelques auteurs seulement esquisaient les contours d'une interdiction de la discrimination. Cette dernière, déduite du principe d'égalité, assurait aux personnes appartenant à des groupes désavantagés une protection contre des distinctions qui les touchent dans leur valeur en tant qu'êtres humains. Pour de telles distinctions, une justification particulièrement sérieuse était exigée.
147. *Un traitement dépréciatif.* – Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, l'idée que l'art. 8 al. 2 interdit les distinctions *dépréciatives* domine la doctrine. Il n'y a que peu d'auteurs qui soutiennent que l'art. 8 al. 2 constituerait une exigence d'égalité formelle, interdisant toute distinction en fonction des critères énumérés. Toutefois, le caractère « asymétrique » de la norme est controversé : pour certains, l'art. 8 al. 2 ne protège que les personnes appartenant à un groupe défavorisé, pour d'autres, l'art. 8 al. 2 protège contre tout traitement discriminatoire, peu importe s'il se dirige ou non contre un membre d'un « groupe opprimé ».
148. *Une présomption d'illicéité.* – La doctrine récente semble admettre que les distinctions reposant sur un critère énuméré par l'art. 8 al. 2 sont présumées dépréciatives et donc contraires à la Constitution. Il incomberait par la suite à l'autorité de démontrer qu'une telle distinction n'a pas de caractère dépréciatif.
149. *Une interdiction complète des distinctions dépréciatives ?* – Enfin, pour ce qui concerne les conséquences juridiques des discriminations, les auteurs ne sont pas unanimes sur la question de savoir si tout traitement dépréciatif est interdit ou s'il peut se révéler conforme à la Constitution lorsqu'il repose sur une justification particulière et/ou lorsqu'il respecte le principe de la proportionnalité.

---

## CHAPITRE IV

# LA NOTION DE DISCRIMINATION EN DROIT INTERNATIONAL ET EN DROIT COMPARE

150. *Plan.* – Pour l'interprétation de la notion de discrimination en droit suisse, il convient de s'inspirer non seulement des réponses de la doctrine et de la jurisprudence, mais également de la portée de cette notion en droit international et dans d'autres ordres juridiques. Ces derniers mériteraient évidemment chacune de faire l'objet d'une étude à part. Les présentations qui suivent ne constituent en revanche qu'un premier regard assez lointain, qui se limite à un bref aperçu de la doctrine et de la jurisprudence<sup>1</sup>. À titre d'exemples, nous examinerons l'interprétation de la notion de discrimination dans deux instruments internationaux applicables en Suisse, à savoir la CEDH et le Pacte ONU II (section I), ainsi que dans quelques ordres juridiques qui ont, traditionnellement, une influence considérable sur le droit suisse (section 2).

### Section 1

## La notion dans deux conventions applicables en Suisse

### 1. La Convention européenne des droits de l'homme

151. *La protection accessoire de l'art. 14 CEDH (rappel).* – Comme nous l'avons vu (*supra*, n° 47 ss), la Convention européenne des droits de

---

<sup>1</sup> Pour une analyse plus approfondie des différentes dispositions, il est notamment renvoyé aux références citées.

L'homme contient une disposition qui interdit les discriminations dans l'exercice des droits reconnus par elle. En effet, en vertu de l'art. 14 CEDH, la jouissance des droits et libertés de la Convention doit être assurée « sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Comme l'exprime son texte, l'art. 14 n'accorde qu'une protection « accessoire », c'est-à-dire que les discriminations ne sont interdites que si elles se pratiquent dans un domaine couvert par une autre disposition de la Convention (sans toutefois que cette disposition doive nécessairement être violée en l'espèce)<sup>2</sup>. Par le Protocole additionnel n° 12, le Conseil de l'Europe entend étendre le champ d'application de l'interdiction de la discrimination à « tout droit prévu dans la loi », lui donnant ainsi un caractère indépendant des autres garanties de la CEDH. Ce protocole n'est toutefois pas encore entré en vigueur et la Suisse ne l'a même pas signé<sup>3</sup>.

152. *La notion de discrimination de l'art. 14 CEDH.* – Contrairement à ce que laisse entendre sa formulation rigoureuse (« sans distinction aucune »), l'art. 14 CEDH ne stipule pas une égalité formelle, absolue. Elle n'interdit pas toute distinction fondée sur l'un des critères énumérés<sup>4</sup>. Selon la jurisprudence constante de la Cour des droits de l'homme, « l'article 14 n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective des circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention »<sup>5</sup>. En d'autres termes, une distinction n'est discriminatoire au sens de l'article 14 que « si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de

<sup>2</sup> Pour plus de détails sur le caractère accessoire : *supra*, n° 48.

<sup>3</sup> Voir, sur tout cela, *supra*, n° 49.

<sup>4</sup> CourEDH, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (affaire linguistique belge), arrêt du 23 juillet 1968, série A, n° 6, 34 ; BOSSUYT, Article 14, 476 ; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, n° 17 ad art. 14 ; VILLIGER, *Handbuch*, n° 662.

<sup>5</sup> Arrêt « affaire linguistique belge » (note 4), 44 ; BOSSUYT, Article 14, 481 ; VILLIGER, *Handbuch*, n° 664 ss.

proportionnalité entre les moyens et le but visé”<sup>6</sup>. Aussi le concept de discrimination de la CEDH se recouvre-t-il avec celui de l'égalité en droit suisse : est une discrimination une différence de traitement qui ne repose pas sur une justification raisonnable.

La Cour respecte une latitude des Etats membres pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre les situations de fait justifient des distinctions de traitement<sup>7</sup>. Cette marge de manœuvre varie toutefois en fonction du critère de distinction utilisé : les distinctions reposant sur certains critères particulièrement « suspects » sont examinées de manière plus restrictive et la marge d'appréciation des autorités nationales est ainsi réduite. Cela vaut notamment pour le critère du sexe, où « seules des considérations très fortes » permettent de justifier une distinction fondée sur ce critère<sup>8</sup>. La même chose vaut par exemple pour le critère de la nationalité<sup>9</sup>.

153. *La liste de l'art. 14.* – L'art. 14 CEDH énumère un certain nombre de critères « suspects » de distinction. Cette liste ressemble largement à celle qui figure à l'art. 8 al. 2 Cst., sans toutefois être identique<sup>10</sup>. Selon la doctrine et la jurisprudence, cette liste n'est pas exhaustive<sup>11</sup>. Comme indiqué, toute distinction fondée sur l'un des critères énumérés à l'art. 14 n'est pas interdite ; la liste joue avant tout un rôle procédural : les distinc-

---

<sup>6</sup> CourEDH, arrêt *Gaygusuz c. Autriche*, du 16 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, § 42 ; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, n° 18 ss ad art. 14 ; HAEFLIGER, *Verhältnis*, 87.

<sup>7</sup> Arrêt *Gaygusuz* (note 6), § 42.

<sup>8</sup> CourEDH, arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, série A, n° 94, §§ 74 ss : « on peut relever que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Partant seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe » (§ 78) ; VILLIGER, *Handbuch*, n° 667 ; WITTINGER, *Geschlechtergleichheit*, 275.

<sup>9</sup> Arrêt *Gaygusuz* (note 6), § 42.

<sup>10</sup> L'âge, la situation sociale ou le mode de vie, ainsi que les déficiences ne figurent par exemple pas sur la liste de l'art. 14 CEDH, en revanche, l'appartenance à une minorité nationale ou la naissance ne sont présentes que dans la Convention.

<sup>11</sup> BOSSUYT, *Article 14*, 477 ; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, n° 25 ad art. 14 ; VILLIGER, *Handbuch*, n° 659 ; quant à la Cour, elle est par exemple entrée en matière sur l'examen de la compatibilité d'une distinction à l'art. 14, quand celle-ci se rattachait à l'état civil des parents d'un enfant : CourEDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, du 13 juin 1979, série A, n° 31, §§ 28 ss.

tions établies en fonction d'un tel critère sont présumées inadmissibles au vu de la CEDH ; la conséquence en est que le fardeau de la preuve est déplacé de sorte qu'il incombe alors aux autorités de démontrer l'admissibilité de la mesure<sup>12</sup>.

154. *Le rôle de l'art. 14 CEDH en droit suisse.* – La portée juridique de l'interdiction de la discrimination dans la CEDH correspond, dans les grandes lignes, à la protection qu'accorde en droit suisse le principe d'égalité (art. 8 al. 1 Cst.). En effet, l'examen de l'admissibilité des distinctions, effectué par la Cour européenne des droits de l'homme (comparabilité des situations, exigence de motifs objectifs et raisonnables), contient les éléments de l'examen de la conformité des distinctions à l'art. 8 al. 1 Cst. par le Tribunal fédéral (voir, *infra*, n° 195)<sup>13</sup>. Selon notre Cour suprême, la protection accordée par l'art. 14 CEDH ne va pas au-delà de celle du principe d'égalité<sup>14</sup>. Malgré son intitulé (« interdiction de la discrimination »), l'art. 14 CEDH ne fait donc qu'exprimer d'une autre manière le principe général d'égalité<sup>15</sup>.

Sur un autre point, cependant, l'art. 14 CEDH accorde une protection supplémentaire dans l'ordre juridique suisse : comme nous le verrons encore (*infra*, n° 235 ss), les lois fédérales sont « immunisées » par rapport à la Constitution fédérale<sup>16</sup> ; en revanche, par rapport aux traités internationaux, et notamment par rapport à la CEDH, leurs dispositions ne sont pas immunisées. Lorsqu'une disposition d'une loi fédérale touche une garantie de la Convention, le Tribunal fédéral – et les autres autorités – peut alors contrôler sa compatibilité par rapport à l'art. 14 CEDH et, le cas échéant, en refuser l'application. Aussi l'art. 14 permet-il, dans les domaines couverts par la CEDH, un contrôle des lois fédérales par rapport au principe d'égalité, ce que la Constitution fédérale exclut par rapport à l'art. 8 al. 1 Cst.<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> BOSSUYT, *Article 14*, 477 ; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, n° 25 ad art. 14. Pour FROWEIN/PEUKERT, *op. cit.*, toutefois, il incombera toujours aux autorités de présenter une justification pour une distinction qui ne ressort pas de la « nature des choses », peu importe si elle repose ou non sur un critère figurant à l'art. 14.

<sup>13</sup> Cf. HAEFLIGER/SCHÜRMAN, *Menschenrechtskonvention*, 322 s.

<sup>14</sup> ATF 118 Ia 341, 351, *M. (service de protection civile)*.

<sup>15</sup> Cf. BAYEFSKY, *Equality*, 1 ; HAEFLIGER, *Verhältnis*, 88.

<sup>16</sup> C'est-à-dire elles doivent être appliquées même si elles sont contraires à la Constitution (art. 191 Cst.).

<sup>17</sup> Pour des exemples où le Tribunal fédéral a examiné le grief de l'incompatibilité d'une disposition d'une loi fédérale par rapport à la Convention : ATF 117 Ib 367, 369 ss, *Hoirs X.* ; 125 II 417, 425, *A. (PKK)*. Pour plus de détails, voir *supra*, n° 41, et *infra*, n° 237.

## 2. Le Pacte n° II de l'ONU

155. *Égalité et non-discrimination, fil rouge du Pacte II.* – L'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations constituent un principe de base du Pacte II de l'ONU, sur les droits civils et politiques<sup>18</sup>. L'art. 2 du Pacte contient une clause générale de non-discrimination dans l'exercice des droits garantis par le Pacte, l'art. 3 interdit spécifiquement les discriminations fondées sur le sexe et l'art. 26 stipule l'égalité devant la loi et la non-discrimination comme droits indépendants, même dans les domaines qui ne sont pas couverts par le Pacte (voir *supra*, n° 68)<sup>19</sup>. Ainsi, le champ d'application le plus large est celui de l'art. 26, puisque cette disposition ne se limite pas à interdire la discrimination dans la jouissance et l'exercice des droits garantis par le Pacte, mais stipule l'égalité dans l'ensemble de l'ordre juridique des Etats contractants<sup>20</sup>.
156. *La non-discrimination, une autre manière d'exprimer le principe d'égalité.* – Malgré les différences terminologiques<sup>21</sup>, les trois articles ont matériellement la même portée : ils n'interdisent pas toute distinction fondée sur un des critères énumérés, mais ils prohibent les distinctions qui ne sont pas fondées sur des motifs « raisonnables et objectifs »<sup>22</sup>. Ainsi, pour comparer les concepts juridiques, l'art. 26, mais également les art. 2 et 3, contiennent des garanties qui correspondent à la portée de l'art.

---

<sup>18</sup> NOWAK, *Commentary*, n° 6 ad art. 26 ; RAMCHARAN, *Equality*, 246.

<sup>19</sup> De surcroît, la plupart des droits garantis par le Pacte rappellent l'idée de l'égalité en parlant de « tout individu » ou de « toute personne » ; le Préambule quant à lui invoque « les droits égaux et inaliénables » des êtres humains.

<sup>20</sup> La Suisse a toutefois émis une réserve qui exclut le caractère indépendant de l'art. 26 dans notre pays. Voir, à cet égard, *supra*, n° 69.

<sup>21</sup> L'art. 2 parle de « toute distinction », l'art. 3 du « droit égal » et l'art. 26 notamment du « droit sans discrimination à une égale protection de la loi ».

<sup>22</sup> « Une différence fondée sur des critères raisonnables et objectifs n'équivaut pas à un acte discriminatoire, tel qu'interdit au sens de l'art. 26 » : communication individuelle n° 182/1984, *F. H. Zwaan-de Vries c. Pays-Bas*, constatations du Comité des droits de l'homme, du 9 avril 1987, ch. 13 : KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 596, 600. Voir aussi : KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, *Pactes*, 113 ; NOWAK, *Commentary*, n° 33 ad art. 2 et n° 23 s. ad art. 26 ; TOMUSCHAT, *Equality*, 712 ss.

8 al. 1 Cst. en droit suisse. La portée de ces dispositions ne va guère au-delà des garanties de l'art. 8 al. 1 Cst.<sup>23</sup>.

157. *La liste de l'art. 26 Pacte II.* – À l'instar de l'art. 14 CEDH, les art. 2 et 26 Pacte II contiennent chacun une liste de critères très semblable à celle de l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>24</sup>. Ces énumérations n'ont qu'un caractère exemplaire, ce qui est clairement exprimé par la terminologie (« notamment » et « ou de toute autre situation ») utilisée par ces deux dispositions<sup>25</sup>.

Comme à l'art. 14 CEDH, la présence d'un critère dans l'art. 26 Pacte II joue un rôle procédural : les distinctions qui reposent sur un tel critère sont présumées contraires au Pacte et il incombe aux autorités de démontrer leur admissibilité<sup>26</sup>. Il s'agit donc de critères « suspects », qui sont, *a priori*, inaptes à justifier une différence de traitement. Toute distinction basée sur un tel critère n'est cependant pas interdite ; elle est admissible dès lors qu'elle repose sur une justification sérieuse et raisonnable.

158. *Le rôle des garanties d'égalité du Pacte en droit suisse.* – La portée juridique des art. 2, 3 et 26 correspond, dans les grandes lignes, à la protection accordée, en droit suisse, par le principe d'égalité (art. 8 al. 1 Cst.). L'examen du Comité (comparabilité des situations, exigence de motifs objectifs et raisonnables) équivaut au « test de constitutionnalité » exigé par l'art. 8 al. 1 Cst.<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Du fait de la réserve suisse à l'égard de la portée indépendante de l'art. 26, le Tribunal fédéral n'a toutefois pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. Voir, par exemple : ATF 121 V 229, 233 s., B. (*âge de la retraite AVS*).

<sup>24</sup> Voir toutefois les critères de la couleur, de la fortune ou de la naissance, qui ne sont, sous cette forme, présents que dans le Pacte, et l'âge, le mode de vie ou les déficiences qui ne figurent que dans la Constitution fédérale.

<sup>25</sup> NOWAK, *Commentary*, n° 34 ad art. 2 ; TOMUSCHAT, *Gleichheitssatz*, 38. Le Comité des droits de l'homme est, par exemple, entré en matière sur le grief d'une inégalité de traitement au sens de l'art. 26 Pacte II entre couples mariés et non mariés : communication individuelle n° 180/1984, L. G. *Danning c. Pays-Bas*, constatations du Comité des droits de l'homme, du 9 avril 1987 : EuGRZ 1989, 39.

<sup>26</sup> BOSSUYT, *Discrimination*, 64 ; VIERDAG, *Discrimination*, 130 ss. Pour VIERDAG, *op. cit.*, 127 ss, les énumérations de critères « suspects » servent également à la clarification nécessaire du principe énoncé dans ces dispositions. Sur le rôle des critères, voir également : NOWAK, *Commentary*, n° 33 s. ad art. 2 et n° 25 s. ad. art. 26.

<sup>27</sup> Les différents contenus de l'art. 26 (*égalité devant la loi* et *égalité dans la loi*) sont par ailleurs également comparables aux contenus du principe d'égalité dans la Constitution fédérale (voir, *infra*, n° 195).

À l'instar de ce qui vaut pour la CEDH, les lois fédérales ne sont pas « immunisées » par rapport au Pacte II (cf. *supra* n° 41 *in fine*). Lorsqu'une disposition d'une loi fédérale touche une garantie du Pacte, le Tribunal fédéral peut contrôler sa compatibilité avec ce dernier. Aussi les art. 2, 3 et 26 permettent-ils un contrôle des lois fédérales par rapport à l'égalité, contrôle qui est exclu par rapport à la Constitution fédérale. La réserve suisse concernant la portée de l'art. 26 Pacte II limite toutefois la portée de ces garanties aux domaines protégés par les droits énoncés dans le Pacte (cf. *supra*, n° 69).

## Section 2

# L'interdiction de la discrimination sous d'autres cieux

### 1. Le droit communautaire

159. *Le principe d'égalité en droit communautaire.* – L'égalité et la non-discrimination traversent l'ensemble du droit communautaire. Même si les traités fondateurs ne connaissent pas de norme générale consacrant l'égalité, il est depuis longtemps admis que cette dernière « appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire »<sup>28</sup>. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, le principe d'égalité « veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié »<sup>29</sup>. L'admissibilité d'une distinction dépendra donc de la réponse aux questions de savoir si les situations sont comparables ou non et si la différenciation (ou l'assimilation) repose sur une justification objective.

---

Cf. BOSSUYT, *Discrimination*, 86 s. ; NOWAK, *Commentary*, n° 14 ss ad art. 26.

<sup>28</sup> CJCE, arrêt du 19 octobre 1977, 117/76 et 16/77, *Ruckschedel & Co.*, Rec. 1977 1753, 1770 ; BELLOUBET-FRIER Nicole, *Le principe d'égalité*, AJDA, n° spécial juillet-août 1998, 152 – 164, 154 ; BERNARD, *EC Discrimination Law*, 77 s. ; KISCHEL, *Gleichheits-satz*, 3.

<sup>29</sup> CJCE, arrêt du 13 décembre 1984, 106/83, *Sermide SpA.*, Rec. 1984 4209, 4231 ; voir déjà l'arrêt *Ruckschedel*, précité (note 28), 1770. Voir aussi : BELLOUBET-FRIER (note 28), 154.

160. *Les normes spéciales de non-discrimination.* – Pour un certain nombre de critères de distinction, le traité CE donne une réponse à ces questions, en consacrant plusieurs normes anti-discriminatoires spéciales, directement applicables. Il s'agit notamment de l'art. 12, interdisant la discrimination en raison de la nationalité<sup>30</sup>, de l'art. 34 § 2, al. 2, excluant toute discrimination entre producteurs ou consommateurs dans le domaine de l'agriculture<sup>31</sup>, et de l'art. 141, sur l'égalité des rémunérations entre femmes et hommes<sup>32</sup>. Ces dispositions, couvrant des domaines très différents les uns des autres, érigent certains critères de distinction en points de rattachement interdits ou quasi-interdits. L'examen des motifs à l'appui des distinctions en fonction de ces critères est particulièrement strict<sup>33</sup>.

Pour ce qui est de la nationalité, l'interdiction des distinctions est en principe absolue : « en interdisant "toute discrimination exercée en raison de la nationalité", l'art [12] exige, dans les Etats membres, la parfaite égalité de traitement des personnes se trouvant dans une situation régie par le droit commu-

<sup>30</sup> Ex-art. 6. Cette disposition est concrétisée par une série de normes spéciales, interdisant la discrimination du fait de la nationalité dans des situations spécifiques, plus précisément dans le domaine des droits de « libre circulation » : voir, par exemple, les art. 28 ss, sur les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent, et 39 ss, sur la libre circulation des travailleurs. L'art. 12 TCE énonce ainsi le principe général et il ne s'applique de façon autonome « que dans des situations régies par le droit communautaire pour lesquelles le traité ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination », donc notamment en dehors des droits de « libre circulation » : GILLIAMS H., *Discrimination en raison de la nationalité (Interdiction de -)*, in : BARAV AMI, PHILIP Christian, Dictionnaire juridique des Communautés européennes, Paris, 1993, 367 – 370.

Selon BERNARD, *EC Discrimination Law*, 88 ss, les articles non-discriminatoires dans le domaine de la « libre-circulation » ne sont toutefois pas l'expression des mêmes objectifs que l'art. 12 TCE : ce dernier reflète, d'une certaine manière, un principe général qui existe dans toute structure fédérale ou « proto-fédérale », les autres dispositions poursuivant avant tout l'accomplissement du marché unique. Toutefois, dans une structure fédérale ou « proto-fédérale », l'un ira généralement de pair avec l'autre.

<sup>31</sup> Ex-art. 40 § 3, al. 2. Cet article a donné lieu à une jurisprudence particulièrement riche sur le principe d'égalité : cf. KISCHEL, *Gleichheitssatz*, 2 ss.

<sup>32</sup> Ex-art. 119. La CJCE a interprété cette disposition de manière large, c'est-à-dire en élargissant son champ d'application, au-delà des questions étroitement liées au salaire au sens étroit, à tous avantages payés directement ou indirectement en raison de l'emploi. Il couvre ainsi un large éventail de questions en matière d'emploi et de travail : JESUS Barbara, in : LEGER, *Commentaire*, n° 4 ss ad art. 141 ; KISCHEL, *Gleichheitssatz*, 1 s.

<sup>33</sup> KISCHEL, *Gleichheitssatz*, 5, voit la différence entre le principe général d'égalité et les règles spéciales mentionnées avant tout dans le « Rechtfertigungsmaßstab » différent. Voir aussi, BERNARD, *EC Discrimination Law*, 83 ss.

nautaire et des ressortissants de l'Etat membre considéré »<sup>34</sup>. Cela ne veut pas dire que des distinctions en raison de la nationalité ne sont jamais admissibles. Cependant, l'examen des motifs invoqués par l'Etat membre concerné est particulièrement strict et des « situations comparables ne peuvent être traitées de manière distincte, même si les justifications avancées à l'appui de la différence de traitement peuvent ne pas sembler illégitimes »<sup>35</sup>. Ainsi, la Cour « n'a, en effet, jamais accepté les justifications avancées par les Etats membres »<sup>36</sup>. La nationalité ne sera admissible comme critère de distinction que dans des situations exceptionnelles : ce critère n'est, dans le système des valeurs de la Communauté<sup>37</sup>, en principe pertinent dans quasiment aucun contexte. La fonction de l'art. 12 TCE, dans le système communautaire, ressemble donc à celle de l'art. 37 al. 2 Cst. dans l'Etat fédéral suisse (voir, sur cette disposition, *infra*, n° 271).

À côté de ces normes, l'art. 13 TCE autorise le Conseil à « prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Cette disposition – inspirée de l'art. 14 CEDH<sup>38</sup> – a été introduite dans le TCE par le traité d'Amsterdam<sup>39</sup>. Elle n'est pas directement applicable, mais on peut s'attendre à ce que la Cour en tienne compte dans l'interprétation du principe général d'égalité en droit communautaire, et notamment en ce qui concerne les

<sup>34</sup> CJCE, arrêt du 20 mars 1997, 323/95, *Hayes*, Rec. 1997 I-1711, 1724.

<sup>35</sup> PINGEL-LENUZZA Isabelle, in : LEGER, *Commentaire*, n° 3 ad art. 12 ; par exemple GILLIAMS (note 30), 367, préconise un caractère absolu de l'art. 12.

<sup>36</sup> DONY Marianne, *Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, in : BRIBOSIA Emmanuelle, DARDENNE Emmanuelle, MAGNETTE Paul, WEYEMBERGH Anne (éd.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non discrimination et ses limites*, Bruxelles, 1999, 45 – 62, 55, avec des références à la jurisprudence. La CJCE procède toutefois à un examen de proportionnalité des distinctions en raison de la nationalité (pour un exemple voir l'arrêt *Hayes*, précité [note 34], 1726).

<sup>37</sup> GILLIAMS (note 30), 367 : « [I]l'interdiction de discrimination sur la base de la nationalité (...) est le fondement principal de l'ordre juridique communautaire ».

<sup>38</sup> PINGEL-LENUZZA Isabelle, in : LEGER, *Commentaire*, n° 1 ad art. 13.

<sup>39</sup> Sur cette disposition, voir : BELL Mark, *The New Article 13 EC Treaty : A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law ?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, 5 – 23 ; DOLLAT Patrick, *Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, *Journal des Tribunaux Droit Européen*, 2002, 57 – 64.

critères de distinction soumis à un examen plus restrictif<sup>40</sup>. En 2000, le Conseil a concrétisé l'art. 13 par l'adoption, notamment, de deux directives<sup>41</sup>.

161. *La portée de la notion de « discrimination »*. – Selon la CJCE, le principe de non-discrimination est « l'expression spécifique du principe général d'égalité »<sup>42</sup>. Il exclut *a priori* certaines distinctions, fondées sur des critères « suspects ». Ces distinctions seront ainsi soumises à un examen particulièrement strict quant à la question de la comparabilité des situations.

Les deux directives susmentionnées donnent, pour la première fois, une définition légale du terme de discrimination en droit communautaire. Selon leur art. 2, « on entend par "principe d'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte » ; une discrimination directe ayant lieu « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de [l'un des motifs énoncés] », à savoir la race et l'origine ethnique (pour la directive n° 43), la religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle (pour la directive n° 78).

En droit communautaire, le principe de non-discrimination met donc l'accent sur le caractère *a priori* inadmissible de certaines distinctions, soumises à un examen restrictif. Il complète ainsi le principe d'égalité, en renforçant sa portée pour un certain nombre de critères de distinction considérés comme « suspects ».

---

<sup>40</sup> Voir, par exemple, la mention qui en est faite dans : CJCE, arrêt du 17 février 1998, C-249/96, *Grant*, Rec. 1998 I-621, 651.

<sup>41</sup> Directive n° 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO n° L 180, du 19 juillet 2000, 0022 – 0026 ; directive n° 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO n° L 303, du 2 décembre 2000, 0016 – 0022. Sur ces directives, voir par exemple DOLLAT (note 39), 58 ss.

<sup>42</sup> CJCE, arrêt *Ruckshedel*, précité (note 28), 1770 ; arrêt du 19 octobre 1977, 124/76 et 20/77, *SA Moulins et Huileries Pont-à-Mousson*, Rec. 1977 1795, 1811.

Selon DONY (note 36), 53, il y a discrimination « lorsque des situations similaires sont traitées de manière différente ou lorsque des situations différentes sont traitées de manière identique ».

162. *L'égalité et la non-discrimination dans la Charte.* – La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>43</sup>, consacre un chapitre entier à l'égalité. Ce chapitre contient des normes sur l'égalité en général, sur la « non-discrimination », la diversité culturelle, religieuse et linguistique, l'égalité entre hommes et femmes, ainsi que sur les droits des enfants, des personnes âgées et des handicapés.

L'art. 20 (« [t]outes les personnes sont égales en droit ») consacre le principe d'égalité, tel qu'il a été défini par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes<sup>44</sup>. Il l'érige en principe général, concernant tous les droits, « qu'ils soient énoncés ou non dans la Charte elle-même »<sup>45</sup>.

L'art. 21 de la Charte pose, dans des termes proches de ceux qui sont utilisées par les art. 13 TCE et 14 CEDH, le principe de non-discrimination du fait de certains critères<sup>46</sup>. Dans son second alinéa, il interdit « toute discrimination fondée sur la nationalité ». Le parallélisme de la rédaction incite à admettre que l'art. 21 a une portée juridique similaire aux art. 13 TCE et 14 CEDH et que les distinctions basées sur l'un des critères énoncés sont soumises à un examen particulièrement strict.

Même si la Charte n'est pas (encore) directement applicable, elle peut servir de texte de référence pour les actes des institutions européennes ; la Cour de justice s'en inspirera sans doute dans l'interprétation des principes généraux du droit communautaire<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> La Charte, proclamée et signée publiquement le 7 décembre 2000, est, juridiquement, un accord interinstitutionnel entre le Conseil de l'Union, le Parlement européen et la Commission européenne. N'étant pas (encore) insérée dans un traité, elle n'a pas, formellement, de force contraignante. BRAIBANT GUY, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, 2001, 57 ss ; OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme. Textes français et internationaux*. 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2002, 137.

<sup>44</sup> Cf. les explications du présidium de la Convention ad art. 20 : BRAIBANT (note 43), 151.

<sup>45</sup> BRAIBANT (note 43), 152.

<sup>46</sup> La liste des critères est plus large que celle des deux autres dispositions. Par rapport à l'art. 13 TCE, elle a été enrichie de la couleur, des origines sociales, des caractéristiques génétiques, de la langue, des opinions politiques ou de toute autre opinion, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune et de la naissance.

<sup>47</sup> Voir à ce sujet BRAIBANT (note 43), 61 ss, avec des références, notamment à un avis de la Commission, du 28 octobre 2000, « sur la nature de la Charte ».

## 2. Quelques ordres juridiques nationaux

163. *L'Allemagne*. – La *Grundgesetz* allemande consacre le principe d'égalité à son art. 3 al. 1. À l'instar de ce qui vaut pour le droit suisse et le droit international, l'égalité exige en droit allemand que des situations semblables soient traitées de manière identique, que des situations différentes le soient de manière distincte et que des différences de traitement reposent sur des motifs raisonnables<sup>48</sup>. Il incombe en principe au législateur de déterminer ce que sont les différences « raisonnables »<sup>49</sup>. Selon le critère de distinction utilisé, cependant, l'examen de la constitutionnalité par le juge sera plus ou moins strict (« abgestufte Kontrolldichte »)<sup>50</sup>.

La Constitution elle-même déclare certains critères inaptes à servir de base à une distinction juridique. Elle prévoit, à l'art. 3 al. 2, l'égalité entre femmes et hommes, et interdit, à l'art. 3 al. 3, première phrase, tout préjudice ou avantage du fait du sexe, de l'ascendance, de la race, de la langue, de la patrie et de l'origine, de la croyance et des opinions religieuses ou politiques<sup>51</sup>. En ce qui concerne les handicapés, elle n'interdit, dans la

---

<sup>48</sup> BVerfGE 87 234, 255 (« Die rechtliche Unterscheidung muss (...) in sachlichen Unterschieden ausreichende Stütze finden ») ; 90 145, 195 ; 97 35, 44.

GUBELT Manfred, in : VON MÜNCH Ingo, KUNIG Philipp, *Grundgesetz-Kommentar*, 5<sup>e</sup> éd., Munich, 2000, n° 11 ss ad. art. 3 ; OSTERLOH Lerke, in : SACHS Michael, *Grundgesetz-Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, 1999, n° 8 ss ad. art. 3 ; SCHMIDT-BLEIBTREU Bruno, KLEIN Franz, *Kommentar zum Grundgesetz*, 9<sup>e</sup> éd., Neuwied/Kriftel, 1999, n° 13 ss ad. art. 3 ; STARCK, *Artikel 3*, n° 10.

<sup>49</sup> SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN (note 48), n° 16 ss ad. art. 3 ; BVerfGE 90 145, 195 s. : « Dabei ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich ansehen will. Der Gesetzgeber muss allerdings eine Auswahl sachgerecht treffen ».

<sup>50</sup> BVerfGE 88 87, 96 : « [a]us dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom blossen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an die Verhältnismässigkeitserfordernisse reichen » ; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN (note 48), n° 40 ad art. 3.

<sup>51</sup> « Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden ». Voir la traduction française dans : GREWE Constance, OBERDORFF Henri, *Les Constitutions des Etats de l'Union européenne*, Paris, 1999, 24.

seconde phrase de l'art. 3 al. 3, que les désavantages du fait d'un handicap<sup>52</sup>.

L'art. 3 al. 3, première phrase, généralement appelé « *Differenzierungsverbot* », prohibe tout rattachement d'une distinction à l'un des critères énumérés ; il constitue ainsi une interdiction des distinctions<sup>53</sup>. Selon une partie de la doctrine<sup>54</sup>, cette interdiction est absolue et ne souffre aucune exception, c'est-à-dire que le rattachement d'une distinction à l'un des critères mentionnés est formellement exclu. Selon une autre partie des auteurs et certains arrêts de la Cour constitutionnelle, cependant, la disposition permettrait des différenciations qui s'imposent par des différences de fait qui doivent impérativement être prises en compte, notamment des différences biologiques et fonctionnelles entre femmes et hommes<sup>55</sup>. Dans tous les cas, l'art. 3 al. 3, première phrase, GG consacre une réponse concrète – et négative – à la question de savoir si certains critères peuvent être ou non pertinents pour justifier une distinction sous l'angle du principe général d'égalité. À l'instar de ce que fait la Constitution suisse pour les critères du sexe et du droit de cité, la *Grundgesetz* allemande exclut, à son art. 3 al. 3, première phrase, *a priori* certaines qualités inhérentes à la personnalité comme critères de distinction<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> « Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. »

<sup>53</sup> On parle aussi d'une « Anknüpfungsverbot » : OSTERLOH (note 48), n° 248 ad art. 3 ; STARCK, *Artikel 3*, n° 350. Voir aussi : BVerfGE 85 191, 206 ; GUBELT (note 48), n° 103 s. ad art. 3 ; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN (note 48), n° 40 ad art. 3.

<sup>54</sup> SACHS Michael, *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, Berlin et al., 2000, 245 s. ; STARCK, *Artikel 3*, n° 340. Voir également les références chez KLEIN, *Handicapés*, 155 s., et J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 412 s.

<sup>55</sup> BVerfGE 85 191, 206 s. : « Das Geschlecht darf grundsätzlich – ebenso wie die anderen in Absatz 3 genannten Merkmale – nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. (...) Allerdings verstösst nicht jede Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht anknüpft, gegen Art. 3 Abs 3 GG. Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind » (selon la Cour [206], la portée de l'art. 3 al. 2 GG, sur l'égalité entre femmes et hommes, ne va pas au-delà de la portée de l'interdiction générale des différenciations de l'art. 3 al. 3, première phrase) ; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN (note 48), n° 37 et 40 ss ad art. 3 ; GUBELT (note 48), n° 87 ss ad art. 3.

<sup>56</sup> SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN (note 48), n° 40 ad art. 3 ; STARCK, *Artikel 3*, n° 338. C'est à cause de ce caractère formel de l'art. 3 al. 3, première phrase, GG, qu'une formulation différente était nécessaire pour l'interdiction de la discrimination des handicapés (art. 3 al. 3, seconde phrase) : BVerfGE 96 288, 302.

164. *La France*. – « En France, le principe d'égalité est l'un des principes les plus anciens du droit public »<sup>57</sup>. Inscrit dans une quinzaine de dispositions constitutionnelles, notamment aux art. 1<sup>er</sup>, 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans plusieurs alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 et aux art. 1, 2 et 3 de la Constitution de 1958<sup>58</sup>, l'égalité traverse l'ensemble du « bloc de constitutionnalité »<sup>59</sup> français. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »<sup>60</sup>.

En ce qui concerne la notion de « discrimination », la Constitution française n'évoque pas ce terme (mais celui des « distinctions » : cf., par

<sup>57</sup> SOUSSE Marcel, *Le principe de non discrimination – Les rapports entre le système européen de protection et le système français*, AJDA 1999, 985 – 991. Sur le principe d'égalité en droit français, voir par exemple : BELLOUBET-FRIER (note 28) ; CHRISTOPHE TCHAKALOFF Marie France, *Le principe d'égalité*, AJDA, n° spécial juin 1996, 168 – 177 ; CONSEIL D'ETAT, *Sur le principe d'égalité. Considérations générales*, in : CONSEIL D'ETAT, Rapport public 1996, Paris, 1997, 13 – 114 ; FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTJAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2002, n° 1389 – 1403 ; MELIN-SOUCRAMANJEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, thèse, Paris, 1997.

<sup>58</sup> Cf. CONSEIL D'ETAT (note 57), 28 ss ; FAVOREU et al. (note 57), n° 1391. Pour les textes de ces dispositions, voir, par exemple : GREWE/OBERDORFF (note 51), 240 ss ; RIALS Stéphane, *Textes constitutionnels français*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, 3 ss, 80 ss et 97 ss.

<sup>59</sup> Dans la décision 71-44 DC, du 16 juillet 1971, *Loi relative au contrat d'association*, RecCC 1971 29, le Conseil constitutionnel français a consacré la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958 et des textes auxquels celui-ci renvoie (c'est-à-dire la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 27 août 1789 et la Constitution du 27 octobre 1946). Cf. FAVOREU et al. (note 57), n° 166 ss ; GREWE Constance, *Die Grundrechte und ihre richterliche Kontrolle in Frankreich. Grundlagen und aktuelle Entwicklungen*, EuGRZ 2002, 209 – 212, 209 ss.

<sup>60</sup> Formule actuelle du Conseil constitutionnel : CC 96-375 DC, du 9 avril 1996, *Transferts d'entreprises publiques au secteur privé*, RecCC 1996 60, 62 ; 99-423 DC, du 13 janvier 2000, *loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, RecCC 2000 33, 44 s. Pour les premières formules utilisées, voir notamment CC 73-51 DC, du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974 (taxation d'office)*, RecCC 1973 25, et 78-101, du 17 janvier 1979, *Code du Travail*, RecCC 1979 23, 24.

exemple, l'art. premier)<sup>61</sup>. La doctrine et la jurisprudence, en revanche, parlent de « discrimination » – soit dans le sens neutre de « distinction », soit en tant que synonyme d'une différence de traitement qui n'est pas justifiée par des motifs raisonnables. Le « principe de non-discrimination » est compris comme imposant au législateur une obligation de non-distinction en fonction de certains critères qui se trouvent dans la Constitution<sup>62</sup>. En effet, si l'égalité exige que les distinctions reposent sur des critères raisonnables, pertinents pour la question à régler, l'intensité du contrôle de la constitutionnalité des distinctions varie en fonction du domaine à régler et du critère sur lequel elles reposent<sup>63</sup>. L'examen est notamment plus strict pour les distinctions concernant le droit de vote et les conditions d'éligibilité (cf. art. 3 al. 3 de la Constitution de 1958) et pour les différences de traitement fondées sur l'origine, la race ou la religion (voir l'art. premier, qui prohibe les « distinction[s] d'origine, de race ou de religion »)<sup>64</sup>. Pour ces derniers, le principe d'égalité acquiert un caractère quasiment absolu<sup>65</sup>.

La portée du principe d'égalité en droit français ressemble donc à celle en droit allemand : l'égalité exige une justification raisonnable des distinctions qui doivent être fondées sur des critères pertinents dans le contexte à régler. La juridiction constitutionnelle applique des contrôles plus ou moins stricts en fonction du domaine à régler et du critère sur lequel repose une distinction. Enfin, certains critères sont déclarés, par la Constitution elle-même, *a priori* inaptes pour justifier des différences de traitement (non-discrimination).

165. *Les Etats-Unis.* – Aux Etats-Unis, les normes constitutionnelles consacrant l'égalité et la non-discrimination se trouvent principalement dans le V<sup>e</sup> et le XIV<sup>e</sup> amendement de la Constitution. Le premier, adopté en 1791, s'adresse à l'Etat fédéral (*due process clause*), le deuxième, de

---

<sup>61</sup> Cf. SOUSSE (note 57), 985.

<sup>62</sup> CONSEIL D'ETAT (note 57), 107 ss ; FAVOREU et al. (note 57), n° 1401.

<sup>63</sup> « Ainsi, force est de conclure que le principe de non-discrimination doit être intimement associé au principe d'égalité » : SOUSSE (note 57), 985.

<sup>64</sup> CONSEIL D'ETAT (note 57), 30 ; ROUX André, TERNEYRE Philippe, *Principe d'égalité et droit de suffrage en France*, Annuaire international de Justice constitutionnelle V-1989, Aix-en-Provence/Paris, 1990, 249 – 293, spéc. 252 s. et 257 s. ; FAVOREU et al. (note 57), n° 1401.

<sup>65</sup> CONSEIL D'ETAT (note 57), 39 ss.

1868, s'adresse aux Etats fédérés (*equal protection clause*)<sup>66</sup>. Historiquement, le XIV<sup>e</sup> amendement trouve son origine dans la lutte contre la discrimination à l'égard des Noirs ; il a été adopté suite à la Guerre civile, après l'abolition de l'esclavage<sup>67</sup>. Aujourd'hui, le V<sup>e</sup> et le XIV<sup>e</sup> amendement servent de base juridique générale pour garantir l'égalité devant et dans la législation<sup>68</sup>.

Selon le critère de distinction utilisé et le domaine à régler, l'examen de la constitutionnalité d'une inégalité de traitement doit répondre à des degrés d'exigence différents. Notamment les distinctions fondées sur la race, l'origine nationale ou le sexe, mais également les traitements différents des « enfants naturels », par exemple, sont soumis à un examen plus strict. Dans sa jurisprudence, la Cour suprême des Etats-Unis a développé trois degrés d'examen différents :

- 1° Le *rational basis test*<sup>69</sup>. Pour la plupart des distinctions, la Cour suprême exige que la règle poursuive un intérêt public légitime et qu'il existe un lien raisonnable entre cet intérêt et la classification opérée<sup>70</sup>. Le *rational basis test* n'accorde

---

<sup>66</sup> Cf. BRUGGER Winfried, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tubingue, 1987, 144 – 215 ; ROTUNDA Ronald D., NOWAK John E., *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 3<sup>e</sup> éd., St. Paul, 1999, vol. 3, 202 – 826, 206 s. ; SCHEFER, *U.S.-Supreme Court*, 48 – 73 ; STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 23 – 72. Pour des reproductions de ces textes, voir par exemple : BRUGGER, *op. cit.*, 472 et 476 s. ; ROTUNDA/NOWAK, *op. cit.*, 302 s.

De surcroît, le *Civil Rights Act* de 1964 contient également des règles de non-discrimination, notamment dans le domaine du droit du travail : STAMPE, *op. cit.*, 28 ; voir aussi les lois présentées au n° 415 *in fine*.

<sup>67</sup> Sur l'origine du XIV<sup>e</sup> amendement : BRUGGER (note 66), 144 ss ; SCHEFER, *U.S.-Supreme Court*, 21 ss et 204 ss ; STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 30 ss.

Après l'abolition de l'esclavage par le XIII<sup>e</sup> amendement en 1865, les Etats du Sud avait adopté des *black codes*, établissant des discriminations systématiques à l'égard des Noirs ; le XIV<sup>e</sup> amendement avait pour fonction d'éliminer de telles discriminations : BRUGGER, *op. cit.*, 149 ; STAMPE, *op. cit.*, 31.

<sup>68</sup> La Cour suprême donne à la *due process clause* du V<sup>e</sup> amendement une signification similaire à la *equal protection clause*. Voir, par exemple, les arrêts *United States Railroad Retirement Board v. Fritz*, du 9 décembre 1980 (499 U.S. 166 / 101 S. Ct. 453), et *Schneider v. Rusk*, du 18 mai 1964 (377 U.S. 163, 168 / 84 S. Ct. 1187, 1190).

<sup>69</sup> BRUGGER (note 66), 163 ss ; ROTUNDA/NOWAK (note 66), 216 ; SCHEFER, *U.S.-Supreme Court*, 50 s. ; STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 41 s.

<sup>70</sup> « Unless a classification trammels fundamental personal rights or is drawn upon inherently suspect distinctions such as race, religion, or alienage, our decisions presume the con-

qu'une protection minimale et laisse une grande marge de manœuvre au législateur. Les distinctions soumises au *rational basis test* sont présumées conformes à la Constitution et son application mène généralement à l'admission de la mesure. Ce test ressemble ainsi à l'examen du Tribunal fédéral concernant l'interdiction de l'arbitraire<sup>71</sup>.

- 2° Le *strict scrutiny test*<sup>72</sup>. Pour les distinctions fondées sur la race ou l'origine nationale, ainsi que pour celles qui touchent des domaines fondamentaux protégés par la Constitution (comme le droit de vote, l'accès à la justice, la libre-circulation entre les Etats fédérés)<sup>73</sup>, la Cour exige que l'intérêt public soit *impératif* et que la distinction en question soit *nécessaire* pour atteindre le but (c'est-à-dire qu'il n'existe pas de mesure moins restrictive pour arriver au même but)<sup>74</sup>. Les distinctions soumises au *strict scrutiny*

---

stitutionality of the statutory discriminations and require only that the classification challenged be rationally related to a legitimate state interest » : arrêt *City of New Orleans v. Dukes*, du 25 juin 1976 (427 U.S. 297, 303 / 96 S. Ct. 2513 2517). Selon la formule de l'arrêt *Nordlinger v. Hahn*, du 18 juin 1992, la *equal protection clause* « simply keeps governmental decisionmakers from treating differently persons who are in all relevant respects alike » (505 U.S. 1, 10 / 112 S. Ct. 2326, 2331).

<sup>71</sup> ROTUNDA/NOWAK (note 66), 231 s. Voir, par exemple, l'arrêt *U.S. Railroad Retirement Board* (note 68), 177 resp. 460 : « the only remaining question is whether Congress achieved its purpose in a patently arbitrary or irrational way ». Selon l'arrêt *Schneider* (note 68), 168 resp. 1190, le V<sup>e</sup> amendement « does forbid discrimination that is "so unjustifiable as to be violative of due process" ».

ROTUNDA/NOWAK, *op. cit.*, 226 ss, se demandent si, depuis 1986, la Cour suprême ne s'est pas montré plus strict dans le *rational basis test* ; toutefois, ils ne voient pas assez d'indices pour donner une réponse affirmative à cette question.

<sup>72</sup> BRUGGER (note 66), 172 ss ; ROTUNDA/NOWAK (note 66), 216 ss, spéc. 326 ss ; SCHEFER, *U.S.-Supreme Court*, 52 ss, spéc. 56 s. ; STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 42.

<sup>73</sup> BRUGGER (note 66), 75 ss et 201 ; SCHEFER, *U.S.-Supreme Court*, 49.

<sup>74</sup> Les classifications raciales « are subject to the most exacting scrutiny; to pass constitutional muster, they must be justified by a compelling governmental interest and must be 'necessary ... to the accomplishment' of their legitimate purpose » : arrêt *Palmore v. Sidoti*, du 25 avril 1984 (466 U.S. 429 432 s. / 104 S. Ct. 1879, 1882). Sont non seulement soumises à cet examen strict les distinctions se rattachant directement à la race, mais également celles qui « although race neutral, are, on their face, 'unexplainable on grounds other than race' » : arrêt *Shaw v. Reno*, du 28 juin 1993 (509 U.S. 630 643 / 113 S. Ct. 2816, 2825).

*test* sont présumées illicites, et la Cour suprême juge généralement inadmissibles les distinctions reposant sur un tel critère « suspect ».

- 3° Le *intermediate test*<sup>75</sup>. Pour certains critères, la Cour applique un examen intermédiaire et exige que l'intérêt public soit *important* (mais non pas impératif) et que la mesure soit au moins *apte* à atteindre l'objectif poursuivi<sup>76</sup>. Ce test intermédiaire s'applique à d'autres critères « suspects » ou « quasi-suspects », notamment aux distinctions reposant sur le sexe, mais également aux distinctions à l'égard des enfants naturels<sup>77</sup>.

La Cour suprême des Etats-Unis a ainsi développé, sur la base d'une norme consacrant le principe d'égalité, des degrés d'examen différents : lorsqu'une distinction est fondée sur certaines qualités personnelles, « suspectes »<sup>78</sup>, elle est présumée illicite et sera soumise à un examen

---

Sur l'origine nationale, voir l'arrêt souvent considéré comme le fondement du *strict scrutiny test* : *Toyosaburo Korematsu v. United States*, du 18 décembre 1944 (323 U.S. 214, 216 / 65 S. Ct. 193, 194). Les distinctions à l'égard des étrangers légalement établis aux Etats-Unis sont également exposées au *strict scrutiny test* : arrêt *Graham v. Richardson*, du 14 juin 1971 (403 U.S. 365, 371 s. / 91 S. Ct. 1848, 1852) ; la Cour exclut toutefois l'engagement dans la fonction publique de cet examen strict : cf. arrêt *Ambach v. Norwick*, du 17 avril 1979 (441 U.S. 68 / 99 S. Ct. 1589) ; ROTUNDA/NOWAK (note 66), 469 ss.

<sup>75</sup> ROTUNDA/NOWAK (note 66), 218 ; SCHEFER, *U.S.-Supreme Court*, 67 ss ; STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 42 s. ; voir aussi : BRUGGER (note 66), 188 ss.

<sup>76</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Craig v. Boren*, du 20 décembre 1976 (429 U.S. 190, 197 / 97 S. Ct. 451, 457).

<sup>77</sup> ROTUNDA/NOWAK (note 66), 492 ss et 517 ss.

Les distinctions à l'égard des handicapés, en revanche, ne sont examinées que sous l'angle du *rational basis test* : arrêt *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, du 21 février 2001 (351 U.S. 356, 365 ss / 121 S. Ct. 955 963 s.), confirmant l'arrêt *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, du 1<sup>er</sup> juillet 1985 (473 U.S. 432 / 105 S. Ct. 3249).

<sup>78</sup> Le concept des « classifications suspectes » a en effet été consacré par la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Voir, notamment : ROTUNDA/NOWAK (note 66), 326 ss, et l'arrêt *Korematsu*, précité (note 74).

Pour qu'une classification soit considérée comme suspecte, il faut qu'elle repose sur un critère qui porte sur une qualité inhérente à la personne et/ou qui reflète des préjugés vis-à-vis de minorités ou désigne un groupe dont l'expérience montre qu'il est souvent socialement défavorisé : BRUGGER (note 66), 174 ss ; STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 40.

plus strict. Par cette gradation de ce qu'on pourrait appeler, pour reprendre le terme allemand, le *Rechtfertigungsmaßstab*, la jurisprudence américaine suit donc la même conception que les droits communautaire, allemand ou français. Toutefois, la portée du *rational basis test* va moins loin que le principe d'égalité tel qu'il est compris dans ces ordres juridiques, il ressemble plutôt à l'interdiction de l'arbitraire en droit suisse. En revanche, le *strict scrutiny test* équivaut au principe de non-discrimination des droits français ou allemand.

### Section 3

## Conclusions

166. *Égalité et non-discrimination : les deux faces de la même médaille ?* – Un fil rouge traverse les différentes dispositions du droit international et des ordres juridiques nationaux examinés : les situations semblables doivent être traitées de manière identique et les situations différentes doivent l'être de manière distincte<sup>79</sup> ; de surcroît, toute distinction doit reposer sur un critère objectif et raisonnable, donc pertinent dans le contexte à régler.

Ce principe est parfois exprimé de manière positive, par le terme « égalité » (voir l'art. 26 Pacte II et l'art. premier de la Constitution française), parfois de manière négative, par l'expression « non-discrimination » (voir l'art. 14 CEDH). Dans les instruments internationaux, tels que la CEDH et les Pactes de l'ONU, la portée des deux notions est identique, le terme « discrimination » désignant une distinction violant l'égalité, c'est-à-dire dépourvue de justification raisonnable. Dans les autres ordres juridiques également, la notion de « discrimination » est souvent utilisée en tant que synonyme de distinction injustifiée, violant l'égalité de traitement – comme c'était d'ailleurs le cas en Suisse avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution.

Ainsi, égalité et non-discrimination peuvent être considérées comme les deux faces de la même médaille<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Adage qui remonte à Aristote ; cf., par exemple, BESSON, *Egalité horizontale*, n° 30.

<sup>80</sup> BAYEFSKI, *Equality*, 1, note 1 : « [i]t is my view that equality and non-discrimination are positive and negative statements of the same principle ».

167. Les critères « suspects », à l'origine du « principe de non-discrimination ». – Toutefois, si l'on regarde d'un peu plus près l'utilisation de la notion de « discrimination », et notamment de l'expression « principe de non-discrimination », un autre fil rouge apparaît. Dans tous les ordres juridiques examinés, certaines catégories de distinctions sont considérées comme « suspectes ». Notamment les distinctions fondées sur la race, le sexe, la langue ou la religion sont généralement présumées inadmissibles et elles sont soumises à un contrôle particulièrement strict. Cet examen inclut souvent un examen de proportionnalité<sup>81</sup>, mais cela peut aller jusqu'à l'interdiction complète des distinctions fondées sur un critère « suspect »<sup>82</sup>.

C'est dans ce contexte que doctrine et jurisprudence parlent du « principe de non-discrimination ». Ce dernier se base sur l'idée d'une gradation du contrôle de constitutionnalité, selon le domaine à régler<sup>83</sup>, mais surtout en fonction du critère de distinction utilisé. Et les listes des critères « suspects » se ressemblent : elles contiennent toutes des qualités inhérentes à l'être humain, qualités qu'il ne peut pas ou que difficilement modifier ou dont on ne peut pas, sur la base des valeurs essentielles de la Constitution, exiger qu'il les modifie<sup>84</sup>. Des distinctions reposant sur de telles qualités ont toujours un caractère particulièrement humiliant ou dépréciatif ou s'opposent à des valeurs essentielles de la société.

Le second élément commun des dispositions examinées réside donc dans le fait que certaines distinctions relatives à l'égalité et la non-discrimination risquent d'être particulièrement odieuses. La non-discrimination veut que les distinctions qui reposent sur des qualités très personnelles des êtres humains, et qui touchent alors leur dignité, sont considérées comme *a priori* inadmissibles. Ainsi, l'expression « non-discrimination » désigne, très souvent, la conception des critères « suspects », soumis à un examen strict par les autorités judiciaires.

---

Dans le même sens : BOSSUYT, *Discrimination*, 84 ss, spéc. 128 ; SUDRE, *Droits de l'homme*, n° 192 ; VIERDAG *Discrimination*, 60 ss. VIERDAG, *op. cit.*, 60, définit la discrimination comme la violation du principe d'égalité : un « wrongly equal, or wrongly unequal treatment ».

<sup>81</sup> Voir, par exemple : BERNARD, *EC Discrimination Law*, 78 ss.

<sup>82</sup> Sous réserve des distinctions qui s'imposent par des différences essentielles dans les faits. Voir notamment *supra*, n° 163, concernant le droit allemand.

<sup>83</sup> Voir le droit français et américain, ainsi que le droit communautaire.

<sup>84</sup> NOWAK, *Commentary*, n° 33 ad art. 2.

---

## CHAPITRE V

### INTERPRÉTATION DE L'ART. 8 AL. 2

168. *Plan.* – L'interprétation d'une norme a pour but de dégager son sens et sa portée. Le recours aux méthodes d'interprétation est nécessaire lorsque le sens véritable d'une norme n'est pas évident. Or, la Constitution fédérale parle de « discrimination » – resp., dans les versions allemande et italienne, de « discriminer » – sans en définir la portée : le texte constitutionnel ne contient ni concrétisation ni description de cette notion, dont le sens juridique n'est pas clair. Il y a donc lieu d'interpréter ce terme pour en dégager le sens exact.

Avant de procéder à cette interprétation, il convient de rappeler les méthodes d'interprétation et les spécificités de l'interprétation de la Constitution (section 1). Ensuite, nous analyserons la disposition en fonction de ces méthodes (section 2) pour en proposer une interprétation propre (section 3).

#### Section 1

#### Les méthodes d'interprétation

169. *Les différentes méthodes d'interprétation.* – L'interprétation n'est pas une « science exacte » qui mènerait inévitablement, par l'application d'une seule méthode reconnue, au seul résultat correct. Il y a, tout au contraire, une multitude de méthodes d'interprétation qui interagissent et se complètent mutuellement<sup>1</sup> :

---

<sup>1</sup> Pour plus de détails, voir : HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 75 – 167 ; MAHON Pascal, MAVROIDIS Petros C., *Le pouvoir et les méthodes d'interprétation du juge en droit*

- La *méthode littérale* (ou grammaticale) se fonde sur l’analyse lexicale du texte de la norme. Elle se base sur le sens ordinaire des mots qui la composent. Les différentes versions officielles (français, allemand, italien) ont le même poids pour cette analyse. Puisque la norme même est l’objet de l’interprétation, l’analyse littérale de son texte doit constituer le point de départ de toute interprétation.
- L’*interprétation systématique* recherche le sens de la norme en analysant son emplacement dans le texte légal, ses rapports avec les autres dispositions. Elle se fonde sur la cohérence de l’ensemble du texte normatif et de l’ordre juridique dans lequel la norme se situe.
- L’*interprétation historique* recherche le sens donné à la norme au moment de son adoption. On la replace donc dans le contexte de sa genèse, en analysant (a) *les travaux préparatoires*, notamment – pour la Constitution ou une loi fédérale – le message du Conseil fédéral, les interventions des rapporteurs des commissions et des conseillers fédéraux ou, éventuellement, d’autres orateurs lors des débats à l’Assemblée fédérale, ainsi que les informations données aux citoyens lors de la votation (*méthode historique subjective*) et/ou (b) *le sens qui a été donné à une norme par la société en général à l’époque de son adoption (méthode historique objective)*. L’interprétation historique a un caractère statique et tend à donner à la norme un sens immuable. Plus une norme est récente, plus l’interprétation historique doit avoir de poids<sup>2</sup>. Pour suivre les résultats de la méthode historique subjective, il faudra toutefois que l’intention du législateur ait trouvé un point d’ancrage dans la norme.
- L’*interprétation actuelle* (ou contemporaine) se base sur les conceptions et circonstances actuelles, au moment de l’application de la norme. Elle recherche le sens de la norme tel

---

*domestique et en droit international*, in : Mélanges Carlo Augusto Cannata, Bâle/Genève/Munich, 1999, 397 – 410 ; TSCHANNEN PIERRE, *Die Auslegung der neuen Bundesverfassung*, in : ZIMMERLI, Berner Tage, 223 – 248.

<sup>2</sup> Ou, en d’autres termes : « plus [les travaux préparatoires] sont anciens, moins ils sont concluants » (ATF 115 Ia 127, 130, *Farine*).

qu'il apparaît dans le présent, selon les conceptions juridiques et sociales contemporaines. Ses résultats peuvent entrer en conflit avec les résultats de la méthode historique.

- Enfin, l'*interprétation téléologique* cherche à dégager le sens de la norme de son but et des intérêts protégés par la loi dans laquelle elle se trouve. Elle peut ainsi réunir des éléments de l'interprétation historique et de l'interprétation actuelle : le but de la norme, défini par le législateur historique, reste certes constant, la réalité qu'il recouvre et dans laquelle il doit être transformé, évolue en revanche en fonction des circonstances.

170. *Le pluralisme méthodologique.* – Le Tribunal fédéral n'admet pas de hiérarchie entre les diverses méthodes d'interprétation : aucune d'entre elles n'a de prépondérance systématique, toutes les méthodes sont employées et combinées de manière pragmatique afin de dégager le sens le plus raisonnable de la norme. Ainsi, notre Cour suprême « n'exclut aucune méthode de manière absolue mais (...) recourt aux procédés d'interprétation qui lui paraissent, dans le cas particulier, les plus propres à dégager le véritable sens de la norme »<sup>3</sup>.

Toutefois, le point de départ de l'interprétation d'un texte doit être l'analyse littérale de celui-ci<sup>4</sup>.

171. *La transparence dans l'interprétation.* – L'interprétation d'une norme ne mène pas, quasi « automatiquement », au seul sens exact de la norme. Selon les méthodes utilisées et les poids respectifs qui leur sont accordés, et en fonction du système des valeurs de celui qui l'interprète, le résultat peut varier. Une norme dont le contenu n'est pas évident, n'a donc pas nécessairement un seul « sens véritable », qui peut être dégagé de manière

---

<sup>3</sup> ATF 83 I 173, 178, *Quinche*.

<sup>4</sup> Le Tribunal fédéral semble parfois accorder une priorité à l'élément littéral (duquel on ne saurait s'écarter que si le texte légal « n'est pas absolument clair » : ATF 124 II 265, 268, *Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision* ; 125 III 57, 58, *A.X.*), parfois l'utiliser, sans prévalence aucune (« Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, ... » : ATF 124 IV 106, 109, *Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn* ; 124 II 241, 245 s., *Eidg. Steuerverwaltung*). Voir à ce sujet MAHON/MAVROIDIS (note 1), 402 s. HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 134, semblent donner une légère priorité à l'interprétation actuelle, TSCHANNEN (note 1), 236, à la méthode littérale.

objective. Ainsi, le plus important dans toute interprétation, c’est la transparence des méthodes et des arguments : celui qui interprète doit rendre compte des méthodes qu’il utilise, des arguments logiques qui le mènent à son résultat et des jugements de valeurs qui se trouvent à leur base. Le résultat doit se justifier en fonction de ces arguments et le raisonnement doit pouvoir être contrôlé par des tiers.

172. *Les spécificités de l’interprétation de la Constitution.* – Les méthodes développées pour l’interprétation des lois ordinaires s’appliquent en principe aussi aux dispositions constitutionnelles<sup>5</sup>. L’interprétation de la Constitution poursuit le même but que celle des lois, c’est-à-dire dégager le sens de la norme ; elle suit le pluralisme méthodologique, considérant l’élément littéral, systématique, historique, actuel et téléologique. Le point de départ est le texte même de la norme. On tiendra toutefois compte des spécificités de la Constitution, notamment du caractère très général et peu concret des dispositions qu’elle contient, ainsi que du fait que la plupart de ses normes – notamment celles sur le partage des compétences, mais aussi celles sur les droits fondamentaux – sont de nature ponctuelle, imprégnées par la volonté politique du moment de leur adoption. Le poids de l’interprétation littérale et systématique en souffre. Les droits fondamentaux, quant à eux, ont généralement besoin d’une véritable concrétisation par les organes d’application, plus que d’une interprétation au sens classique du terme<sup>6</sup>.
173. *L’interprétation de la Constitution fédérale de 1999.* – La Constitution fédérale du 18 avril 1999 est un texte nouveau, écrit dans un langage actuel et avec un effort de systématisation considérable. Ceci augmente le poids des méthodes littérale et systématique par rapport à l’interprétation de la Constitution de 1874, où ces méthodes avaient une importance ré-

<sup>5</sup> ATF 115 Ia 127, 130, *Farine*. Voir aussi ATF 105 Ib 49, 56, *Cicciarelli* : la Constitution s’interprète « selon les mêmes méthodes que celles auxquelles il est fait recours pour les lois ordinaires ».

<sup>6</sup> ATF 115 Ia 127, 130, *Farine* : les dispositions qui régissent, sur le fond, les rapports de l’Etat à ses citoyens « nécessitent, plus qu’une interprétation, une concrétisation qui tienne compte de conditions historiques et de conceptions sociales en évolution ». Voir aussi : ATF 112 Ia 208, 213, *Kritisches Forum Schwyz*.

duite. Ses dispositions gardent néanmoins un caractère très général (ce qui fait de l'interprétation de la Constitution une « affaire particulière »<sup>7</sup>).

Le fil conducteur de la révision totale était certes la « mise à jour » du droit constitutionnel en vigueur au moment de la révision (voir *supra*, n° 21), mais ceci ne veut pas dire que les dispositions de la nouvelle Constitution ont, dans tous les cas, le même sens et la même portée que leurs prédécesseurs (si elles en ont un) dans celle de 1874. Il n'y a pas de présomption générale que les normes de la Constitution révisée aient gardé la portée qui leur avait été accordée sous l'empire de l'ancienne Constitution :

« Für die Auslegung der neuen Verfassung sind Lehre und Rechtsprechung zur korrespondierenden Norm der alten Verfassung bis auf weiteres gewiss zu Rate zu ziehen – wieweit aber die alten Auslegungsergebnisse tatsächlich auch auf die neue Verfassung zutreffen, muss im Einzelfall mit spezifischen (und nicht pauschalen) Argumenten geklärt werden »<sup>8</sup>.

174. *Les spécificités de l'interprétation de l'art. 8 al. 2* – Pour ce qui est de l'art. 8 al. 2, il s'agit d'un texte complètement nouveau qui n'a pas de prédécesseur dans l'ancienne Constitution. Certes, la Constitution fédérale de 1874 contenait déjà une disposition générale sur l'égalité de traitement, dont une interdiction de la discrimination pouvait être déduite. Toutefois, comme nous l'avons vu (chapitres II et III ci-dessus), il n'existait pas, sous l'empire de la Constitution de 1874, une interprétation consolidée en doctrine ou en jurisprudence de ce qui aurait pu être la portée d'une telle règle déduite du principe d'égalité (contrairement à l'interprétation consolidée d'autres normes, notamment procédurales, déduites de l'art. 4 aCst.). Le terme de « discrimination » n'étant pas, en soi, absolument clair et la portée juridique de l'alinéa 2 n'étant pas d'emblée évidente, il faut donc recourir aux méthodes d'interprétation pour en dégager le sens et le champ d'application précis – en s'inspirant évidemment « des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » (art. 1 al. 3 CCS).

---

<sup>7</sup> En comparaison avec l'interprétation des lois et des ordonnances : « ein besonderes Geschäft », TSCHANNEN (note 1), 248.

<sup>8</sup> TSCHANNEN (note 1), 247.

Section 2

**Les éléments de l'interprétation de l'art. 8 al. 2 Cst.**

**1. Le texte de l'art. 8 al. 2**

175. *Origine et sens du mot « discrimination »*. – La Constitution fédérale utilise le terme de « discrimination » et, dans les versions allemande et italienne, le verbe « discriminer ». Étymologiquement, le verbe « discriminer » vient du verbe latin « discriminare », qui veut dire « mettre à part, séparer, diviser »<sup>9</sup>. Dans ce sens, le terme est neutre et il désigne une opération logique, nécessaire dans tout ordre juridique.

Le terme latin a été repris au plus tard à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle par les langues française, allemande et italienne. Dans les trois langues, « discriminer » avait à l'origine le sens neutre de « séparer »<sup>10</sup>. Se développait par la suite un deuxième sens, négatif, celui d'un traitement inégal et préjudiciable de certaines personnes ou groupes. Ce développement s'observe d'abord dans le domaine économique, et puis, au courant du XX<sup>e</sup> siècle, dans le domaine politique et social, ainsi que juridique<sup>11</sup>. C'est cette seconde signification qui est, aujourd'hui, largement prédominante dans les langues officielles de notre pays :

<sup>9</sup> Félix GRAFFIOT, *Dictionnaire Latin – Français*, Paris, 1934 ; *Oxford Latin dictionary*, Oxford, 1968.

<sup>10</sup> *Deutsches Fremdwörterbuch*, 3<sup>e</sup> éd., vol. IV, Berlin/New York, 1999 ; *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle (1789 – 1960)*, vol. 7, Paris, 1979 ; *Nuovo Etimologico. DELI – Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*, Bologna, 1999.

<sup>11</sup> Voir, à ce sujet, *Deutsches Fremdwörterbuch* (note 10) : « *diskriminieren*: im 16. + 18. Jahrhundert vereinzelt, seit späterem 19. Jahrhundert kontinuierlich belegte Entlehnung aus lat. „discriminare“ (...). In der Bedeutung „unterscheiden, sondern, trennen“ zunächst ohne Wertung (...), seit früherem 20. Jahrhundert abwertend für „jemanden herabsetzen, benachteiligen, zurücksetzen“, zunächst in der Politik, dann vor allem als soziales Phänomen (...). Seit frühem 20. Jahrhundert (...) Diskriminierung (...), im Sinn von „Herabsetzung, Benachteiligung, Verunglimpfung“, zunächst im Bereich der Wirtschaft (...), dann auch in gesellschaftlicher Hinsicht ». Sur l'origine anglo-saxonne du terme juridique dans le domaine des traités internationaux au XX<sup>e</sup> siècle, voir : BOSSUYT, *Discrimination*, 12 ss ; HELBLING, *Geschlechterdiskriminierung*, 56 ss ; PETITTI/DECAUX/IMBERT, *Commentaire*, 476.

176. *Le sens ordinaire en langue française.* – En langue française, le terme de « discrimination » peut, aujourd’hui encore, avoir deux sens : l’un, neutre, de « séparer, distinguer deux choses », l’autre, négatif, impliquant un traitement inégal et préjudiciable d’une personne ou d’un groupe. La première utilisation a perdu son importance dans le langage courant, mais elle existe toujours dans la langue littéraire ou savante ; le deuxième sens l’emporte largement aujourd’hui.

Le PETIT ROBERT donne la définition suivante<sup>12</sup> :

« *Discrimination* :

1. Action de distinguer l’un de l’autre deux objets de pensée concrets (*terme didactique de psychologie*). Action de discerner, de distinguer les choses les unes des autres avec précision (*littéraire*).

2. Le fait de séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal (*Courant*). *Distinction, discrimination raciale, ségrégation*.

*Discriminatoire, adjectif* :

Qui tend à distinguer un groupe humain des autres, à son détriment (vers 1950 ; de *discrimination*). »<sup>13</sup>

Dans un dictionnaire juridique, on trouve la définition suivante<sup>14</sup> :

« *Discrimination* :

1. Différenciation contraire au principe de l’égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques (sexe, opinions politiques, situation de famille, état de santé, handicap, origine, appartenance ou non-appartenance (vraie ou supposée) à une nation, une ethnie ou une race, activité syndicale) ou au détriment de certaines personnes morales en raison des mêmes critères appréciés sur la tête de leurs membres, agissement érigé en délit (Code pénal, art. 225-1).

---

<sup>12</sup> *Le Petit Robert 1*, Paris, 1994.

<sup>13</sup> *Le grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd., vol 3, Paris, 1985, présente les mêmes définitions, la première est décrite comme « mot ou emploi qui n’existe que dans la langue savante (...) et non dans la langue parlée ordinaire » ; voir également *Le Petit Larousse*, Paris, 1994.

<sup>14</sup> CORNU Gérard (éd.), *Vocabulaire juridique*, Paris, 2000.

2. Plus rarement, dans un sens neutre, synonyme de distinction (non nécessairement odieuse). »

177. *Le sens ordinaire en langue allemande.* – En allemand, l'utilisation neutre du terme a perdu quasi toute importance et elle n'est pratiquement plus présente depuis des décennies. « Diskriminierung » ou « diskriminieren » n'ont qu'un sens, péjoratif, celui de déprécier des personnes ou des groupes<sup>15</sup> :

« *Diskriminieren*

1. (*bildungssprachlich*) durch [unzutreffende] Äusserungen, Behauptungen in der Öffentlichkeit jemandes Ansehen, Ruf schaden, ihn herabsetzen (...).

2. (*bildungssprachlich*) [durch unterschiedliche Behandlung] benachteiligen, zurücksetzen; (...) verächtlich machen.

3. (*Fachsprache*) unterscheiden. »<sup>16</sup>

Un dictionnaire juridique énumère en tant que synonymes : « Herabsetzung, Herabwürdigung, ungleiche Behandlung »<sup>17</sup>.

Un lexique de sociologie donne la définition suivante<sup>18</sup> :

« *Diskriminierung*. Soziale Diskriminierung, Bezeichnung für Einstellungen oder Verhaltensweisen, durch die andere Menschen oder Gruppen verächtlich gemacht oder benachteiligt = „diskriminiert“ werden. (...) »

178. *Le sens ordinaire en langue italienne.* – En italien, l'utilisation du terme est proche de celle de la langue française. Le sens neutre semble cependant y avoir encore un peu plus de poids.

Des grands dictionnaires italiens fournissent les définitions suivantes :

<sup>15</sup> *Duden. Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 2, Mannheim/Leipzig/Vienne/Zurich, 1999.

<sup>16</sup> Le troisième sens décrit du terme dans cet ouvrage n'est pas énuméré dans des éditions moins volumineuses, notamment dans *Duden. Bedeutungswörterbuch*, 2<sup>e</sup> éd., Mannheim/Leipzig/Vienne/Zurich, 1985, ou dans *Duden. Das Fremdwörterbuch*, 6<sup>e</sup> éd., Mannheim/Leipzig/Vienne/Zurich, 1997.

<sup>17</sup> METZGER Peter, *Schweizerisches juristisches Wörterbuch*, Berne/Stuttgart/Vienne, 1996.

<sup>18</sup> FUCHS-HEINRITZ Werner, LAUTMANN Rüdiger, RAMMSTEDT Othein, WIENOLD Hanns, *Lexikon zur Soziologie*, 3<sup>e</sup> éd., Opladen, 1994.

« *Discriminare* »

1. distinguere, differenziare.
2. fare una discriminazione di carattere sociale, razziale o simile. »<sup>19</sup>

« *Discriminazione* »

1. Distinzione operata in seguito a un giudizio o ad una classificazione. Discriminazione razziale. (...) *estensivo* : Posizione o attività politica, sociale e culturale, tendente a ghettizzare gruppi o individui per la loro diversità rispetto a determinati modelli considerati normali. »<sup>20</sup>

179. « *Subir* » une discrimination. – En version française, la Constitution n'emploie pas le verbe « discriminer », mais elle parle de « subir une discrimination » (« nul ne doit subir de discrimination »). Les textes allemand et italien utilisent en revanche le verbe « discriminer » (« Niemand darf diskriminiert werden » ; « Nessuno può essere discriminato »). Quel est l'effet de cette différence rédactionnelle ?

« Subir » signifie soit « recevoir l'effet pénible de ; être l'objet sur lequel s'exerce (une action, un pouvoir sentis comme négatifs) » (connotation négative), soit « être l'objet d'une action, d'une opération, d'une modification » (sens neutre)<sup>21</sup>. Aussi, le verbe « subir » présente-t-il, lui aussi, une certaine ambiguïté.

Cependant, la combinaison des verbes « subir » au sens neutre (« faire l'objet d'une action ») et « discriminer », également au sens neutre (« séparer, distinguer »), se conçoit mal. La distinction ou la séparation intervient toujours entre deux objets ou deux personnes. Du point de vue linguistique, une personne ne « subit » pas une distinction ou une différenciation ; par contre, toujours du point de vue rédactionnel, elle peut très bien « subir » un traitement désavantageux, un acte dépréciatif. L'utilisation de la formule « nul ne doit subir de discrimination » indique donc plutôt que le terme « discrimination » doit être compris dans son sens ordinaire, négatif, et non pas dans son sens neutre, moins fréquent.

---

<sup>19</sup> Grande Dizionario italiano dell'uso, vol. II, Turin, 2000.

<sup>20</sup> Le Monnier. Il dizionario della lingua italiana, Florence, 1995.

<sup>21</sup> Voir Le Robert micro. Dictionnaire de la langue française, Paris, 1995.

180. *Comparaison de la terminologie avec d'autres dispositions similaires.* – La Constitution fédérale emploie expressément le terme de « discrimination ». Ce terme a remplacé, dès 1995, l'expression « subir un préjudice ou tirer un avantage du fait de ... », avec laquelle l'avant-projet de Constitution de 1977 et le modèle de 1985 commençaient les dispositions qui précédaient l'art. 8 al. 2 de la Constitution actuelle (*supra*, n° 19 ss). Contrairement à la Constitution allemande et à un certain nombre de constitutions cantonales, qui, lorsqu'elles contiennent une disposition prohibant la discrimination, utilisent la formule « nul ne doit subir préjudice ni tirer avantage du fait... »<sup>22</sup>, le texte de la Constitution fédérale n'interdit donc pas « tout avantage » et « tout préjudice » qui pourrait résulter de distinctions fondées sur les critères énumérés. Ce qu'elle interdit, c'est la discrimination, le traitement discriminatoire.
181. *« Nul ne doit » subir une discrimination.* – La formule « nul ne doit... » désigne une interdiction ; la « discrimination » est, en principe, prohibée. Généralement, lorsqu'une disposition constitutionnelle commence par cette formule, elle désigne des cas où des exceptions ne sont que difficilement concevables – ou seulement sous des conditions très restrictives<sup>23</sup>. Si la portée de telles dispositions est assez forte, l'interdiction n'y est toutefois pas nécessairement absolue.
182. *« ...du fait notamment de... ».* – La « discrimination » se fait en fonction de certains critères : on subit une discrimination parce qu'on a certaines qualités personnelles. L'art. 8 al. 2 énumère une série de ces qualités de manière exemplaire (« notamment »). Nombre de critères énumérés sont des critères de distinction souvent utilisés par l'ordre juridique. Notamment l'âge, la langue, la situation sociale ou une déficience sont des motifs fréquents – et souvent nécessaires – de distinctions.

<sup>22</sup> Voir, pour le texte des constitutions cantonales, *supra*, n° 35. Les constitutions de langue allemande emploient la formule « Niemand darf benachteiligt oder bevorzugt werden ». Cf. aussi la première phrase de l'art. 3 al. 3 de la *Grundgesetz* allemande qui est formulé comme suit : « Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. »

<sup>23</sup> Voir les art. 15 al. 4, concernant la contrainte d'adhésion à une communauté religieuse ou d'accomplissement d'un acte religieux ; 23 al. 3, concernant la contrainte d'adhérer à une association en général ; 25 al. 3, consacrant le principe, absolu, de non-refoulement ; 31 al. 1, concernant la privation de liberté.

Donner au terme de « discrimination » un sens neutre, synonyme de distinction (la Constitution interdirait, en principe, toute distinction en fonction des critères énumérés), est alors difficilement conciliable avec le texte. On voit mal comment un ordre juridique pourrait se passer d'opérer des distinctions en fonction de l'âge ou de la situation sociale (que l'on ne pense qu'à l'âge de la retraite, à l'âge minimal pour le droit de vote ou au droit fiscal). Une telle interprétation n'est certes pas exclue (on peut concevoir une force juridique variable des différents critères, les uns permettant plus d'exceptions au principe que les autres), mais elle est problématique et donnerait à la disposition un caractère boiteux. En revanche, interpréter le terme de « discrimination » dans le sens d'un traitement préjudiciable, dépréciatif, se concilie parfaitement avec l'énumération des critères : les personnes d'un certain âge ou ayant un certain mode de vie, pour ne prendre que ces deux exemples, ne doivent en aucun cas subir un traitement qui les « sépare des autres groupes sociaux en les traitant plus mal »<sup>24</sup> (des distinctions n'ayant pas cet effet restant possibles).

183. *Conclusion intermédiaire.* – Le sens ordinaire du mot « discrimination » est, dans les trois langues, de réserver à certaines personnes un traitement à part qui leur est préjudiciable, de les traiter plus mal ou de les séparer des autres groupes sociaux. Le terme a une connotation négative, celle d'un traitement préjudiciable et dépréciatif. Un autre sens, neutre, existe encore dans les langues latines, mais il n'est plus d'usage courant. L'emploi de la formule « subir de discrimination » en version française, le fait que la Constitution fédérale n'a pas suivi le chemin des constitutions qui interdisent les « préjudices » et les « avantages », ainsi que le lien à des critères de distinction dont certains sont fréquents et même nécessaires dans l'ordre juridique renforcent cette interprétation. L'art. 8 al. 2 interdit donc des traitements préjudiciables et non pas des distinctions quelconques.

## 2. La systématique de la Constitution

184. *L'emplacement de la disposition dans la Constitution.* – L'interdiction de la discrimination fait partie de l'article constitutionnel qui consacre le principe d'égalité et quelques aspects particuliers de celui-ci (*infra*, n°

---

<sup>24</sup> Cf. citation *Le Petit Robert* (*supra*, n° 176).

185). Cet article se trouve tout au début du titre relatif aux droits fondamentaux, ce qui reflète bien son importance fondamentale dans un Etat de droit. Seule la protection de la dignité humaine – principe quasi universel qui sert en quelque sorte de point de départ pour l'ensemble des droits fondamentaux<sup>25</sup> – se trouve avant cette disposition. Aussi l'interdiction de discriminer fait-elle partie d'une norme fondamentale de notre ordre juridique.

185. *L'emplacement de la disposition à l'intérieur de l'article 8.* – Son ancrage dans l'article sur l'égalité montre que, dans le système constitutionnel suisse, l'interdiction de la discrimination fait partie du concept d'égalité. Aussi, la prohibition des discriminations est-elle une conséquence de l'application du principe d'égalité ou/et un aspect particulier de celui-ci.

L'alinéa premier de l'art. 8 contient le principe général de l'égalité de traitement : ce qui est semblable doit être traité de manière semblable, ce qui est différent doit l'être de manière différente. L'alinéa 3 traite d'un cas particulier : il dispose notamment, dans sa première phrase, que le sexe ne peut, en principe, jamais servir de critère justifiant une distinction – et établit ainsi l'égalité formelle entre femmes et hommes –, et il donne, dans sa deuxième phrase, un mandat au législateur de pourvoir à l'égalité de droit et de fait (ce qui peut inclure une dérogation au principe stipulé par la première phrase). L'alinéa 4 traite d'un autre cas particulier, en tant qu'il contient un mandat au législateur d'agir en vue d'éliminer des inégalités qui frappent les personnes handicapées.

L'interdiction de la discrimination se trouve donc entre un principe général et des cas particuliers. Sa formulation est générale, les critères qu'elle énumère sont concrets, mais ils n'ont qu'un caractère exemplaire. Aussi, l'emplacement de cet alinéa ne permet-il pas de conclusions claires :

- Il pourrait s'agir d'une simple concrétisation – par le biais de quelques exemples significatifs – de la portée du principe général stipulé au premier alinéa. Dans ce cas, l'interdiction de la discrimination serait déjà incluse dans le principe général de l'égalité, et elle ne ferait que formuler, d'une autre manière, ce qui vient d'être dit, en termes généraux, au premier alinéa. La

---

<sup>25</sup> Voir, à ce sujet, *supra*, « introduction ».

Constitution recourt à cette technique, par exemple, aux art. 15, 16, 22, 23 ou 27.

- Il pourrait s'agir d'un aspect particulier du principe stipulé au premier alinéa, inclus dans ce principe, mais dont l'importance justifierait une attention particulière. Ceci pourrait notamment avoir pour but de montrer que des exceptions à cet aspect particulier ne sont admissibles que sous des conditions très restrictives. Ce procédé est employé aux art. 15 al. 4, 17 al. 3 ou 23 al. 3 Cst. ; l'alinéa 3 de l'art 8 pourrait, en outre, lui aussi être interprété de cette manière.
- Les alinéas 1 et 2 pourraient également se trouver dans un rapport d'équivalence : chacun des alinéas contiendrait un des aspects du principe consacré par l'article dans son ensemble, l'un n'englobant pas, ou que partiellement, l'autre. L'interdiction de la discrimination serait alors un des aspects du principe d'égalité, l'égalité devant la loi en constituerait un autre. C'est le rapport qui existe entre le premier et le deuxième alinéa des art. 10, 11, 13 ou 28 Cst.
- Enfin, l'alinéa 2 pourrait aussi désigner le « noyau dur » du principe d'égalité. Alors que le premier alinéa établit le principe, le deuxième montre l'essence du droit (ou au moins un aspect de cette essence) qui est, en vertu de l'art. 36 al. 4 Cst., inviolable. Des exemples de telles interdictions absolues se trouvent à l'art. 10 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, et al. 3, à l'art. 17 al. 2 ou à l'art. 25 al. 3 Cst.

186. *Conclusion intermédiaire.* – L'ancrage de la disposition consacrant l'interdiction de discriminer montre qu'il faut interpréter cette règle comme faisant partie du principe d'égalité, règle fondamentale de l'Etat de droit. Il montre en outre l'importance essentielle de cette règle. La construction de cet article ne nous permet cependant pas de dire si cette règle ne fait que répéter, en le concrétisant, le principe général d'égalité, si elle vise quelque chose de différent qu'une simple inégalité de traitement ou si elle en détermine le – ou un aspect du – noyau dur.

### 3. Les travaux préparatoires

187. *Le message du Conseil fédéral.* – Lorsque le Conseil fédéral proposait, dans son message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, d’ajouter à l’article consacrant le principe d’égalité un alinéa sur l’interdiction de la discrimination, il ne s’agissait, selon lui, « pas d’une modification matérielle du droit actuellement en vigueur, mais bien d’une mise à jour du principe de non-discrimination »<sup>26</sup>. L’art. 8 al. 2, formellement une innovation par rapport à la Constitution fédérale de 1874, correspondrait donc au droit constitutionnel en vigueur.

Aux yeux du Conseil fédéral, l’interdiction de la discrimination est « une autre manière de formuler l’idée contenue à l’art. 4, 1<sup>er</sup> alinéa, deuxième phrase, » aCst.<sup>27</sup> :

« Selon [le] principe [de non-discrimination], aucun fait ne peut justifier qu’on traite différemment un groupe de personnes quand ce fait est pris comme motif pour le déprécier. Le 2<sup>e</sup> alinéa énumère un certain nombre de ces critères sensibles qui sont impropres à justifier des différences de traitement. »

Le message du Conseil fédéral ne nous donne pas d’indication claire sur la portée juridique de cette norme. D’une part, selon le Conseil fédéral, un fait ne peut justifier un traitement différent d’un groupe lorsque « ce fait est pris comme motif pour le déprécier » – l’élément dépréciatif est donc constitutif pour la qualification en tant que discrimination (et, en conséquence, l’utilisation d’un critère n’est interdite que si ce dernier est pris comme motif pour déprécier). D’autre part, le Conseil fédéral semble considérer les critères énumérés comme interdits de manière générale, « impropres à justifier des différences de traitement ». Ceci reviendrait à accorder à l’interdiction de la discrimination une portée absolue, la considérer comme une interdiction formelle de distinguer, à l’instar de l’art. 8 al. 3, première phrase, Cst.

188. *Les débats à l’Assemblée fédérale : survol.* – L’art. 8 a fait l’objet d’un long débat à l’Assemblée fédérale. En principe, l’adjonction d’une règle prohibant la discrimination à cet article n’était pas contestée au sein des Chambres. Par contre, la question de savoir s’il fallait assortir la règle

<sup>26</sup> Message Cst., 145.

<sup>27</sup> Message Cst., 144.

d'une énumération de critères et, dans l'affirmative, s'il convenait d'élargir le catalogue proposé par le Conseil fédéral était très controversée. Finalement, les Chambres ont gardé le catalogue et l'ont complété en y ajoutant les critères du mode de vie, de l'âge et de la déficience psychique.

Plus précisément, les débats se sont déroulés comme suit :

- Dans un premier temps, le 20 janvier 1998, le Conseil des Etats supprimait le catalogue proposé par le Conseil fédéral et repris par sa propre commission<sup>28</sup>. La majorité de la Chambre des cantons considérait cette énumération inutile : juridiquement superflue, car n'ajoutant rien au principe de l'interdiction de la discrimination, elle serait même inopportune, puisque tout groupe non mentionné dans la liste se sentirait exclu et désavantagé<sup>29</sup>.
- Dans un deuxième temps, le Conseil national décidait, le 18 mars 1998, de maintenir le catalogue<sup>30</sup>. Le supprimer aurait signifié, selon l'opinion de la majorité, un « appauvrissement » du texte constitutionnel qui perdrait ainsi beaucoup de sa lisibilité et de sa clarté : c'est par la désignation et l'énumération de groupes dont l'expérience a montré qu'ils sont exposés au risque de discriminations que le constituant contribuerait à combattre cette discrimination<sup>31</sup>. La Chambre du peuple élargissait en outre le catalogue du Conseil fédéral en y incluant les critères du « mode de vie » et de la « déficience psychique »<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », B 33 – 39, proposition Spoerry, acceptée par 29 voix contre 14.

<sup>29</sup> Dans un vote préliminaire, le Conseil avait, à titre éventuel, ajouté au catalogue les critères du « mode de vie » (proposition Beerli) et celui de la « déficience psychique » (proposition Brändli), mais non pas celui de l'« âge » (proposition Leumann).

<sup>30</sup> BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 152 – 178, proposition de la commission, acceptée par 101 voix contre 55.

<sup>31</sup> Arnold Koller, conseiller fédéral : « Rein normativ änderten Sie mit einer solchen Streichung nichts. Es wäre aber eine ganz klare Verarmung und daher verfassungspolitisch auch ein Rückschritt gegenüber den Verfassungen von 1848 und 1874, wenn Sie auf jede enumerative Aufzählung verzichten würden », BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 174.

<sup>32</sup> Tacitement, sur proposition de sa commission. Le Conseil refusait en revanche l'adjonction du critère de l'âge (par 86 voix contre 69, proposition Gysin) et le remplacement du critère du « mode de vie » par celui de l'« orientation sexuelle » (par 85 voix contre 70, proposition Thür).

- Le Conseil des Etats se ralliait le 18 juin 1998 aux décisions du Conseil national tout en ajoutant au catalogue le critère de l’âge<sup>33</sup>.
- Enfin, le 23 septembre 1998, le critère de l’âge ne prêtait plus lieu à discussion au Conseil national, les divergences entre les Chambres étaient éliminées et l’art. 8 al. 2 ainsi apuré<sup>34</sup>.

Tous les parlementaires qui se sont exprimés dans ce débat n’ont pas pris position sur la question de la portée juridique du futur alinéa 2. De plus, celles et ceux qui l’ont fait n’ont pas défendu une vision unique ; au contraire plusieurs positions se dessinaient dans le débat parlementaire :

189. *La « discrimination » : une simple inégalité de traitement ?* – L’interprétation dominante semble avoir été celle que l’interdiction de la discrimination est, avant tout, une concrétisation du principe d’égalité consacré par l’alinéa premier. Elle constituerait en quelque sorte le « revers de la médaille » de ce principe. Une discrimination serait alors une différence de traitement injustifiée, sa prohibition faisant, en principe, déjà partie du contenu de l’alinéa premier. C’est ce qui ressort des déclarations de l’un des rapporteurs au Conseil des Etats<sup>35</sup>, des propos du conseiller fédéral Arnold Koller lors du premier débat au Conseil national<sup>36</sup>, ainsi que des interventions de plusieurs députés<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 155 s., sur proposition de sa commission et sans vote.

<sup>34</sup> BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 408 – 417, une nouvelle proposition tendant à ajouter au catalogue le critère de l’« orientation sexuelle » étant refusée, par 99 voix contre 62 (proposition Grendelmeier).

<sup>35</sup> « [H]andelt es sich doch [beim Diskriminierungsverbot] um nichts anderes als um eine Konkretisierung des Rechtsgleichheitsgrundsatzes in negativer Formulierung » : intervention de M. Inderkum, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 33.

<sup>36</sup> BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 173 : « [D]er Grundsatz der Rechtsgleichheit hat verschiedene Stufen oder Grade, die unbedingt auseinandergehalten werden müssen, wenn Missverständnisse, Fehldeutungen und Irrtümer vermieden werden sollen. (...) Eine erste Stufe ist das Gebot der Gleichbehandlung oder – was ja nichts anderes als der „revers de la médaille“ ist – das Diskriminierungsverbot. Nach diesem Gebot der Gleichbehandlung ist, wie das Bundesgericht in Anknüpfung an eine römisch-rechtliche Formel immer wieder sagt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Unter Diskriminierungen sind somit sachlich nicht oder nicht ausreichend begründete Ungleichbehandlungen zu verstehen. »

<sup>37</sup> Interventions des conseillères et conseillers aux Etats Spoerry (BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 35), Schmid (*ibid.*, 36) et Rochat (*ibid.*), ainsi que des

190. *Une interdiction formelle des distinctions ?* – Un des rapporteurs et un député au Conseil national présentaient l'interdiction de la discrimination comme une interdiction formelle des distinctions en fonction des critères énumérés<sup>38</sup>.

191. *Un traitement dépréciatif ?* – Au Conseil des Etats, le second rapporteur de commission analysait de manière approfondie la question de la portée juridique de la nouvelle disposition<sup>39</sup> :

« Diskriminierung heisst einmal rechtliche Ungleichbehandlung einer bestimmten Gruppe, einer Minderheit; Ungleichbehandlung nur deswegen, weil sich Menschen einer solchen Gruppe zugehörig fühlen oder ihr angehören, und weil sich diese Gruppe in einer bestimmten Hinsicht von der Mehrheit unterscheidet.

Mit der Vorstellung der Diskriminierung ist aber stets noch etwas Zusätzliches verbunden, nämlich eine herabwürdigende, eine ansgrenzende Einstellung oder Haltung der Bevölkerungsmehrheit oder der staatlichen Organe. Diskriminierung ist deshalb mehr als einfach nur ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, weil sie eine kollektive Dimension hat, auf eine Gruppe verweist und weil sie auch eine wertende oder abwertende Dimension enthält. »

Une discrimination aurait donc un caractère dépréciatif, en se distinguant ainsi de la différence de traitement injustifiée.

192. *Conclusion intermédiaire.* – Les travaux préparatoires n'apportent guère de clarté sur la portée juridique de l'interdiction de la discrimination en

---

conseillers nationaux Fischer-Häggligen (BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 153) et Dettling (*ibid.*, 160 s.).

<sup>38</sup> M. Pelli, rapporteur de commission, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 152 : « L'alinéa 1 garantit l'égalité juridique ; l'alinéa 2 consacre le principe de non-discrimination en énumérant un certain nombre de critères impropres à justifier des différences de traitement (...) » (l'intervenant se contredisait toutefois, en tant qu'il ajoutait, quelques minutes plus tard : « A l'alinéa 2, on a ajouté à titre d'exemple d'interdiction de discrimination – mais attention, pas d'égalité de droit, seulement d'interdiction de discrimination – ... », *ibid.*, 153) ; intervention de M. Thür, *ibid.*, 154 : « In Absatz 2 (...) sind einige Kriterien beispielhaft aufgezählt, die als rechtliche Unterscheidungskriterien unzulässig sind. »

<sup>39</sup> Intervention de M. Rhinow, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 36. Voir également l'intervention de M. Günter au Conseil national, *ibid.*, N 164 (« Diskriminierung ist Abwertung und Ausgrenzung »).

droit constitutionnel suisse. Ni le message du Conseil fédéral, ni les débats parlementaires ne sont exempts d’ambiguïté. Plusieurs conceptions de ce qu’est une discrimination se sont dessinées. La tendance était néanmoins celle de voir dans la norme prohibant la discrimination une simple concrétisation du principe général de l’égalité<sup>40</sup>. Une telle interprétation n’exclut toutefois pas que les notions d’inégalité (= distinction injustifiée) et de discrimination puissent présenter quelques différences, de sorte que leurs interdictions respectives représenteraient deux formes particulières du même principe.

#### 4. Le but de l’art. 8 al. 2

193. *Le rôle des droits fondamentaux.* – L’interdiction de la discrimination fait partie d’un catalogue étendu des droits fondamentaux. Ces droits constituent des normes essentielles de l’Etat de droit démocratique<sup>41</sup>. Ils visent, d’une part, à protéger l’être humain dans son individualité, sa dignité et sa liberté et, d’autre part, à garantir le caractère pluraliste d’une société fondée sur la liberté. Ainsi, les droits fondamentaux garantissent aux particuliers des sphères de liberté et instaurent des règles de comportement pour l’Etat (notamment le principe d’égalité et les garanties de procédure). Ils protègent en même temps, dans l’intérêt de la société dans son ensemble, un ordre pluraliste et démocratique, une économie libérale et, dans une mesure plus limitée, un minimum de sécurité sociale et d’égalité des chances.
194. *La dignité humaine au centre des préoccupations.* – Une norme qui revêt une importance particulière dans ce catalogue est la protection de la dignité humaine (art. 7). L’être humain, sa dignité et sa valeur inaliénable sont à la fois la base et le point de départ des droits fondamentaux. Ceci se reflète par l’emplacement, tout au début du catalogue des droits fondamentaux, de la norme protégeant la dignité humaine dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

Il est impossible de définir de manière universelle la dignité humaine (voir, à ce sujet, *supra*, n° 3). En revanche, il est incontesté que chaque

<sup>40</sup> « (O)n pourrait presque se passer de parler de discrimination » : intervention Rochat, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 36.

<sup>41</sup> Voir J. P. MÜLLER, *Bemerkungen*, n° 6 ss.

être humain a la même valeur et le droit au même respect. La valeur d'un être humain est inaliénable et elle est inhérente à son existence. Aussi, chaque homme a-t-il, en tant que tel, droit au même respect de sa dignité<sup>42</sup>.

La dignité humaine est concrétisée par de nombreux droits fondamentaux spécifiques ; par exemple par l'interdiction de l'arbitraire (art. 9), par la protection de la liberté personnelle (art. 10) ou par la garantie du minimum vital (art. 12)<sup>43</sup>. L'idée de la dignité humaine influence donc d'une manière importante l'interprétation des droits fondamentaux.

195. *L'égalité de traitement, un aspect essentiel de la dignité humaine.* – Une des concrétisations les plus importantes de la protection de la dignité humaine est le principe d'égalité : lorsqu'on parle de dignité humaine, on doit parler de l'égalité des êtres humains. Si chaque être humain est unique, tous ont cependant la même valeur. Il n'y a pas de personnes inférieures ou supérieures aux autres.

Le principe d'égalité (art. 8 Cst.) constitue donc un aspect central de la protection de la dignité humaine. Il vise à obliger l'Etat à agir dans le respect de la valeur identique de chaque être humain. Les distinctions – inévitables dans toute société – entre les personnes et les situations doivent reposer sur des critères raisonnables, ou, en d'autres termes, la « mesure » des distinctions opérées doit être la même pour tous. Ceci ne veut évidemment pas dire que tous les hommes doivent être traités de façon identique<sup>44</sup>. Mais le respect de la dignité de chacun exige de l'Etat qu'il utilise, pour toute distinction, des critères adaptés et respectueux de la dignité.

---

<sup>42</sup> Il existe un « Mindestmass an Würde, das jedem Menschen gleich zukommt » : MASTRONARDI, *Menschenwürde 1978*, 170 (se référant à l'ATF 100 II 177, 179, *Stegenthaler*).

<sup>43</sup> J. P. MÜLLER, *Bemerkungen*, n° 9 ss, MASTRONARDI, *Menschenwürde 1978*, 172 s. et 277 ss ; tous les droits fondamentaux ne sont cependant pas une concrétisation de la protection de la dignité humaine : voir, à ce sujet, J. P. MÜLLER, *op. cit.*, n° 17 ss.

<sup>44</sup> Un traitement identique de tous est impossible, puisque les êtres humains – bien que de valeur égale – ne sont pas « identiques ». Le concept de l'égalité contient, logiquement, l'idée de différences dans certains domaines. L'égalité de traitement n'est donc jamais absolue et illimitée, mais toujours relative, donc liée à un certain critère. Un traitement identique de tous reviendrait à nier le caractère unique et les différences de fait entre les êtres humains, ce qui serait alors une atteinte à leur dignité. A ce sujet, voir notamment WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit 1973*, 24 s. et 32.

té et de la valeur des personnes<sup>45</sup>. Ce qui doit être égal pour tous, c’est la mesure des actes étatiques, non pas le traitement en tant que tel.

Cette idée, déjà « classique », est concrétisée par une jurisprudence et une doctrine abondantes. La « formule » du Tribunal fédéral postule que ce qui est semblable doit être traité de manière identique et ce qui est dissemblable doit l’être de manière différente ; et que ce traitement différent ou semblable doit reposer sur un motif raisonnable et se rapporter à une situation de fait importante<sup>46</sup>. La question de savoir s’il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes. Le Tribunal fédéral respecte en cette matière le pouvoir d’appréciation qui appartient aux autorités compétentes.

196. *L’interdiction de la discrimination, un seuil à ne pas franchir.* – Si le principe d’égalité signifie que les distinctions doivent reposer sur des « motifs raisonnables », et qu’une grande marge d’appréciation de ce qui est « raisonnable » est laissée aux autorités, la norme interdisant la discrimination a en revanche pour fonction de renforcer cette protection et de définir, en quelque sorte, le seuil à ne pas franchir. L’interdiction de la discrimination réduit ainsi la marge d’appréciation des autorités de déterminer si un motif est raisonnable ou non : toute distinction raisonnable trouve sa limite quand elle a pour effet d’abaisser, de dénigrer, de déprécier une personne<sup>47</sup>.

L’adjonction, dans la Constitution, d’une norme interdisant la discrimination a donc pour but de compléter le principe, souple, d’égalité d’un « filet de sauvetage » et de définir ainsi la limite des distinctions admissibles. Ceci se reflète par ailleurs dans l’emplacement de la norme en tant que deuxième alinéa de l’article consacrant l’égalité de traitement. Aussi, l’interdiction de la discrimination constitue-t-elle l’expression de l’idée selon laquelle tous les êtres humains ont la même valeur et ont droit au

<sup>45</sup> Ainsi, l’égalité et l’interdiction de l’arbitraire sont étroitement liées entre elles.

<sup>46</sup> Pour la formule, voir par exemple ATF 110 Ia 7, 13, *Hegetschweiler*, et 124 I 297, 299, *Luc Meylan*. Sur le caractère nécessairement indéterminé et vague de cette définition, voir GRISEL, *Egalité*, n° 44 ss, 88 et 119 ss.

<sup>47</sup> Voir également l’idée exprimée par MASTRONARDI, *Menschenwürde 1978*, 223 : « Alle verhältnismässige Unterscheidung endet in unbedingter Egalität, wo eine innere Beziehung des Rechtsverhältnisses zur Menschenwürde besteht » (avec des références à la doctrine allemande).

même respect. En interdisant des distinctions dépréciatives, elle garantit une protection minimale que le principe d'égalité, à lui seul, ne peut garantir.

197. *Une protection accrue accordée à certaines personnes.* – Le constituant ne s'est pas contenté de poser le principe de cette interdiction. Il l'a enrichi d'une série d'exemples de « discriminations » interdites. En énumérant une série de catégories de personnes ou groupes sociaux – généralement des « minorités » sociales, qui, comme l'expérience le montre, ont plus de risque de subir des atteintes à leur dignité, le constituant montre l'enjeu de cette interdiction. Il attire, en quelque sorte, l'attention des autorités et de la société dans son ensemble sur le risque de traitement inadmissible de ces personnes<sup>48</sup>. Cette énumération sert ainsi à concrétiser la règle générale et à accorder à ces groupes une protection accrue.

### Section 3

## Proposition de définition

### 1. Élimination de certaines hypothèses

198. *La « discrimination » n'est pas synonyme de « distinction injustifiée ».* – Les résultats de l'analyse littérale, systématique, historique et téléologique qui a précédé (section 2) nous permettent tout d'abord d'éliminer deux des hypothèses présentées au début de cette partie (n° 91 ss). Premièrement, le terme de « discrimination » n'est pas un simple synonyme de « distinction injustifiée » : une « discrimination » est quelque chose de plus qu'une inégalité de traitement. L'interprétation littérale nous montre qu'en langage courant, le verbe « discriminer » englobe un élément de mépris social envers les personnes « discriminées ». La discrimination est donc une forme de dépréciation et d'exclusion sociale. Cette interprétation ressort également du but de la norme et, bien que dans une mesure moindre, des travaux préparatoires.

---

<sup>48</sup> La Constitution « stellt damit gleichsam Warnlampen auf » : Arnold Koller, conseiller fédéral : BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 174.

Aussi, l'interdiction de la discrimination de l'art. 8 al. 2 Cst. n'est-elle pas seulement une autre manière d'exprimer ce que contient déjà le principe d'égalité de l'alinéa premier.

199. *La « discrimination » n'est pas un synonyme de « distinction » tout court.*  
 – En deuxième lieu, le terme de « discrimination » ne peut pas non plus être interprété comme synonyme de « distinction » tout court : l'interdiction de la discrimination n'est pas une interdiction formelle, quasi absolue, de distinguer, comme la prévoit par exemple la première phrase de l'art. 8 al. 3 Cst.

Interpréter la disposition de cette sorte entrerait en conflit avec le *texte* de la norme, car le verbe « discriminer » n'est, en allemand, plus du tout synonyme de « distinguer » et il n'a que rarement un tel sens dans les langues latines : le terme a une connotation négative, contenant un élément de dépréciation. Une interprétation en tant qu'« égalité formelle absolue » poserait également un problème par rapport à la *systématique* de la Constitution : pourquoi l'art. 8 al. 3, première phrase, qui exige l'égalité formelle entre les sexes, répéterait-il alors la règle qui serait déjà consacrée par le deuxième alinéa de cette disposition (où le sexe figure parmi les critères « suspects ») ? L'art. 8 n'a une structure cohérente que si son alinéa 3 exprime, pour le critère du sexe, une règle qui va au-delà ou qui est différente du contenu de l'alinéa 2<sup>49</sup>. De surcroît, une interprétation de la norme en tant qu'exigence d'égalité formelle ne trouve que peu d'ancrage dans les *travaux préparatoires*, elle n'est donc pas soutenue non plus par l'interprétation historique. Enfin, l'idée de l'égalité formelle se concilie mal avec le *but* de la norme, qui vise à accorder une protection accrue à des « minorités » sociales et non pas à rendre le droit « aveugle » ou indifférent par rapport aux critères énumérés.

L'exigence d'une égalité formelle rendrait en outre l'art. 8 al. 2 presque inapplicable. L'ordre juridique doit pouvoir opérer des distinctions sur la base de certains critères figurant à l'art. 8 al. 2 : notamment l'âge, la langue ou la situation sociale justifient ou exigent parfois même des distinctions. Le texte et les travaux préparatoires ne laissent, de surcroît, aucun doute sur le fait que la liste de l'art. 8 al. 2 n'est pas exhaustive. Comment pourrait-on concevoir une interdiction formelle et quasi absolue des distinctions si on ne connaît même

<sup>49</sup> Si l'on admet l'idée de la dépréciation, la différence apparaît : à l'alinéa 2, tout traitement *dépréciatif*, notamment des femmes, est interdit, à l'alinéa 3, le constituant va plus loin, et pose l'exigence d'une égalité absolue et formelle (sous réserve de quelques exceptions).

pas l'ensemble des critères qui déterminent la portée d'une disposition aussi contraignante ?

## 2. Définition positive

200. *Résumé des résultats.* – Il ressort donc de l'interprétation de l'art. 8 Cst. que l'alinéa 2 a une portée qui va au-delà du principe général d'égalité de l'alinéa premier, et que cette norme ne constitue pas non plus une interdiction formelle des différenciations fondées sur les critères énumérés. La « discrimination » est quelque chose de plus qu'une « simple » inégalité de traitement. Il s'agit d'une distinction qualifiée, à laquelle s'ajoute un élément constitutif particulier.

L'interdiction de la discrimination a pour but de compléter le principe d'égalité. Ce dernier laisse une marge d'appréciation considérable au législateur pour déterminer ce que sont des distinctions « raisonnables ». L'interdiction de la discrimination, quant à elle, a pour fonction de garantir une protection accrue à des groupes sociaux ou des personnes qui font l'objet de traitements dépréciatifs ou d'exclusions sociales et auxquels le principe d'égalité « classique » n'accorde qu'une protection insuffisante.

Ce qui rend une distinction discriminatoire est donc son caractère dépréciatif. Lorsque la Constitution dit « nul ne doit être discriminé », elle veut exprimer que personne n'a une valeur d'être humain inférieure aux autres. Toute distinction, qu'elle soit justifiée ou non par un motif raisonnable, trouve sa limite là où elle est liée à un jugement de valeur sur la personne qui en fait l'objet, en la rabaisant dans sa valeur en tant qu'être humain. Aussi, l'interdiction de la discrimination se place-t-elle à la fois dans le contexte de l'égalité, en définissant les limites des distinctions admissibles, et dans celui de la protection de la dignité humaine, en assurant le respect de la valeur intrinsèque de la personne.

201. *Définition.* – Une « discrimination » est donc *une distinction ou une assimilation entre deux personnes ou deux situations qui a pour but ou pour effet de déprécier une personne, c'est-à-dire de la dénigrer, de l'abaisser dans sa valeur en tant qu'être humain ou de l'exclure en tant que membre à part entière de la société. Les discriminations sont interdites.*

Si l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) exige que toute distinction (ou assimilation) se base sur un motif raisonnable – et interdit donc les dis-

inctions *déraisonnables* –, l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.), quant à elle, prohibe les distinctions *dépréciatives*. Les distinctions, qu'elles soient justifiées ou non par un motif raisonnable, sont interdites lorsqu'elles sont liées à la dépréciation d'un être humain. L'interdiction de la discrimination pose ainsi une limite absolue aux différenciations admissibles.

La protection de l'art. 8 al. 2 vaut indépendamment du critère de distinction utilisé : toute distinction constitue une discrimination interdite, dès lors qu'elle est liée à un jugement de valeur dépréciatif sur la personne qui en fait l'objet – peu importe à cet égard en fonction de quel critère elle a été opérée. Toutefois, certains critères sont, par leur nature, suspects : lorsqu'une distinction est opérée en fonction d'un élément essentiel de l'identité de la personne, qui ne peut pas ou que difficilement être modifié, l'exclusion ou la dépréciation est particulièrement répréhensible. Une telle distinction est présumée être dépréciative : elle est alors soumise à un examen particulièrement strict quant à son admissibilité et il incombe à l'Etat de démontrer que la mesure en question n'a ni but ni effet dépréciatif. La Constitution énumère à son art. 8 al. 2 un certain nombre de tels critères « suspects ».

202. *Un mandat d'intervenir dans les rapports sociaux.* – L'interdiction de la discrimination limite la liberté d'appréciation des autorités de déterminer les distinctions admissibles. Sous l'angle de l'art. 8 al. 1 Cst. (art. 4 al. 1 aCst.), le Tribunal fédéral témoigne d'une retenue à l'égard de ce pouvoir d'appréciation des autorités législatives ou administratives : il incombe en principe à ces dernières de déterminer s'il existe un motif raisonnable justifiant une distinction. Dès qu'elle ne se fonde pas sur un motif *déraisonnable*, une distinction est conforme à l'art. 8 al. 1 Cst..

Dorénavant, la Constitution fédérale pose une autre limite. L'art. 8 al. 2 protège les personnes qui risquent de se voir exclues ou défavorisées dans notre société et elle interdit des distinctions qui pourraient être considérées, selon les conceptions sociales actuelles, comme étant « raisonnables ». En énumérant des groupes de personnes qui sont, aujourd'hui encore, défavorisés, le constituant a mis en évidence la protection accrue que la Constitution entend accorder à ces groupes. Les tribunaux ont le mandat de corriger les inégalités qui défavorisent et déprécient les membres de ces groupes (peu importe à cet égard si l'effet dépréciatif est voulu ou non par les autorités). Les tribunaux ont la tâche d'intervenir en

modifiant certains rapports sociaux, en tout cas, la Constitution a réduit leur marge d'appréciation pour juger si une distinction est admissible ou non.

Cela est, au fond, la raison pour laquelle la norme faisait l'objet d'un débat particulièrement intense au sein des Chambres fédérales et explique également les nombreuses interventions d'organisations et de particuliers au cours de la procédure de consultation<sup>50</sup>, ainsi que les manifestations que le débat parlementaire a provoquées sur la Place fédérale<sup>51</sup>. Les groupes qui se sentent, pour des raisons liées à leurs qualités personnelles, défavorisés dans la réalité sociale actuelle, avaient un intérêt considérable à se voir mentionnés à l'art. 8.

L'art. 8 al. 2 Cst. constitue un défi politique et juridique considérable. L'interdiction de la discrimination permet moins de réserve devant les actes des autorités, elle exige une intervention en faveur des groupes désavantagés et contre des distinctions qui pourraient se révéler conformes aux conceptions sociales actuelles.

203. *Ce qu'apporte le nouvel art. 8 al. 2 par rapport à la Constitution de 1874.* – Les discriminations étaient déjà interdites par la Constitution fédérale du 29 mai 1874. Nous l'avons vu, doctrine et jurisprudence admettaient qu'une interdiction des discriminations pouvait être déduite de l'art. 4 aCst. De plus, l'idée d'une limite posée aux distinctions admissibles, découlant de la valeur intrinsèque des êtres humains, est inhérente à la protection de la dignité humaine, qui, elle, faisait partie du droit constitutionnel non écrit. Aussi l'interdiction de la discrimination faisait-elle déjà partie du droit constitutionnel d'avant 1999, du moins dans ce que ce dernier contenait de non écrit.

Néanmoins, la Constitution fédérale de 1999 a rendu cette protection explicite : si la portée de la notion n'était, pour le moins, pas entièrement claire sous le régime de l'ancienne Constitution, elle a reçu, par la nouvelle Constitution, des contours plus clairs. Le constituant a, de surcroît, assorti la norme d'une liste actualisée de causes de discrimination. Il a ainsi mis l'accent sur la protection des personnes qui sont discriminées dans la réalité sociale actuelle. Une norme protectrice, qui était, en quel-

---

<sup>50</sup> Message Cst., 145.

<sup>51</sup> Manifestations des organisations des personnes handicapées et des organisations des gays et des lesbiennes en été 1998.

que sorte, en « veillesse » sous l'empire de l'ancienne Constitution, et qui ne se voyait pratiquement jamais appliquée, a été actualisée et transformée en un mandat aux tribunaux de pourvoir à l'élimination des inégalités discriminatoires existantes.

### 3. Les éléments de la définition

204. *Une distinction ou une assimilation.* – Le caractère dépréciatif de la discrimination résulte d'une comparaison. Lorsqu'on discrimine, on émet un jugement de valeur en dépréciant une personne *par rapport à d'autres personnes*.

La discrimination est donc généralement liée à une *différenciation* entre deux personnes ou deux situations. Toutefois, l'art. 8 al. 2 interdit également les *assimilations* dépréciatives. À l'instar de ce qui vaut pour le principe d'égalité (voir, pour la « formule », *supra*, n° 195), l'interdiction de la discrimination vise à la fois les actes qui établissent des distinctions inadmissibles et ceux qui omettent une distinction qui s'imposerait. En effet, une assimilation de deux situations peut avoir un caractère dépréciatif, lorsqu'elle traite de façon identique deux situations où la protection d'un groupe visé par l'art. 8 al. 2 exigerait une différenciation. Aussi, des assimilations peuvent-elles constituer une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst.

*Exemples.* Une loi qui interdirait l'utilisation de toutes sortes de véhicules à roues sur les trottoirs, sans prévoir une exception pour les personnes en fauteuils roulants ; une loi qui prévoirait une interdiction de camper sur l'ensemble du territoire d'un canton, sans contenir d'exception pour les gens du voyage.

205. *Déprécier une personne.* – La personne qui subit une discrimination est touchée dans sa dignité humaine. Par la mesure prise à son égard, l'Etat déprécie la personne dans sa valeur en tant qu'être humain. En d'autres termes, la collectivité publique exprime son mépris envers la personne elle-même, et non pas envers ses actes. La discrimination est donc liée à un jugement de valeur négatif sur la personne ou sur le groupe de personnes auquel elle appartient ; elle constitue une sorte de dénigrement, d'humiliation ou d'exclusion.

C'est en cela que la discrimination se distingue de l'acte arbitraire : la discrimination est liée à un jugement de valeur sur la personne, tandis que l'acte arbitraire est déraisonnable, dépourvu de sens et de but ou contraire au sentiment de justice et d'équité<sup>52</sup>, sans être nécessairement lié à un jugement de valeur sur la personne ou sur un groupe.

206. *Le but ou l'effet est dépréciatif.* – Il n'est pas nécessaire que la discrimination ait un *but* dépréciatif. Il suffit qu'elle ait cet *effet*. Peut-être, les auteurs d'une mesure ne se rendent même pas compte de l'effet dépréciatif de celle-ci, car elle reflète les conceptions sociales dominantes. Il peut alors arriver qu'ils reprennent des conceptions discriminatoires, sans avoir la *volonté* de les reproduire. La mesure aura néanmoins un effet dépréciatif sur les personnes qui en font l'objet. Le caractère discriminatoire se déterminera alors en fonction de l'*effet* dépréciatif de la distinction. De toute façon, il sera souvent difficile de déterminer la volonté subjective des organes étatiques<sup>53</sup>. Exiger la preuve d'une volonté dépréciative rendrait donc illusoire la protection accordée par l'art. 8 al. 2.
207. *Le préjudice matériel n'est pas un élément constitutif.* – En règle générale, la distinction discriminatoire aura pour conséquence un préjudice matériel pour la personne qui en fait l'objet. Mais le préjudice n'est pas un élément constitutif de la définition de la discrimination. Une mesure peut avoir un caractère dépréciatif sans provoquer un préjudice matériel. Théoriquement, même un avantage accordé à une personne peut se révéler dépréciatif. Ce qui compte, ce n'est pas l'effet matériel, mais le caractère dépréciatif. La dépréciation constitue en elle-même un préjudice juridique immatériel et définit alors la sphère de protection juridique.

*Exemple.* Une loi scolaire qui prévoit des classes séparées pour les enfants de nationalité étrangère, en les séparant des enfants suisses tout en leur offrant une qualité d'enseignement identique (ou même supérieure) à celle offerte aux élèves suisses, ne cause pas un préjudice matériel à ces enfants ; elle peut, néanmoins, avoir un effet dépréciatif et donc constituer une discrimination (cf. *infra*, n° 282).

---

<sup>52</sup> Cf. ROUILLER, *Protection*, n° 5 ss.

<sup>53</sup> Cf. BERNARD, *EC Discrimination Law*, 96 : « A concept of subjective intention for an abstract entity such as a state would often have to be purely fictional. It cannot but be an attributed intention, based on inferences from the objective consequences of the measure ».

#### 4. Le rôle des critères de distinction

208. *La distinction peut se fonder sur n'importe quel critère.* – Une distinction qui a pour but ou pour effet de déprécier une personne est discriminatoire, peu importe à cet égard le critère sur lequel elle se base. Tout motif imaginable, même le plus « innocent », pourrait théoriquement être utilisé pour déprécier une personne : l'imagination de l'homme pour créer de nouvelles causes de discrimination ne semble guère limitée. Cependant, une dépréciation d'une personne n'est jamais admissible.

Ce n'est donc pas l'utilisation d'un critère déterminé qui rend une distinction discriminatoire. Ce qui compte, c'est son but ou son effet dépréciatif. Certes, dans la plupart des cas, une distinction acquerra un caractère discriminatoire à cause des critères de rattachement inacceptables utilisés : on prend des qualités ou facultés personnelles d'une personne pour en déduire qu'elle est d'une valeur inférieure (voir *infra*, n° 209).

Mais une distinction peut aussi être dépréciative lorsque le critère sur lequel elle se base n'est pas, en soi, inadmissible. Il convient, dans ce contexte, de rappeler ce qui a déjà été exposé (notamment dans l'introduction, n° 4) : tous les êtres humains ont la même valeur et ils ont le même droit au respect de leur dignité – quelles que soient leurs qualités personnelles ou leurs actes. La société a évidemment le droit de réagir et de se défendre contre des actes nuisibles. Mais cette réaction ne doit en aucun cas consister en un jugement sur la valeur et la dignité intrinsèques de l'être humain. Même le pire criminel a droit au respect de sa valeur inhérente en tant qu'être humain, qualité qu'il ne perd pas pour autant. Ce postulat, à la base du concept de la dignité humaine<sup>54</sup>, est évidemment exigeant et parfois difficile à respecter dans la réalité sociale et politique. Mais cela ne change rien au fait que l'Etat ne doit et ne peut pas juger de la qualité et de la valeur des êtres humains.

Au fond, la société ne peut pas connaître les causes qui déterminent le comportement d'une personne. Même en réagissant à des actes nuisibles, les autres êtres humains doivent respecter valeur et dignité de l'acteur – ne serait-ce

<sup>54</sup> MASTRONARDI, *Menschenwürde* 1978, 223, 276 et 284 ss. Selon SCHEFER, *Kerngehalte*, 30, l'égalité des hommes en tant que membres de la société humaine constitue le premier aspect de la protection de la dignité humaine. Sur le traitement respectant la dignité des criminels, voir MASTRONARDI, *op. cit.*, 66 ss, et les références cités *supra*, n° 4.

que pour garder leur propre dignité<sup>55</sup>. La norme interdisant la discrimination constitue une sorte de garde-fou pour faire respecter ce principe par les organes étatiques.

*Exemple.* Il est évident que des personnes qui ont commis une infraction grave doivent être punies plus sévèrement que celles qui n'ont commis qu'une infraction de peu d'importance. La gravité de l'infraction est donc un critère de rattachement admissible en droit pénal. Par contre, lorsqu'on réserverait aux meurtriers un traitement dépréciatif et humiliant (par exemple en leur réservant un traitement à part, dégradant, à la prison), la distinction devient discriminatoire, même si le critère de rattachement est, en principe, admissible.

209. *Les critères « suspects », présumés dépréciatifs.* – Toute distinction peut donc constituer une discrimination, indépendamment du critère utilisé. Toutefois, certains critères de distinction sont, en eux-mêmes, suspects, parce que, selon les conceptions du constituant, ils ne devraient pas avoir d'influence sur les rapports entre l'Etat et les particuliers. Il s'agit de critères qui portent sur les éléments essentiels de l'identité de l'être humain, éléments qu'il ne peut pas ou que difficilement modifier (par exemple la couleur de la peau, la race ou le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine ou la situation sociale) ou dont on ne peut pas exiger qu'il les modifie (par exemple les convictions religieuses ou politiques). L'utilisation de tels critères de distinction rend une différenciation « suspecte » : le fait qu'une autorité se base sur des qualités personnelles du justiciable pour justifier un traitement différent déterminera, très souvent, le caractère dépréciatif de la distinction. Les qualités personnelles des êtres humains ne devraient, en principe, pas avoir de pertinence pour l'ordre juridique. Si l'on pense à la couleur d'une personne, ceci saute aux yeux.

La Constitution énumère à son art. 8 al. 2 un certain nombre de critères « suspects »<sup>56</sup>. Elle présente des exemples de groupes dont l'histoire ou l'expérience sociale actuelle a montré qu'ils risquent de se voir traités de manière dépréciative. La liste actualise l'ancienne liste des privilèges interdits de l'art. 4 al. 1, deuxième phrase, aCst., issue de l'abolition de l'ancien Régime. Le constituant a voulu poser le doigt sur des dangers actuels de discriminations en donnant mandat aux autorités de veiller à ce

---

<sup>55</sup> Voir, sur tout cela, *supra*, n° 1 ss.

<sup>56</sup> Cela ne change rien au fait que – comme indiqué – toute distinction dépréciative, fondée sur n'importe quel autre critère, est également inadmissible.

que de telles discriminations ne se répètent plus. Les autorités ont ainsi la tâche de ne pas se borner à reprendre les conceptions sociales dominantes, mais d'examiner d'un œil critique les distinctions établies aujourd'hui.

210. *La présomption d'illicéité et son renversement.* – La qualification d'un critère de distinction comme « suspect », et notamment sa présence à l'art. 8 al. 2, entraîne une conséquence procédurale importante : des distinctions opérées en fonction d'un critère « suspect » sont présumées être dépréciatives et donc contraires à la Constitution fédérale. Lorsqu'une distinction repose sur un tel critère, elle sera soumise à un examen particulièrement strict de sa conformité à la Constitution et il incombera aux autorités de démontrer qu'elle n'a pas de caractère dépréciatif<sup>57</sup>.

Les autorités seront donc appelées à présenter des motifs particulièrement sérieux pour démontrer le caractère non dépréciatif d'une distinction reposant sur un critère « suspect ». Pourraient notamment constituer de tels motifs des différences de fait qui imposent une distinction ou le but d'accorder une protection particulière et nécessaire aux membres d'un groupe défavorisé (protection qui ne déprécie toutefois pas les autres personnes)<sup>58</sup>. Les mesures doivent avoir été prises en connaissance du risque de discrimination ; elles ne pourraient en aucun cas être justifiées par des stéréotypes vis-à-vis des personnes protégées par l'art. 8 al. 2. L'ensemble des motifs présentés par l'autorité devra convaincre le juge que la mesure en cause n'a ni but ni effet dépréciatif. Si l'autorité n'est pas en mesure de présenter de tels motifs, la distinction est discriminatoire et donc interdite par la Constitution fédérale.

Ainsi, les distinctions fondées sur des qualités personnelles – même énumérées par l'art. 8 al. 2 Cst. – n'ont pas « automatiquement » un caractère discriminatoire. La présomption de leur caractère dépréciatif peut être renversée, puisque les critères de l'art. 8 al. 2 ne sont pas des critères de rattachement interdits, mais *suspects* (l'interdiction de la discrimination n'étant pas une

<sup>57</sup> Sur les positions de la doctrine quant à la question de la présomption, voir *supra*, n° 142. Sur la présomption d'illicéité en droit international, voir par exemple, BOSSUYT, *Discrimination*, 64 ; GUYAZ, *Discrimination raciale*, 36 s. Pour plus de détails sur cette question, voir *infra*, n° 251 ss.

<sup>58</sup> Il faudra généralement que la mesure poursuive un but légitime qui ne peut être atteint que par une distinction en fonction du critère en question et qu'elle soit apte et nécessaire à atteindre ce but.

exigence d'égalité formelle, cf. *supra*, n° 199). On pensera, par exemple, aux distinctions en fonction de l'âge ou de la situation sociale qui n'ont pas du tout un caractère dépréciatif (voir, sur tout cela, *infra*, troisième partie).

## 5. La délimitation entre inégalité de traitement et discrimination

211. Il ressort de la définition de l'interdiction de la discrimination que – même si les deux concepts se dégagent du même principe – l'égalité de traitement (art. 8 al. 1) et l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2) ne sont pas identiques. Les deux concepts traitent de distinctions. Mais le premier vise les distinctions qui ne reposent pas sur un motif raisonnable, alors que le second vise les distinctions à caractère dépréciatif. Les notions d'inégalité de traitement et de discrimination ne se recouvrent donc pas nécessairement.

Nous pouvons distinguer quatre catégories de distinctions :

- 1° Une première catégorie comprend les distinctions qui reposent sur des motifs raisonnables et qui n'ont pas de caractère dépréciatif. C'est le cas « normal », celui des mesures étatiques qui ne constituent ni une inégalité de traitement, ni une discrimination.

*Exemple.* Le législateur qui conçoit un système fiscal de sorte que les personnes qui habitent à deux (ou à plusieurs) dans un ménage soient imposées plus lourdement que celles qui habitent seules ne contrevient pas au principe général d'égalité : la distinction se fonde sur un motif raisonnable, en tenant compte des économies réalisées par le ménage commun. La distinction ne constitue pas non plus une discrimination : elle n'a ni but ni effet dépréciatif envers les personnes habitant en ménage commun.

- 2° Une deuxième catégorie contient les distinctions qui ne reposent pas sur un motif raisonnable, mais qui n'ont pas, pour autant, un caractère dépréciatif. C'est le cas des inégalités de traitement « ordinaires » : constituant des « distinctions injustifiées », elles sont contraires à l'art. 8 al. 1, mais, n'ayant pas de caractère dépréciatif, elles ne sont pas discriminatoires.

ne repose pas sur un motif raisonnable (l'origine géographique n'est pas un critère pertinent pour fonder une distinction en droit fiscal) et elle a sans doute un caractère dépréciatif.

## 6. La sanction juridique des discriminations

### a) Le « test de constitutionnalité »

212. *Une distinction dépréciative n'est jamais admissible.* – Lorsqu'il est établi qu'une distinction est dépréciative, la mesure en question est inadmissible et interdite par la Constitution fédérale. Le respect de la dignité humaine constitue une valeur absolue, une limite de toute activité étatique. En aucun cas l'Etat ne peut déprécier, dénigrer, abaisser des personnes. Il doit, le cas échéant, réagir face à leurs actes, mais en le faisant, l'Etat de droit ne doit jamais dépasser certaines limites ou utiliser des instruments non respectueux de la dignité humaine. Il perdrait, sinon, sa propre légitimité.

Lorsqu'elles établissent des distinctions, les autorités doivent donc non seulement se baser sur des motifs raisonnables (principe général d'égalité, art. 8 al. 1 Cst.), mais veiller en plus à ce que ces distinctions n'aient pas de caractère dépréciatif et qu'elles ne soient pas l'expression d'un jugement de valeur sur une personne, basé sur ses qualités personnelles essentielles (interdiction de la discrimination, art. 8 al. 2 Cst.). Cette règle vaut de manière générale et ne souffre d'aucune exception. On peut suivre à cet égard Jörg Paul MÜLLER, pour qui « [e]ine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV ist schlechthin unzulässig; es gibt keine öffentlichen Interessen oder andere wichtige Gründe, die eine Ausnahme rechtfertigen könnten »<sup>60</sup>.

Lorsqu'une distinction a un caractère dépréciatif, il n'y a dès lors pas lieu de rechercher s'il existe un intérêt public prépondérant qui pourrait la justifier. Un but admissible, aussi important soit-il, doit dans tous les cas être poursuivi par des mesures non dépréciatives, donc non discriminatoires. C'est ce qu'exprime également l'art. 4 du Pacte II, en vertu duquel, même « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation », les mesures prises ne doivent en aucun cas entraîner des discriminations.

---

<sup>60</sup> J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 112.

minations fondées sur la race, la couleur, la langue, la religion ou l’origine sociale (voir *supra*, n° 70).

213. *Seule est admissible la preuve du caractère non dépréciatif.* – Le « test de constitutionnalité », c’est-à-dire l’examen d’une distinction qui semble être dépréciative par rapport à sa conformité à la Constitution, porte donc uniquement sur la question de savoir si, dans l’appréciation de l’ensemble des circonstances, la mesure a ou non un caractère dépréciatif. Comme nous l’avons vu, il incombe aux autorités de démontrer qu’une mesure n’a *pas* de caractère dépréciatif, lorsqu’elle établit une distinction se rattachant à un critère « suspect » (présomption d’illicéité, *supra*, n° 210). Dans cette démonstration, l’existence de motifs simplement « raisonnables » (suffisant pour rendre la distinction admissible sous l’angle de l’art. 8 al. 1 Cst.) ne suffira pas. Il faudra des raisons particulières, par exemple des différences essentielles entre les groupes qui *imposent* une distinction, le but protecteur de la mesure, etc.<sup>61, 62</sup>.
214. *Des « motifs particuliers et sérieux » ?* – Une distinction qui se rattache à un critère « suspect » est donc soumise à un examen qualifié<sup>63</sup>. Selon le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, la mesure doit – et peut – être justifiée par des motifs particuliers et sérieux<sup>64</sup>. Pour Walter KÄLIN et Martina CARONI<sup>65</sup>, l’élément clé de cet examen est le respect du principe de la proportionnalité : seules sont admissibles des distinctions « suspectes » qui poursuivent un but admissible et qui sont aptes, néces-

<sup>61</sup> J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 112 : « Es bleibt nur der Nachweis offen, dass gar keine ausgrenzende, herabwürdigende Massnahme vorliegt (also keine Diskriminierung im engeren Sinn), sondern allenfalls eine Differenzierung, die gerade auch durch Interessen der diskriminierungsbedrohten Gruppe (z.B. ihres Sicherheitsbedürfnisses) geboten sein kann und jedenfalls nicht durch Vorurteile gegen diese Gruppe motiviert sein darf ».

<sup>62</sup> La même chose vaut par ailleurs pour le cas où un recourant démontre le but ou l’effet dépréciatif d’une différenciation en fonction d’un critère « non suspect ». Dans ce cas, les autorités doivent également démontrer le caractère non dépréciatif de la mesure et apporter ainsi la contre-preuve aux affirmations du recourant.

<sup>63</sup> Les autorités ont une « qualifizierte Begründungspflicht » : ATF 126 V 70, 73, *IV-Stelle Schwyz*, cf. *supra*, n° 121 et 145.

<sup>64</sup> « Triftige und ernsthafte Gründe » : ATF 106 Ib 182, 189, *Henggeler*, cf. n° 115 et 145.

<sup>65</sup> KÄLIN/CARONI, *Verbot*, 78 ss. Sur le principe de la proportionnalité et les éléments qui le composent, voir par exemple : AUER/MALINVERN/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 217 ss ; AUERT, *Traité*, n° 1765.

saies et proportionnées au sens étroit par rapport à ce but. À première vue, l'idée qu'une distinction « suspecte » pourrait se révéler conforme à l'art. 8 al. 2 lorsqu'elle repose sur des motifs particulièrement sérieux semble contredire l'affirmation que les discriminations ne sont jamais admissibles et qu'elles ne sauraient être justifiées par quel que motif que ce soit. Mais en réalité, il n'y a pas de contradiction fondamentale entre ces deux approches.

En effet, comme nous l'avons vu, les autorités sont appelées à présenter des justifications particulières pour renverser la présomption du caractère dépréciatif d'une distinction. Pour savoir si une distinction a un caractère dépréciatif ou non, on analysera notamment l'admissibilité et l'importance des buts poursuivis par la mesure et la question de savoir si ces buts ne peuvent être atteints que par la distinction en question (nécessité). Cette analyse contiendra donc des éléments de l'examen de proportionnalité. Ainsi, il n'existe, en pratique, pas de différence fondamentale entre une conception qui ne permet que la preuve du caractère non dépréciatif d'une distinction « suspecte » et une approche qui exige des justifications particulières et proportionnées.

Toutefois, une justification « particulière et sérieuse » ne peut pas rendre une distinction *dépréciative* conforme à la Constitution. L'interdiction de la discrimination détermine une limite absolue : en aucun cas, l'Etat ne peut déprécier une personne, même si cela se révélait « proportionné » au but visé. Le respect du principe de la proportionnalité tout seul ne peut donc pas rendre admissible une distinction *dépréciative*. Il ne s'agit en effet que d'un élément de l'examen qui sert à analyser le caractère, dépréciatif ou non, de la mesure resp. à renverser la présomption d'illicéité. Si le caractère dépréciatif est établi (ou si la présomption établie par la Constitution ne peut pas être renversée), la distinction en question est inadmissible. En d'autres termes, même si une distinction ayant un caractère dépréciatif se révèle proportionnée à un but admissible, et qu'il n'existe pas d'autres moyens pour l'atteindre, la distinction est, malgré tout, inadmissible : l'Etat ne saurait poursuivre ses buts en discriminant une catégorie de personnes<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> En quelque sorte, la pesée des intérêts de l'examen de la proportionnalité au sens étroit a été faite une fois pour toutes par la Constitution fédérale elle-même ; et la question a été tranchée contre l'admissibilité des distinctions dépréciatives : SCHEFER, *Kerngehalte*, 74 ss, parle, dans le contexte des noyaux intangibles des droits fondamentaux en général, de « kristallisierte Güterabwägungen ».

b) L'interdiction de la discrimination, noyau intangible de l'art. 8 ?

215. *Le « noyau dur » du principe d'égalité ?* – Le fait que l'art. 8 al. 2 Cst. interdit, sans exception, toute distinction dépréciative, a mené quelques auteurs à affirmer que cette disposition définit le « noyau intangible » du principe d'égalité, c'est-à-dire l'essence de ce droit fondamental, qui ne peut en aucun cas être restreinte<sup>67</sup>. Le fait que la Constitution utilise, à l'art. 8 al. 2, les termes « nul ne doit subir de discrimination » incite également à une telle interprétation, puisque cette formule est souvent utilisée pour décrire des éléments absolus d'un droit<sup>68</sup>. En effet, en protégeant le respect de la valeur intrinsèque de tout être humain, l'interdiction de la discrimination pose une limite à ne pas franchir par les distinctions étatiques.

L'idée du noyau intangible d'un droit se place dans le contexte du système des restrictions défini par l'art. 36 Cst. L'interdiction absolue de toucher l'essence même d'un droit fondamental intervient lorsqu'une restriction repose sur une base légale suffisante, répond à un intérêt public prépondérant et se révèle proportionnée au but visé. Dans une telle hypothèse, la restriction est inadmissible même lorsqu'elle remplit toutes ces conditions, si elle touche l'essence du droit en question<sup>69</sup>.

Selon la doctrine dominante, le système de l'art. 36 Cst. ne s'applique en principe qu'aux libertés, mais pas à tous les droits fondamentaux et notamment pas au principe d'égalité<sup>70</sup>. Cela ne veut toutefois pas dire que des éléments de l'art. 36 Cst. ne peuvent pas trouver une application indépendante, sans que le système dans son ensemble doive s'appliquer<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> KLEIN, *Handicapés*, 28 ; J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 112 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, 476 ss.

<sup>68</sup> Cf. art. 15 al. 4, 25 al. 3, art. 31 al. 1 Cst., voir toutefois l'utilisation moins absolue de l'art. 23 al. 3 Cst. Voir également l'art. 4 du Pacte II.

<sup>69</sup> L'exemple « classique » est celui de la torture. Elle est inadmissible même si elle était prévue par la loi et se révélait proportionnée à un intérêt public important (par exemple pour sauver la vie d'un grand nombre de personnes exposées au risque d'un attentat terroriste que seul l'information d'un détenu peut empêcher).

<sup>70</sup> Message Cst., 348 ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 303 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 130 et 165 ; RHINOW, *Bundesverfassung*, 154.

<sup>71</sup> Notamment SCHEFER, *Kerngehalte*, 62 ss, défend une telle hypothèse. Du même avis : J. P. MÜLLER, *Bemerkungen*, n° 52.

D'autres droits fondamentaux que les libertés pourraient ainsi théoriquement connaître un noyau intangible.

216. *L'art. 8 al. 2 ne constitue pas le noyau intangible de l'art. 8.* – Néanmoins, le concept du noyau intangible n'a d'utilité que dans le contexte de l'examen des restrictions qui touchent les libertés. Son but est d'éviter que le système de l'art. 36 puisse mener, dans des constellations particulières, à un résultat qui rendrait admissible une violation flagrante d'un droit. Dans le contexte de l'art. 8 Cst., le « test de constitutionnalité » se fait cependant dans d'autres termes. Pour savoir si une distinction est admissible ou non sous l'angle de l'égalité de traitement, l'idée du noyau intangible n'apporte rien : l'art. 8 al. 1 interdit les distinctions qui ne reposent pas sur des motifs raisonnables ; dès lors, en l'absence d'un motif raisonnable, une distinction est contraire à la Constitution fédérale. Dans ce sens, l'art. 8 al. 1 Cst. ne souffre pas de restriction. La même chose vaut pour l'art. 8 al. 2, qui, comme nous l'avons vu, interdit les distinctions dépréciatives : lorsque le caractère dépréciatif d'une mesure est prouvé, celle-ci est interdite. Ainsi, l'interdiction de la discrimination détermine un seuil à ne pas franchir par des distinctions étatiques, sans qu'il y ait besoin de recourir à la figure du noyau dur.

De surcroît, la réponse à la question de savoir si une distinction a ou non un caractère dépréciatif résulte d'un examen juridique approfondi du but et de l'effet de la mesure en question. Or, cette réponse n'est pas toujours aisée (voir l'examen de cas concrets dans la troisième partie). La protection de l'essence d'un droit fondamental, quant à elle, ne peut intervenir que dans des cas flagrants, où la violation des droits les plus essentiels des êtres humains est en cause. Aussi tous les aspects de l'interdiction de la discrimination n'ont-ils sans doute pas une valeur de noyau dur.

Cela ne veut cependant pas dire que certains aspects de l'interdiction de la discrimination ne pourraient pas former le noyau intangible de l'art. 8 al. 2 lui-même. Cette question aura notamment une certaine importance dans le contexte de l'immunité des lois fédérales (*infra*, n° 238). Pourraient entrer dans cette catégorie des discriminations systématiques, particulièrement graves, bafouant la dignité humaine d'une manière évidente. De telles discriminations violeraient à la fois l'essence de l'art. 8 et de la dignité humaine (art. 7 Cst.). On pourrait par exemple penser à des discriminations raciales systématiques (des règles d'*apartheid* ou une exclusion des personnes à couleur de peau noire du droit de vote) ou à une éli-

mination systématique des personnes handicapées de la vie publique (par exemple par une interdiction générale d’exercer une activité lucrative ou de revêtir une fonction publique)<sup>72</sup>.

## 7. Questions particulières

217. *La « discrimination indirecte »*. – Certaines distinctions ne se rattachent pas, formellement, à un critère « suspect », mais ont néanmoins pour but ou pour effet de désavantager avant tout un groupe protégé par la Constitution fédérale. Ces distinctions sont « formellement neutres » par rapport aux critères de l’art. 8 al. 2 : elles s’appliquent non seulement aux membres du groupe minoritaire, mais également aux personnes appartenant au groupe « dominant ». Cependant, leurs effets touchent beaucoup plus souvent – ou de manière beaucoup plus importante – les personnes appartenant au groupe protégé par la Constitution. C’est la figure de la discrimination « indirecte », développée notamment par les jurisprudences américaine<sup>73</sup> et communautaire<sup>74</sup>, et discutée en Suisse surtout dans le contexte de l’égalité entre les sexes<sup>75</sup>.

*Exemples.* La pratique d’une administration de n’accorder des postes de cadre qu’à des personnes occupant un poste à 100 %, alors que, au sein de cette administration, 90 % des hommes, mais 20 % des femmes seulement travaillent à plein temps, désavantage avant tout les femmes. Une règle du droit des étrangers qui exclut le renouvellement des autorisations de résider dans le pays pour les personnes qui n’exercent plus d’activité lucrative, s’applique à toutes les personnes invalides, mais seulement à une minorité des personnes non invalides.

<sup>72</sup> De telles discriminations systématiques violeraient très probablement aussi le droit international impératif, voir *supra*, n° 87.

<sup>73</sup> À l’origine concernant la discrimination des Noirs, cf. STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 23 ss.

<sup>74</sup> À l’origine concernant la nationalité d’une personne, plus tard dans le contexte de l’égalité entre les sexes, cf. STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 73 ss.

<sup>75</sup> ARIOLI, *indirekte Diskriminierung* ; REFAËL Nora, SIEGWART Karine, *Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung im europäischen und schweizerischen Recht*, in: EPINEY Astrid, REFAËL Nora (éd.), *Swiss Papers 9/97*, Berne, 1997, 5 ss; STAMPE Michèle, *indirekte Diskriminierung*; STEINER Oliver, *Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben*, thèse, Bâle, 1999.

La figure de la discrimination indirecte peut poser des problèmes lorsqu'on comprend l'interdiction de la discrimination comme interdiction formelle des distinctions, puisque cette figure vise des distinctions qui ne reposent pas sur un critère « interdit » ou « suspect ». Dans le contexte de l'art. 8 al. 2 Cst., tel que cette disposition est comprise dans cette étude, le concept pose en revanche moins de problèmes : l'interdiction de la discrimination prohibe les distinctions dépréciatives, peu importe à cet égard qu'elles soient fondées ou non sur un des critères « suspects ». Des mesures qui, tout en étant formellement « neutres » par rapport au sexe, à la race, à un handicap, etc. mais qui établissent des distinctions en fonction d'autres critères, « innocents », violent l'art. 8 al. 2 lorsqu'elles ont un but ou un effet dépréciatif. Aussi peut-on admettre, en accord avec la doctrine<sup>76</sup> et la jurisprudence<sup>77</sup>, que l'art. 8 al. 2 Cst. interdit toutes les discriminations, qu'elles soient « directes » ou « indirectes ».

Se pose alors la question de savoir si les distinctions qui ne se rattachent qu'indirectement à un critère « suspect » sont également présumées illicites en vertu de l'art. 8 al. 2. Si l'on admet que la Constitution accorde une protection accrue aux groupes visés par cette disposition<sup>78</sup> et qu'elle interdit non seulement les distinctions, mais également les assimilations dépréciatives<sup>79</sup>, la présomption d'illicéité doit également s'étendre aux distinctions qui se rattachent *indirectement* à un critère énuméré à l'art. 8 al. 2. En effet, comme l'affirme à juste titre CAROLINE KLEIN, « sous peine de renforcer les inégalités existantes à la base de la société, l'art. 8, al. 2 doit également garantir une protection contre la discrimination indirecte », puisque cette dernière « constitue un phénomène plus fréquent et moins

---

<sup>76</sup> HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 776 ; KLEIN, *Handicapés*, 73 s ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 441 ss ; WEBER-DÖRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, n° 34 ; sur son fondement constitutionnel controversé, voir STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 187 ss, avec un survol de l'état du débat en doctrine.

<sup>77</sup> ATF 126 II 377, 393 s, *F.A. et A.A.* ; 124 II 409, 424 s., *maîtresses de couture zurichoises* (pour ce qui concerne les discriminations du fait du sexe) ; voir aussi les arrêts non publiés cités au n° 389.

<sup>78</sup> Cf. notre définition, *supra*, n° 201 ; KLEIN, *Handicapés*, 74, parle d'une « approche matérielle ».

<sup>79</sup> En effet, les deux figures sont extrêmement proches l'une de l'autre : une interdiction d'utiliser, sur un sentier de bord d'un lac, des moyens de transports à roues constitue à la fois une assimilation entre utilisateurs de vélos ou de patins à roulettes et personnes dépendantes de fauteuils roulants, susceptible d'être discriminatoire, et une discrimination indirecte des handicapés. Cf. KLEIN, *Handicapés*, 86 s., et *supra*, n° 191.

facile à déceler que celui de la discrimination directe »<sup>80</sup>. La protection accrue qu'accordent la liste de l'art. 8 al. 2 et la présomption d'illicéité qui en découle ne saurait donc se limiter aux distinctions qui reposent directement sur un des critères énumérés.

Pour savoir si une distinction se rattache indirectement à un critère « suspect », il faudra procéder à une comparaison non pas entre deux personnes, mais entre deux groupes, c'est-à-dire entre le groupe protégé par l'art. 8 al. 2 et la majorité de la population<sup>81</sup>. La difficulté sera de déterminer l'importance que devrait avoir la différence des conséquences de la mesure entre les deux groupes pour qu'on puisse parler d'un rattachement indirect à un critère « suspect ». Pour le Tribunal fédéral, dans le contexte de l'égalité entre femmes et hommes, une mesure doit toucher « im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen Geschlechts »<sup>82</sup>. Jörg Paul MÜLLER rappelle la jurisprudence américaine, selon laquelle la chance d'un membre du groupe désavantagé d'obtenir une certaine situation juridique doit être moins de 80 % de celle d'un membre du groupe privilégié<sup>83</sup>. Pour Andreas RIEDER<sup>84</sup>, en revanche, il n'y a guère de sens d'établir des règles générales et strictes pour déterminer la différence exigée. Dans l'ensemble, il n'est pas possible de donner un chiffre fixe de référence, la qualification d'une mesure en tant que discrimination indirecte devant résulter de l'appréciation de l'ensemble des circonstances du cas. En revanche, dans tous les cas, la différence doit être significative<sup>85</sup>, car, comme le souligne KLEIN, « une interdiction de discrimination indirecte ne peut que se limiter (...) à corriger les conséquences inégales substantielles et importantes d'une réglementation étatique »<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> KLEIN, *Handicapés*, 74.

<sup>81</sup> KLEIN, *Handicapés*, 76 ; WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit* 2002, n° 34.

<sup>82</sup> ATF 124 II 529, 530 s., A. (*assistante sociale soleuroise*).

<sup>83</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 443, note 222. Il se réfère notamment à l'arrêt de la Cour suprême *Watson v. Fort Worth Bank*, du 29 juin 1988 (487 U.S. 977, 995 / 108 S. Ct. 2777, 2789 [note 3] ; où se trouvent également d'autres références à la jurisprudence).

<sup>84</sup> RIEDER, *Fahrende*, 161.

<sup>85</sup> Soit quantitativement (toutes les personnes appartenant à un groupe protégé ou une grande partie d'entre elles sont touchées), soit qualitativement (les personnes appartenant au groupe protégé sont touchées de manière plus forte [pour elles, une règle a, par exemple, pour effet de les exclure complètement d'un endroit, alors que l'accès pour les autres personnes n'est que rendue plus difficile]). Cf. KLEIN, *Handicapés*, 78.

<sup>86</sup> KLEIN, *Handicapés*, 77.

218. *Excursus : le rattachement au critère « suspect »*. – Il n'est parfois pas aisé de distinguer entre les cas où une mesure se rattache indirectement à un critère « suspect » (au sens d'une « discrimination indirecte », cf. *supra*, n° 217) et les cas où une distinction repose directement sur un tel critère.

Deux cas de figure, qui pourraient être considérés, à première vue, comme des cas de distinctions indirectes, constituent néanmoins des distinctions fondées sur un critère suspect. Il s'agit, tout d'abord des distinctions qui se rattachent à un critère qui est « neutre », mais qui ne peut être rempli *que* par les membres d'un groupe défavorisé : si le critère de distinction ne peut être rempli que par les membres d'un groupe protégé par l'art. 8 al. 2, à l'exclusion des membres du groupe « dominant », la mesure se rattache, de fait, à un critère prohibé par la Constitution.

*Exemples.* Une distinction en fonction de la grossesse se rattache directement au critère du sexe ; une loi qui parle des personnes qui ont droit à la rente AVS établit une distinction du fait de l'âge.

Est également à considérer comme une distinction directe du fait d'un critère « suspect » toute distinction basée sur un critère « neutre » que *aucun* des membres d'un groupe protégé ne peut remplir.

*Exemple.* Une loi qui s'adresse uniquement aux personnes soumises à l'obligation de servir dans l'armée, alors que la Constitution n'astreint que les hommes au service militaire (art. 59 al. 1 Cst.).

On ne peut en revanche pas parler de distinction *directe* en fonction d'un critère « suspect », lorsqu'une distinction se rattache à un critère que remplissent tous les membres d'un groupe protégé, alors qu'une minorité seulement des autres personnes le remplit (ou, inversement, à un critère qu'aucun des membres du groupe protégé ne remplit, alors que la grande majorité du groupe dominant le remplit). Il faudrait plutôt voir ici un cas de distinction *indirecte*.

*Exemple.* L'exigence de servir dans l'armée, pour être admis en tant qu'agent de police, ne peut jamais être remplie par les personnes qui souffrent d'une déficience corporelle, mais elle peut être remplie par la grande majorité des non-handicapés.

219. *Les « mesures positives »*. – Un problème qui a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années (surtout dans le domaine de l'égalité entre

les sexes) est celui des mesures dites positives<sup>87</sup>. Une mesure positive est une mesure destinée à améliorer la situation des membres d’un groupe qui est défavorisé dans la réalité sociale. Il peut arriver que de telles mesures établissent des distinctions en fonction d’un des critères « suspects ».

Les mesures positives ne posent, sous l’angle de l’art. 8 al. 2 Cst., que peu de problèmes : en tant qu’elles favorisent un groupe défavorisé, elles n’ont, en règle générale, pas d’effet dépréciatif sur les membres de ce groupe et ne constituent, dès lors, pas une « discrimination » au sens de cette disposition<sup>88</sup>. Si une mesure positive a en revanche un effet dépréciatif sur les personnes qui n’en bénéficient pas, elle pourrait constituer une discrimination, et se révéler ainsi contraire à l’interdiction de la discrimination. Cette seconde hypothèse ne devrait que rarement se réaliser : généralement, les mesures positives favorisent des groupes discriminés sans dénigrer les autres. Toutefois, le cas de figure est possible et pourrait notamment devenir d’actualité dans des secteurs de l’activité étatique où les mesures positives ont déjà été largement implantées.

*Exemple.* Des mesures de promotion des francophones et des italophones dans un office de l’administration fédérale qui serait déjà largement dominé par des personnes de langue latine, pourraient théoriquement avoir pour but ou pour effet de sauvegarder cette dominance contre des fonctionnaires germanophones. De telles mesures, même si elles visent, dans l’ensemble, la protection des minorités linguistiques, pourraient alors avoir un caractère dépréciatif à l’égard des personnes qui ne font pas partie de cette minorité et se révéler discriminatoires. On voit toutefois qu’un tel cas de figure, même s’il est imaginable en théorie, est encore peu probable dans la réalité.

Le débat sur l’admissibilité des mesures positives portait, en droit constitutionnel suisse, généralement sur des mesures en faveur des femmes, no-

<sup>87</sup> ARIOLI, *Erwerbsleben* ; ARIOLI, *Quoten* ; AUER, *Mesures positives* ; AUER, *Digression* ; AUER/MARTENET, *Quotas* ; BUSER, *Quoten* ; BUSER/POLEDNA, *Quoten* ; SCHWANDER Claus M., *Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten*, Berne, 1995 ; TOBLER, *Quoten*.

<sup>88</sup> Théoriquement, toutefois, un avantage accordé à un groupe défavorisé pourrait également avoir un caractère dépréciatif, s’il ressort d’un jugement de valeur négatif – d’une attitude paternaliste, par exemple – sur les personnes qui en bénéficient. Mais cette hypothèse devrait être rare.

La question a toutefois été discutée dans le contexte des primes accordées par la Confédération aux Universités pour l’engagement de femmes comme professeurs : *Anreize zur Förderung der Gleichstellung an den Universitäten. Professorinnen-Prämien und weniger kontroverse Massnahmen*, NZZ, 23 octobre 2002, 77. Cf. *infra*, n° 426.

tamment sur les systèmes de quotas. Or, dans le domaine de l'égalité entre les sexes, toute distinction doit non seulement être conforme à la norme interdisant la discrimination, mais également à la norme spéciale concernant l'égalité entre femmes et hommes (art. 8 al. 3, première phrase, Cst.). Or, cette dernière a une portée différente de l'art. 8 al. 2 ; l'examen de la constitutionnalité des mesures positives en faveur des femmes a donc également d'autres aspects et ne peut se limiter à la question de leur conformité avec l'interdiction de la discrimination<sup>89</sup>.

Sur la question des mesures positives, voir également *infra*, n° 392 ss et 421 ss.

220. *L'interdiction de la discrimination, une protection asymétrique ?* – Il a été souvent affirmé que l'interdiction de la discrimination accorde une « protection asymétrique » : ayant pour but de protéger des groupes sociaux défavorisés contre des traitements dépréciatifs, seules pourraient se prévaloir de cette norme les personnes qui font partie d'un tel groupe. Les membres du groupe dominant ne pourraient en revanche pas invoquer la protection de l'art. 8 al. 2 Cst., parce qu'ils « ne peuvent pas en principe être victimes d'une véritable discrimination »<sup>90</sup>.

Une limitation de la protection de l'art. 8 al. 2 aux groupes dont l'expérience a montré qu'ils sont souvent défavorisés enlèverait à la norme son caractère dynamique. La Constitution interdit non seulement les discriminations qui sont ressenties comme telles depuis un certain temps, mais également celles qui pourraient apparaître nouvellement. Certes, de fait, ce seront avant tout les « minorités sociales » qui invoqueront avec succès l'art. 8 al. 2 Cst., c'est-à-dire notamment les personnes d'origine étrangère, les non-blancs, les femmes, les vieux, les handicapés – et non pas les hommes blancs d'origine suisse, âgés de 40 ans et non-handicapés.

---

<sup>89</sup> Sur cette question, voir la jurisprudence sur les quotas féminins (et sur la relation entre la première et la deuxième phrase de l'art. 8 al. 3 Cst.) : ATF 125 I 21, 24, *Grüne Bewegung Uri (quotas uranais)* ; 123 I 152, 156 s., *G. (quotas soleurois)* ; ainsi que la doctrine citée dans la note 87.

<sup>90</sup> AUER, *Mesures positives*, n° 26 ; MÜLLER, *Grundrechte*, 415 s. ; RHINOW, *Bundesverfassung*, 141 ss ; d'un avis contraire : GRISEL, *Egalité*, n° 130 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, 488 s. ; ainsi que STAMPE, *Indirekte Diskriminierung*, 128 ss (pour ce qui concerne la discrimination indirecte).

Souvent, la question a été liée à celle de savoir si l'interdiction de la discrimination prohibe toute distinction en fonction des critères énumérés ou si elle protège de distinctions dépréciatives. Or, ces deux questions ne sont pas nécessairement liées.

L’Etat n’aura que rarement une attitude dépréciative à l’égard des groupes dominants. Mais rien n’empêche que, dans des situations particulières et des contextes précis, même des personnes qui font partie d’un groupe dominant pourraient faire l’objet d’une distinction dépréciative.

Or, la protection contre les distinctions dépréciatives vaut pour toutes les personnes, peu importe à cet égard qu’elles fassent partie ou non d’un groupe dont l’expérience a montré qu’il a souvent été défavorisé. L’art. 8 al. 2 Cst. vise tous les êtres humains, sans distinction aucune.

*Exemples.* On voit certes mal dans quel contexte des personnes qui ne font pas partie des gens du voyage pourraient être discriminées pour ne pas suivre le mode de vie des nomades ou par quelle mesure étatique les personnes de couleur blanche pourraient faire l’objet d’une distinction dépréciative. En revanche, on pourrait imaginer qu’un jour, des hommes puissent se voir traités de façon discriminatoire, par exemple dans un office de l’administration ou dans un institut universitaire dominé par des femmes.

**TROISIEME PARTIE**

**LA MISE EN ŒUVRE**

---

## CHAPITRE I

# LA PROTECTION JUDICIAIRE

221. *Plan.* – On ne peut parler de la garantie des droits fondamentaux sans parler de la juridiction constitutionnelle. Le recours au juge est en effet l'un des moyens les plus importants dans la mise en oeuvre de ces droits. Dans ce chapitre, nous analyserons les modalités selon lesquelles les particuliers peuvent invoquer, notamment devant le Tribunal fédéral, une violation de l'interdiction de la discrimination. Nous présenterons, dans un premier temps, les titulaires et les destinataires de la protection de l'art. 8 al. 2 (sections 1 et 2), pour nous pencher, ensuite, sur les conditions « classiques » de recevabilité des recours devant le Tribunal fédéral, c'est-à-dire la qualité pour recourir et l'objet du recours (sections 3 et 4), et aborder, enfin, la question de la motivation des moyens invoqués (section 5).

### Section 1

## Les titulaires

### 1. Les personnes physiques

222. *Toutes les personnes physiques sont titulaires.* – À l'instar de ce qui vaut pour le principe général d'égalité<sup>1</sup>, tous les êtres humains sont titulaires de la protection de l'art. 8 al. 2 Cst., quel que soit leur nationalité, leur statut, leur domicile, etc. La titularité d'une disposition qui a pour but de protéger la valeur inhérente – et identique – de tous les êtres humains ne

---

<sup>1</sup> AUBERT, *Traité*, n° 1787 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 980 ; G. MÜLLER, *Commentaire*, n° 26.

saurait être elle-même limitée à certaines catégories de personnes. Est donc protégée – comme pour l'égalité – « toute personne entrant en contact avec l'ordre juridique suisse »<sup>2</sup>.

223. *Une protection individuelle.* – La protection contre la discrimination vise tant l'individu que le groupe défavorisé. Selon la conception développée dans cette étude, elle ne se limite pas aux personnes faisant partie d'un groupe socialement défavorisé<sup>3</sup> : l'art. 8 al. 2 protège chaque individu contre des distinctions dépréciatives, peu importe qu'il fasse partie d'un groupe social désavantagé ou non.

Se prévaudront évidemment plus souvent avec succès de cette norme les personnes faisant partie d'une minorité ; les discriminations à l'égard des personnes appartenant au groupe dominant resteront logiquement l'exception.

## 2. Les personnes morales

224. *Les personnes morales ne sont, en règle générale, pas protégées.* – La question de savoir si et dans quelle mesure les personnes morales peuvent se prévaloir de l'art. 8 al. 2 Cst. est plus délicate. L'interdiction de la discrimination est une expression de la protection de la dignité humaine et du respect de la valeur intrinsèque de l'être humain. La discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. – en tant que distinction dépréciative – est donc étroitement liée à la condition humaine. De surcroît, les qualités personnelles énumérées à l'art. 8 al. 2 Cst. sont en principe inhérentes à l'homme. Aussi les personnes morales ne sont-elles pas directement visées par cette disposition et elles ne peuvent, en règle générale, pas se prévaloir de l'art. 8 al. 2 Cst.

225. *L'exception : les personnes morales à but idéal.* – Toutefois, à l'instar de ce qui vaut pour la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.) ou la liberté d'opinion et d'information (art. 16)<sup>4</sup>, les personnes morales à but

---

<sup>2</sup> KNAPP, *Principes*, 170.

<sup>3</sup> Voir *supra*, n° 220. Du même avis : SCHEFER, *Kerngehalte*, 488 s. ; d'un avis contraire : J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 110.

<sup>4</sup> Voir AUER/MALINVERN/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 424 ss et 509. Pour la liberté religieuse, voir par exemple KARLEN, *Religionsfreiheit*, 259 ss ; et les ATF 119 Ia 178, 183, *A. et M.* ; 118 Ia 46, 52, *Verein Scientology Kirche Zürich* ; 125 I 369, 372, *Verein Scientology Kirche Basel*.

idéal peuvent également se prévaloir de l'interdiction de discrimination, lorsqu'une distinction vise la conviction qu'elles défendent. En effet, lorsque la défense d'une conviction religieuse, philosophique ou politique constitue un but statutaire d'une personne morale, cette dernière – en tant qu'expression des convictions personnelles des personnes physiques qui la forment – est non seulement protégée par les libertés garanties par la Constitution, mais aussi par l'art. 8 al. 2, qui énumère les convictions parmi les critères « suspects »<sup>5</sup>.

226. *Les mesures qui visent les membres d'une personne morale.* – La situation est analogue lorsqu'une personne morale fait l'objet d'une distinction qui la désavantage à cause des qualités personnelles de ses membres. Qu'on pense par exemple à un traitement désavantageux d'une organisation d'étudiants juifs, d'une association professionnelle de personnes handicapées ou d'un groupe d'intérêt de personnes homosexuelles. Dans une telle hypothèse, une personne morale pourrait faire l'objet d'une distinction établie en fonction des qualités personnelles de ses membres. Une telle distinction constituerait en fait une dépréciation indirecte des personnes physiques qui composent la personne morale. Dans cette hypothèse, les personnes physiques qui sont visées indirectement par la mesure discriminatoire peuvent agir lorsqu'elles sont touchées dans leurs intérêts personnels. La personne morale peut elle aussi se prévaloir de l'art. 8 al. 2, soit dans son propre intérêt, soit éventuellement dans la défense des intérêts de ses membres, selon les critères ordinaires établis par le Tribunal fédéral pour la recevabilité du « recours corporatif »<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Voir, dans le même sens, pour le droit allemand : STARCK, *Artikel 3*, n° 345.

<sup>6</sup> Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « une association peut agir par la voie du recours de droit public en vue de sauvegarder les intérêts de ses membres, quand bien même elle n'est pas elle-même touchée par l'acte entrepris. Il faut notamment qu'elle ait la personnalité juridique et que la défense des intérêts de ses membres figure parmi ses buts statutaires. En outre, ses membres doivent être personnellement touchés par l'acte litigieux, du moins en majorité ou en grand nombre » (ATF 122 I 90, 92, 201, *Syndicat des employés-ées du tertiaire* ; 119 Ia 197, 201, *Schweizerischer Kanuverband*).

Il faudrait toutefois admettre une exception quant à la deuxième condition : même le recours d'une organisation qui n'a pas comme but statutaire la défense des intérêts de ses membres devrait être recevable lorsque cette organisation est désavantagée à cause des qualités personnelles de ses membres. En effet, lorsqu'une mesure étatique fait de la personne morale la « prisonnière » des qualités personnelles de ses membres, l'action en défense des intérêts de ces derniers et celle intentée dans son propre intérêt se confondent.

## Section 2

### Les destinataires

#### 1. L'Etat

227. Les droits fondamentaux sont dirigés contre l'Etat, dont ils limitent le pouvoir. Par conséquent, l'art. 8 al. 2 Cst. interdit toute discrimination de la part des autorités étatiques. Doivent respecter l'interdiction de la discrimination toutes les autorités, c'est-à-dire tous les organes des collectivités publiques, quel que soit leur niveau – fédéral, cantonal ou communal –<sup>7</sup> et quelle que soit leur fonction – législative, exécutive ou judiciaire<sup>7</sup>.

Sont également tenues de respecter les droits fondamentaux les personnes physiques ou morales qui, sans faire partie d'un organe étatique, assument une tâche de l'Etat (art. 35 al. 2 Cst.)<sup>8</sup>.

#### 2. La question de l'effet « horizontal »

228. *Les droits fondamentaux n'ont en principe pas d'effet horizontal direct.* – Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Constitution, se prêtent mal à l'application directe entre les particuliers<sup>9</sup>. Sous réserve d'exceptions prévues par la Constitution (dont notamment l'art. 8 al. 3, troisième phrase, sur l'égalité des salaires entre femmes et hommes), l'art. 8 al. 2 Cst. n'a donc pas d'« effet horizontal direct » : il vise l'Etat et non pas les particuliers. Les relations entre ces derniers sont, elles, réglées en premier lieu par les lois civiles et pénales, et non par la Constitution. En principe, un particulier ne pourra donc pas invoquer l'art. 8 al. 2 Cst. à l'encontre d'un autre particulier.

---

<sup>7</sup> Voir notamment HAFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 272 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. II*, n° 112 ss.

<sup>8</sup> Sur cette question : SCHEFER, *Kerngehalte*, 300 ss.

<sup>9</sup> AUBERT, *Traité*, n° 1742 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. II*, n° 117 ss. Un résumé du débat sur l'« effet horizontal » des droits fondamentaux et des références à la doctrine se trouvent aux ATF 111 II 245, 253 ss, X. SA (*Eschler Urania*), et 120 V 312, 316, *Francisco R.*

229. *Les effets indirects.* – Cela ne veut toutefois pas dire que les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale n'ont aucun effet sur les rapports horizontaux. En vertu de l'art. 35 al. 3 Cst., il incombe à toutes les autorités de veiller « à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux » (art. 35 al. 3 Cst.). Cette règle vise notamment deux situations :

- 1° *L'application du droit.* Les autorités doivent tenir compte des droits fondamentaux des citoyennes et des citoyens lorsqu'elles interprètent les dispositions légales ou lorsque la loi leur accorde un pouvoir d'appréciation (interprétation conforme à la Constitution ou effet horizontal indirect des libertés)<sup>10</sup>. Ainsi, par exemple, des règles de droit civil doivent être interprétées en tenant compte des exigences particulières qui résultent des droits fondamentaux<sup>11</sup>.
- 2° *La législation.* Le législateur doit concevoir la législation de sorte qu'elle assure le mieux possible le respect des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers. Il le fera en édictant des normes, notamment de droit civil et pénal, qui résolvent les conflits de libertés entre particuliers et qui préviennent des traitements discriminatoires. Aussi les garanties constitutionnelles peuvent-elles contenir un mandat au législateur d'adopter des dispositions propres à protéger, dans la mesure du possible, les particuliers contre des atteintes à leurs droits fondamentaux provenant d'autres particuliers. L'existence d'une telle obligation positive de l'Etat (*Schutzpflichten*), découlant de la Constitution, est admise depuis longtemps par la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que par la doctrine et la jurisprudence suisses<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 123 s. ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 248 ss ; J. P. MÜLLER, *Einleitung*, n° 46 ss. Voir aussi : J. P. MÜLLER, *Verfassung und Gesetz*, 122 ss.

En fait il ne s'agit là que d'un aspect spécifique de l'interprétation correcte des normes.

<sup>11</sup> Voir ZÄCH, *Einfluss*, 2 ss, qui donne plusieurs exemples, dont celui de l'interdiction de discriminations arbitraires d'un travailleur par l'employeur.

<sup>12</sup> Voir les références citées ci-dessous, n° 395.

Certains auteurs admettent que, selon les circonstances, l'inaction des autorités pourrait entraîner la responsabilité de l'Etat<sup>13</sup> ou, exceptionnellement, l'application directe d'un droit fondamental entre particuliers, notamment lorsque l'essence même d'un droit est touché<sup>14</sup>.

230. *L'importance de la question pour l'art. 8 al. 2 Cst.* – Les obligations positives de l'Etat revêtent une importance considérable dans le domaine de l'interdiction des discriminations. En effet, si toutes les garanties fondamentales de la Constitution ne se prêtent pas de la même manière à être appliquées entre les particuliers, l'interdiction de la discrimination a particulièrement besoin d'une intervention du législateur. Les groupes visés par l'art. 8 al. 2 Cst. font probablement plus souvent l'objet de discriminations de la part d'autres particuliers que de la part de l'Etat. Vu l'importance spécifique de la question dans notre contexte, un chapitre distinct est consacré aux concrétisations et consécutions légales de l'interdiction de la discrimination (chapitre III, *infra*, n° 391 ss).

### Section 3

## L'objet du contrôle

#### 1. Le contrôle de la constitutionnalité des différents actes étatiques

231. *Tous les actes étatiques sont visés.* – Comme indiqué, toutes les autorités étatiques sont destinataires des droits fondamentaux (*supra*, n° 227). Elles doivent, par conséquent, respecter ces droits dans l'ensemble de leurs propres actes, et, de surcroît, refuser l'application de normes inconstitutionnelles. Aussi, tous les actes étatiques doivent-ils être conformes à l'art. 8 al. 2 Cst. : décisions administratives, jugements, actes législatifs, décisions populaires, etc.
232. *Le contrôle de la constitutionnalité : généralités.* – Ce contrôle de la constitutionnalité des actes peut en principe intervenir à tous les stades de

---

<sup>13</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 127 s.

<sup>14</sup> SCHEFER, *Kerngehalte*, 320.

la procédure et par toute autorité, qu'il s'agisse d'une procédure administrative, législative ou judiciaire. L'inconstitutionnalité d'un acte peut par conséquent être invoquée dans les différents moyens de droit à disposition des justiciables. Il n'y a toutefois pas lieu d'exposer ici l'ensemble des voies de droit au niveau cantonal et fédéral qui permettent d'invoquer la violation de l'art. 8 al. 2. Nous nous limiterons à présenter, de manière succincte, les moyens qui permettent l'invocation de ce grief devant le Tribunal fédéral<sup>15</sup>.

233. *Le contrôle de la constitutionnalité des décisions.* – Pour ce qui est du contrôle des décisions<sup>16</sup> (« contrôle concret »), deux voies de droit permettent d'invoquer la violation des droits fondamentaux devant le Tribunal fédéral et sont ainsi à disposition de ceux et de celles qui s'estiment victimes d'une discrimination :

1° *Le recours de droit public.* Les décisions cantonales de dernière instance qui sont basées sur le droit cantonal ou le droit civil ou pénal fédéral peuvent faire l'objet d'un recours de droit public. Le recours de droit public est un moyen extraordinaire, qui permet le contrôle de la conformité des actes cantonaux par rapport notamment aux droits constitutionnels des citoyens (art. 84 OJ)<sup>17</sup>. Il s'agit d'un moyen de droit subsidiaire qui n'est ouvert que lorsque aucun autre moyen ne permet de soulever le même grief devant le Tribunal fédéral (art. 84 al. 2 OJ).

2° *Le recours de droit administratif.* Les décisions, cantonales ou fédérales<sup>18</sup>, prises en application du droit administratif fédéral<sup>19</sup> peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif. Il s'agit d'un moyen de droit ordinaire, où le Tribunal

<sup>15</sup> Pour plus de détails, voir : AUER, *Juridiction constitutionnelle*, et KÄLIN, *staatsrechtliche Beschwerde*. Pour ce qui est de la violation de la CEDH, la décision du Tribunal fédéral peut être portée devant la Cour européenne des droits de l'homme (voir *supra*, n° 46).

<sup>16</sup> Donc l'application de la législation à un cas concret.

<sup>17</sup> Ce qui a quelques conséquences procédurales, notamment par rapport à la qualité pour recourir (exigence d'un intérêt juridiquement protégé, *infra*, n° 239) et à l'application du droit par le Tribunal fédéral (principe d'allégation, *infra*, n° 247 ss).

<sup>18</sup> Autorités énumérées par l'art. 98 OJ, dont les autorités cantonales de dernière instance.

<sup>19</sup> Décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative fédérale, du 20 décembre 1968 (RS 172.021).

fédéral est la dernière instance « ordinaire » chargée d'assurer la bonne application du droit. Ce moyen permet d'invoquer la « violation du droit fédéral » (art. 104, lit. a, OJ), dont la violation des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale<sup>20</sup>.

Pour certaines décisions, l'OJ exclut toutefois le recours de droit administratif (art. 99 s. OJ). Lorsqu'elles émanent d'autorités cantonales, ces décisions peuvent par conséquent faire l'objet d'un recours de droit public (subsidiarité).

234. *Le contrôle des actes législatifs.* – L'art. 84 al. 1 OJ permet le contrôle de la constitutionnalité des actes *législatifs* cantonaux. En effet, en vertu de cette disposition, les « arrêtés cantonaux » peuvent être portés devant le Tribunal fédéral pour violation des droits constitutionnels, après leur adoption par l'organe compétent et en dehors de toute application concrète (« contrôle abstrait »).

En revanche, il n'existe pas, en droit suisse, un contrôle abstrait des normes fédérales. Leur constitutionnalité ne peut être contrôlée par le Tribunal fédéral que de manière indirecte, lors d'un contrôle concret d'une décision (*supra*, n° 233).

## 2. La limite : l'immunité de certaines normes

235. *Le pouvoir de décision du Tribunal fédéral en général.* – Dans un recours contre une *décision* (« contrôle concret », *supra*, n° 233), le recourant peut attaquer soit la *décision* en tant que telle, en alléguant que la manière dont la législation lui a été appliquée est discriminatoire, soit la *norme* sur laquelle se base la décision, en invoquant que la disposition législative elle-même viole l'art. 8 al. 2 Cst. Dans les deux cas, le pouvoir de décision du Tribunal fédéral est purement cassatoire, c'est-à-dire que même si la Cour suprême juge inconstitutionnelle la norme elle-même, elle n'a pas le pouvoir de l'annuler. Le Tribunal fédéral n'annulera que la décision attaquée ; la norme inconstitutionnelle ne sera tout simplement pas appliquée en l'espèce.

---

<sup>20</sup> Voir, par exemple, ATF 118 Ib 417, 423 s., D. ; 122 IV 8, 11 ss, F.

Lors d'un recours contre une *norme* (en dehors d'un cas d'application, contrôle « abstrait », *supra*, n° 234), en revanche, le Tribunal fédéral peut annuler la norme litigieuse si elle se révèle contraire à la Constitution.

236. *L'immunité des lois fédérales et des traités internationaux.* – Le pouvoir de décision du Tribunal fédéral connaît toutefois une limite importante, puisque deux types d'actes sont soustraits à la juridiction constitutionnelle. Selon l'art. 191 Cst.<sup>21</sup>, « le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international ». Aussi les autorités doivent-elles appliquer les lois fédérales et les traités internationaux, même s'ils se révèlent contraires à la Constitution fédérale. En vertu de ce principe, appelé « immunité des lois fédérales et des traités internationaux »<sup>22</sup>, le Tribunal fédéral ne peut donc décider de ne pas appliquer les dispositions des lois fédérales et du droit international applicable en Suisse qui violeraient l'art. 8 al. 2 Cst.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'immunité s'étend également aux constitutions cantonales<sup>23</sup> et aux normes inférieures, notamment aux ordonnances fédérales et aux lois cantonales, qui exécutent des règles légales immunisées ou qui sont en « étroite connexité » avec celles-ci<sup>24</sup>.

237. *Pas d'immunité des lois par rapport au droit international.* – En revanche, l'art. 191 n'établit pas de règle de conflit entre la législation interne

<sup>21</sup> Art. 190 dans la version du 12 mars 2000 (FF 1999 7831), qui entrera en vigueur ultérieurement : RO 2002 3147.

<sup>22</sup> Sur ce principe, voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1814 ss ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 2086 ss ; KÄLIN, *staatsrechtliche Beschwerde*, 9 ss ; SCHERRER Thomas, *Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV*, thèse St. Gall, Buttikon SZ, 2001. Pour une réflexion nuancée, basée sur l'interprétation systématique de la Constitution, voir BIAGGINI Giovanni, *Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtssprechung*, thèse, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1991, 439 ss, et AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*

<sup>23</sup> Pour le motif qu'elles sont contrôlées par l'Assemblée fédérale (garantie fédérale, art. 51 al. 2 Cst.) : ATF 112 Ia 208, 218, *Kritisches Forum Schwyz*.

<sup>24</sup> ATF 116 Ib 284, 298, *FTMH* (ordonnance d'exécution de la loi fédérale sur le travail qui interdisait le travail de nuit pour les femmes) ; 106 Ib 182, 190, *Henggeler* (statuts de la Caisse fédérale d'assurance qui présente une « étroite connexité » avec les dispositions, immunisées, de la LAVS sur l'âge de la retraite, différent pour les hommes et les femmes) ; sur des normes cantonales, voir : ATF 119 Ia 241, 246, *A. S.*, et 126 I 1, 5, *B.* (étroite connexité niée).

et le droit international. Par conséquent, cette disposition n'a pas pour effet que les lois fédérales seraient également immunisées par rapport au droit international. En vertu du principe de la primauté du droit international (cf. art. 5 al. 4 Cst.), les dispositions d'une loi fédérale contraires à un traité international – et notamment contraires à une norme protégeant les droits de l'homme – ne peuvent donc pas être appliquées<sup>25</sup>.

Voir toutefois la jurisprudence *Schubert*, où le Tribunal fédéral fait prévaloir une loi fédérale postérieure lorsque le législateur a sciemment et volontairement dérogé à un traité. Cette jurisprudence est au centre d'une vive controverse en doctrine et certains arrêts récents semblent annoncer un revirement de cette jurisprudence<sup>26</sup>.

238. *Le noyau dur des droits fondamentaux, limite de l'immunité ?* – Selon certains auteurs, l'immunité des lois fédérales et des traités internationaux n'oblige pas le Tribunal fédéral à appliquer des normes qui violeraient le noyau intangible d'un droit fondamental<sup>27</sup>. La garantie de l'essence même des droits fondamentaux (art. 36 al. 4 Cst.) constituerait alors une limite absolue et infranchissable, quelle que soit la norme qui contiendrait la violation de cette garantie. Le conflit entre la garantie absolue des noyaux intangibles (art. 36 al. 4 Cst.) et l'immunité des lois fédérales et des traités internationaux (art. 191 Cst.) devrait, selon ces auteurs, être résolu en faveur de la garantie du noyau intangible, sur la base d'une interprétation systématique de la Constitution et, notamment, de la concordance entre les normes constitutionnelles (*praktische Konkordanz*<sup>28</sup>).

Cette position est convaincante. La garantie de l'essence des droits fondamentaux est une des valeurs les plus fondamentales de notre ordre juridique. Elle tend à protéger l'essence même de la dignité des êtres humains, qu'on ne

<sup>25</sup> AUER/MALINVERNI/HÖTTELIER, *Vol. I*, n° 1838 ss ; ATF 117 Ib 367, 369 ss, *Erben X* ; 124 II 480, 487, *Erben P.* ; 125 II 417, 425, *A. (PKK)*.

<sup>26</sup> Cf. *supra*, n° 41.

<sup>27</sup> BIAGGINI (note 22), 445 ss ; KÄLIN, *staatsrechtliche Beschwerde*, 18 s. ; J. P. MÜLLER, *Verfassung und Gesetz*, 127 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, 176 et 323 ss. Voir également SCHERRER (note 22), 341.

Selon SCHEFER, *Kerngehalte*, 176, le constituant lui-même ne pourrait pas déroger à la protection de l'essence d'un droit fondamental : « Die Bundesverfassung kann nicht anordnen, dass grundrechtliche Kerngehalte verletzt werden ».

<sup>28</sup> Sur la concordance entre libertés et immunité des lois fédérales, voir par exemple BIAGGINI (note 22), 440 ss ; SCHERRER (note 22), 236 ss ; sur la concordance en général : HANGARTNER, *Grundzüge I*, 36.

saurait en aucun cas leur nier. L'immunité des lois fédérales, en revanche, est une norme d'organisation, portant sur un aspect de la séparation des pouvoirs. Elle en est une des consécutions possibles, d'autres sont régulièrement proposées dans le débat politique. À la différence de l'idée même de la protection du noyau dur des droits fondamentaux, le principe de l'immunité des lois fédérales ne repose pas sur un consensus général et elle n'a pas la même importance fondamentale pour l'Etat de droit. Dans une interprétation systématique de la Constitution, ce principe ne saurait l'emporter devant l'essence même des droits fondamentaux et devrait au contraire lui céder le pas. Par conséquent, les violations du noyau dur d'un droit fondamental par le législateur ne sauraient être soustraites à la sanction du juge constitutionnel<sup>29</sup>.

Selon la conception soutenue dans cette étude, l'interdiction de la discrimination ne constitue pas, en elle-même, le noyau dur d'un droit fondamental, en l'occurrence de l'égalité de traitement (voir *supra*, n° 215). Ainsi, quelle que soit la réponse à la question posée, l'art. 8 al. 2 ne l'emporte pas, dans son ensemble, devant l'art. 191 Cst. En revanche, comme indiqué, certaines discriminations systématiques particulièrement graves, pourraient constituer le noyau intangible de l'art. 8 (par exemple une discrimination raciale systématique, telle que l'*apartheid*). De telles discriminations violeraient à la fois l'essence de l'art. 8 Cst. et la dignité humaine (art. 7 Cst.). Si l'on suit la position des auteurs cités, elles ne pourraient, en dépit de l'art. 191 Cst., être appliquées, même si elles sont ancrées dans une loi fédérale.

<sup>29</sup> Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question. Mais on voit mal comment la Cour suprême pourrait appliquer une loi fédérale qui violerait le noyau dur d'un droit fondamental. La question ne se posera toutefois probablement jamais, puisque, de toute façon, la violation d'un noyau dur d'un droit fondamental par le législateur fédéral devrait être une hypothèse extrêmement rare et elle se heurterait généralement déjà aux limites posées par le droit international (CEDH et autres conventions, voire même le *ius cogens*). Cf. : KÄLIN, *staatsrechtliche Beschwerde*, 19.

## Section 4

# La qualité pour recourir

### 1. La problématique de l'intérêt juridiquement protégé

239. *L'intérêt du recourant.* – Une des conditions de recevabilité des moyens de droit devant le Tribunal fédéral est – comme pour tout recours – la qualité pour agir des recourants. À part la capacité pour ester en justice, qui ne présente pas de particularités dans notre contexte, les recourants doivent avoir un intérêt individuel à ce que l'acte attaqué soit annulé ; le « recours populaire », qui permettrait à tous les justiciables de faire contrôler la bonne application du droit, même sans intérêt personnel, est exclu en droit suisse (sous réserve de rares exceptions).

Ainsi, pour invoquer la violation d'un droit constitutionnel devant le Tribunal fédéral, le justiciable doit avoir un intérêt *personnel et actuel* à ce que la décision ou la norme attaquée soit annulée ou modifiée.

Selon le type de recours interjeté (*supra*, n° 233 s.), la législation fédérale exige en plus que cet intérêt soit « *digne de protection* », pour le cas du recours de droit administratif (art. 103, lit. a, OJ), ou « *juridiquement protégé* », pour le recours de droit public (cf. art. 88 OJ)<sup>30</sup>. La première condition ne pose généralement que peu de problèmes : lorsqu'un recourant a un intérêt personnel, de fait, cet intérêt est généralement digne de protection. En revanche, la question de savoir si un recourant a ou non un intérêt juridiquement protégé est devenue une des difficultés procédurales majeures du recours de droit public.

240. *L'intérêt juridiquement protégé.* – Selon l'art. 88 OJ, une personne qui veut interjeter un recours de droit public doit être lésée dans un droit<sup>31</sup>. Elle doit être touchée dans une position protégée par l'ordre juridique, c'est-à-dire dans un droit qui lui est accordé, soit par la législation, soit par la Constitution.

---

<sup>30</sup> AUER, *Juridiction constitutionnelle*, n° 193 ss.

<sup>31</sup> Le texte français de cette disposition (« lésé ») est, à cet égard, incomplet, il faut lire : « lésé dans un droit », en allemand : « Rechtsverletzungen ».

Un tel droit peut découler notamment des droits fondamentaux. Ces derniers garantissent au particulier une sphère de liberté, un certain traitement ou, éventuellement, une prestation. Aussi un acte étatique touche-t-il une position juridiquement protégée du particulier lorsqu'il tombe sous le champ d'application matériel d'un droit fondamental : il rentre alors dans ce qu'on appelle la « sphère de protection » (*Schutzbereich*) du droit fondamental en question. Pour savoir si un droit fondamental est touché, il faut par conséquent connaître sa « sphère de protection ».

241. *Tous les droits fondamentaux couvrent une « sphère de protection ».* – Tous les droits fondamentaux garantissent une sphère juridique de protection<sup>32</sup> :

- Pour ce qui est des *libertés*, leurs « sphères de protection » couvrent toujours un domaine délimité de l'activité humaine : le droit de s'exprimer ou de publier des informations, la liberté de croire ou de ne pas croire, l'exercice libre d'une activité lucrative privée, etc. Lorsque l'activité d'un particulier entre dans une telle sphère de protection, toute ingérence de l'Etat dans cette activité touche le particulier dans un droit protégé par la Constitution.
- Les *garanties de l'Etat de droit* (le principe d'égalité, l'interdiction de l'arbitraire, les garanties de procédure, etc.), elles, ne couvrent pas un domaine délimité, mais s'appliquent aux rapports entre les particuliers et la collectivité publique dans l'ensemble des activités humaines. Elles ont ainsi un effet transversal et déterminent, de manière générale, le comportement des organes étatiques (*Querschnitts-Schutzfunktion*)<sup>33</sup>. Cela ne veut cependant pas dire qu'elles n'accordent pas des droits juridiquement protégés et qu'elles ne connaissent pas une « sphère de protection ». La Constitution confère au particulier un droit subjectif à ce que l'Etat respecte certains principes, notamment qu'il ne le traite pas de manière arbitraire, qu'il respecte des règles de procédure, qu'il respecte le principe

<sup>32</sup> Sur la classification des droits fondamentaux en « libertés », « garanties de l'Etat de droit », « droits sociaux » et « droits politiques », voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. II*, n° 4 ss, et HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 209 ss.

<sup>33</sup> G. MÖLLER, *Commentaire*, n° 19.

d'égalité, qu'il renonce à des traitements discriminatoires<sup>34</sup>, etc. Lorsqu'une telle garantie de l'Etat de droit a été violée, le justiciable est donc touché dans un droit juridique protégé par la Constitution<sup>35</sup>.

Aussi, lorsqu'un acte étatique restreint une liberté fondamentale ou touche les garanties constitutionnelles de l'Etat de droit, la personne touchée a-t-elle en principe qualité pour recourir au sens de l'art. 88 OJ<sup>36</sup>.

## 2. La jurisprudence du Tribunal fédéral

242. *Une attitude restrictive.* – Cependant, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, tous les droits fondamentaux n'accordent pas, à eux seuls, une sphère juridique protégée : pour la Cour suprême, les garanties de l'Etat de droit ne définissent pas toutes une sphère juridique de protection indépendante. En d'autres termes, lorsqu'une personne se voit par exemple traitée de façon arbitraire, elle doit, pour pouvoir recourir devant le Tribunal fédéral, être touchée par l'acte en question dans un autre droit subjectif. Ce droit peut découler de la législation, fédérale ou cantonale<sup>37</sup>, ou d'un droit fondamental ayant, lui, une sphère de protection limitée à un domaine précis de l'activité humaine (notamment une liberté<sup>38</sup>).
243. *La jurisprudence relative à l'interdiction de l'arbitraire.* – Cette jurisprudence a été développée par le Tribunal fédéral en première ligne dans le contexte de l'interdiction de l'arbitraire, qui, selon la Cour suprême, ne donnerait pas à elle seule qualité pour recourir<sup>39</sup>. Aussi, par exemple, les

---

<sup>34</sup> Voir, pour la définition de la « sphère de protection » de l'interdiction de la discrimination, *supra*, n° 200 ss.

<sup>35</sup> KÄLIN, *Verfahrensrecht*, 279 s. ; ROULLER, *Protection*, n° 15.

<sup>36</sup> KÄLIN, *Verfahrensrecht*, 274 ss, spéc. 287 s. ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 478 ss ; ROULLER, *Protection*, n° 15 ; THÜRER Daniel, *Das Willkürverbot nach Art. 4 BV*, RDS 1987 II, 413 – 533.

<sup>37</sup> Exemple : le refus arbitraire d'une demande d'autorisation de construire, lorsqu'une loi cantonale sur les constructions accorde au particulier un droit à obtenir une autorisation si les conditions légales sont remplies.

<sup>38</sup> Exemple : une restriction, arbitraire, de la liberté religieuse.

<sup>39</sup> ATF 99 Ia 317, 321 s., *Brozicek* ; 105 Ia 274, *Dr. X* ; 106 Ib 125, 132 s., *Shala* ; 107 Ia 343, *W.* ; 110 Ia 78, *G. et M.T.* ; 117 Ia 90, 93, *X.* ; 122 I 44, *Rudolf Kreis* ; 123 I 279, 280, *S.*

étrangers qui se voient confrontés à un refus arbitraire de leur demande de naturalisation n'ont-ils, en principe, pas de moyen contre cette décision, puisque la législation fédérale ne leur accorde pas un droit à se voir naturaliser.

Le Tribunal fédéral a maintenu cette jurisprudence, malgré des critiques quasi unanimes<sup>40</sup>, et il l'a confirmée récemment, sous l'empire de la nouvelle Constitution<sup>41</sup>. Cette confirmation n'allait pas de soi, puisque l'interdiction de l'arbitraire a été érigée par le constituant, lors de la révision totale de la Constitution fédérale, en droit constitutionnel indépendant : dans la nouvelle Constitution, la règle n'est plus implicitement comprise dans l'article consacrant l'égalité de traitement, comme c'était le cas sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874, mais elle est garantie par un article spécial (art. 9). La volonté de l'Assemblée fédérale était d'assurer que l'interdiction de l'arbitraire – garantie fondamentale et essentielle de tout Etat de droit – donnerait, à elle seule, qualité pour recourir<sup>42</sup>. Confronté au refus du Tribunal fédéral de changer sa jurispru-

<sup>40</sup> HUBER Hans, *Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1972*, in : RSJB 1973, 441 – 501, 495 s. ; KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, 239 ss ; KNAPP, *Principes*, 173 ss ; G. MÜLLER, *Commentaire*, n° 58 ; MÜLLER Georg, *Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle*, in : Mélanges Hans Huber, Berne, 1981, 109 – 125, 123 ss ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 478 ss ; ainsi que les références citées par ROUILLER Claude, *La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat*, RDS 1987 II, 225 – 411, 371, note 411. Pour ROUILLER, *op. cit.*, 370 ss, ce système, « qui paraît faire du plus élémentaire de tous les droits fondamentaux une garantie de second plan » (371), est toutefois motivé par des raisons pratiques défendables. Un résumé des positions de la doctrine se trouve dans l'ATF 126 I 81, 86 s., P.

<sup>41</sup> ATF 126 I 81, P., à propos de la prolongation de l'autorisation de séjour d'un étranger. Le Tribunal fédéral estimait que le Parlement aurait dû se prononcer plus clairement en faveur d'un changement de jurisprudence et que « seule une refonte globale des voies de recours au Tribunal fédéral permettra d'assurer un système cohérent » (94). L'arrêt a été critiqué par la doctrine, voir, par exemple, RHINOW, *Bundesverfassung*, 150 s., et ROUILLER, *Protection*, n° 15. Voir aussi ATF 126 II 377, 388, F.A. et A.A., toujours concernant le droit des étrangers, ainsi que l'arrêt du 7 juillet 2000, publié in : RDAF 2000, 450 s., à propos de la qualité pour recourir des voisins.

<sup>42</sup> Intervention de M. Inderkum, rapporteur de la commission, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 40. Voir également : KÄLIN, *Verfahrensrecht*, 274 ss ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 480 ; RHINOW, *Bundesverfassung*, 149 ss ; Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire « Droit de recours contre les décisions de naturalisation discriminatoires », du 25 octobre 2001, FF 2002 1114, 1119 ; Message Nationalité, 1861.

dence – motivé notamment par la volonté d'endiguer l'afflux de recours pour arbitraire –, l'Assemblée fédérale se verra obligée de mentionner expressément dans la législation que l'interdiction de l'arbitraire confère la qualité pour recourir<sup>43</sup>.

244. *La qualité pour recourir concernant le principe d'égalité.* – Quant au principe d'égalité, ni la doctrine ni la jurisprudence ne donnent une réponse claire à la question de savoir si ce principe, qui constitue lui aussi une garantie de l'Etat de droit à effet transversal, est un droit indépendant, c'est-à-dire qu'il accorde à lui seul qualité pour recourir. Dans quelques arrêts du Tribunal fédéral, le sort procédural du principe d'égalité suit celui de l'interdiction de l'arbitraire<sup>44</sup> ; dans d'autres, la Cour suprême entre en matière sur le grief de la violation de l'art. 4 aCst., même dans le cas où aucun autre droit protégé par la législation ou la Constitution n'est mis en cause<sup>45</sup> ; enfin, dans un arrêt du 19 juin 2000, la question a été explicitement laissée ouverte<sup>46</sup>.

La doctrine ne traite généralement la question de l'intérêt juridiquement protégé que dans le contexte de l'arbitraire et non dans celui du principe d'égalité<sup>47</sup>. Walter KÄLIN, toutefois, considère que le principe d'égalité accorde un intérêt juridiquement protégé<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Ce qui est maintenant proposé, pour la loi sur la nationalité, par la Commission des institutions politiques du Conseil national (rapport [note 42], 1119 et 1124) et par le Conseil fédéral (Message Nationalité, 1861 s. et 1908).

<sup>44</sup> ATF 126 I 81, 86, P. ; 112 Ia 174, 178, X. ; 105 Ia 275, 271, Dr. X. (qui se bornent tous à la remarque : « Was für das Willkürverbot gilt, muss auch massgebend sein für das Gebot der rechtsgleichen Behandlung »).

Dans l'ATF 108 Ia 22, 27, Fischer, le Tribunal fédéral entendait limiter la qualité pour recourir de la même manière pour l'art. 4 al. 2 aCst. ; cette jurisprudence a été critiquée vivement par MORAND, *L'érosion*, 99 ss, et elle n'a pas été poursuivie ultérieurement.

<sup>45</sup> ATF 95 I 497, Hasler, concernant une loi cantonale sur la pêche qui ne prévoit pas de droit à l'octroi d'un permis de pêche.

<sup>46</sup> Arrêt 2P.132/2000 (non publié), G., du 19 juin 2000, cons. 2c/aa.

<sup>47</sup> Voir, par exemple, HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 268 ss ; RHINOW, *Bundesverfassung*, 138 ss ; WEBER-DÖRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, 660 ss.

<sup>48</sup> KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, 239 ss ; KÄLIN, *Verfahrensrecht*, 287 s. G. MÜLLER, *Commentaire*, n° 15, semble aller dans le même sens.

### 3. L'interdiction de la discrimination, un droit indépendant

245. Pour ce qui est de l'interdiction de la discrimination, il n'existe pas encore de réponse du Tribunal fédéral à la question de savoir si l'art. 8 al. 2 accorde, à lui seul, qualité pour interjeter un recours de droit public<sup>49</sup>. À l'instar du principe d'égalité ou de l'interdiction de l'arbitraire, l'interdiction de la discrimination ne protège pas un domaine précis de l'activité humaine, mais elle couvre les rapports des particuliers avec les collectivités publiques dans tous les domaines. Elle a donc aussi une « Querschnittsfunktion ».

Cependant, l'interdiction de la discrimination doit être considérée comme un droit indépendant, conférant par lui-même une position juridiquement protégée. Ce que la doctrine a soutenu pour l'interdiction de l'arbitraire vaut tout autant pour l'interdiction de la discrimination. L'art. 8 al. 2 Cst. consacre un principe fondamental de l'Etat de droit ; principe qui fait même partie, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, de l'ordre public suisse<sup>50</sup>. Une discrimination est une violation qualifiée de l'égalité et constitue une atteinte grave aux droits fondamentaux, touchant la dignité humaine. On ne saurait donner à une disposition protectrice aussi importante une portée procédurale limitée. La mise en œuvre d'un droit qui a pour objet des valeurs essentielles de notre société ne peut dépendre de l'existence de droits accordés par des normes de rang inférieur. Un acte qui établit une distinction dépréciative – par exemple du fait de la race d'une personne –, touche le justiciable dans une position protégée peu importe à cet égard que l'acte en question relève d'un domaine où la législation lui confère des droits subjectifs ou non. Par conséquent, l'art. 8 al. 2 Cst. confère par lui-même un intérêt juridiquement protégé<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> La jurisprudence a laissé ouverte la question de la qualité pour recourir pour le grief de la discrimination : arrêt du Tribunal fédéral du 19 juin 2000 (2P.132/2000, non publié), *G.*, cons. 2c/aa ; voir également l'*obiter dictum* dans l'ATF 122 I 44, 48, *Rudolf Kreis*. Cf. aussi : Message Nationalité, 1826.

<sup>50</sup> *Supra*, n° 116.

<sup>51</sup> C'est d'ailleurs ce qu'admet la doctrine qui s'est prononcée à ce sujet : KÄLIN, *Verfahren-srecht*, 287 s. ; ROULLER *Protection*, n° 15. On peut supposer que telle était également la volonté du constituant. La question de la qualité pour recourir n'a cependant pas été évoquée dans les débats parlementaires, mais l'Assemblée fédérale a donné à cette disposition une grande importance. La Commission des institutions politiques du Conseil national veut maintenant assurer que le grief de l'interdiction de la discrimination accorde la quali-

#### 4. La réforme de la justice

246. La réforme de la justice, entreprise au niveau fédéral depuis quelque temps<sup>52</sup>, pourrait modifier les données du problème dans les prochaines années. En effet, le Conseil fédéral propose, dans son projet relatif à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale qui se trouve actuellement devant les Chambres, de renoncer à l'exigence d'un intérêt juridiquement protégé pour le nouveau recours unifié en matière de droit public : pour avoir qualité pour recourir, un « intérêt digne de protection » sera suffisant<sup>53</sup>.

Toutefois, dans plusieurs domaines où la législation n'accorde pas des droits subjectifs aux justiciables, le recours serait exclu<sup>54</sup>. De la sorte, certains actes discriminatoires – ou arbitraires – (voir par exemple, en droit des étrangers, les cas de non-renouvellement d'autorisations de séjour) ne seront toujours pas exposés à un contrôle judiciaire de leur constitutionnalité, ce qui est déplorable. Il sera par conséquent nécessaire de prévoir la possibilité de recourir au Tribunal fédéral pour certains griefs – notamment la violation des art. 8 et 9 Cst. – dans les différentes lois concernées<sup>55</sup>.

---

té pour recourir contre les refus de naturalisations : rapport précité (note 42), 1119 et 1124.

- <sup>52</sup> La réforme de la justice entraînera une modification complète du chapitre 4 du titre 5 de la Constitution fédérale, relatif au Tribunal fédéral. Voir le Message Cst., 495 ss et 651 ss ; l'arrêté fédéral, du 8 octobre 1999, FF 1999 7831 ; et le résultat du scrutin, FF 2000 2814. Ces modifications, acceptées par le peuple et les cantons le 12 mars 2000, n'entreront en vigueur qu'au moment où leurs concrétisations dans la législation fédérale entreront en vigueur, cf. RO 2002 3147.
- <sup>53</sup> Art. 83 al. 1 du projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF) : message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001, FF 2001 4000, 4302.
- <sup>54</sup> Voir l'art. 78 du projet LTF, message (note 53), 4119 ss et 4300 s., qui énumère notamment les décisions concernant la sûreté intérieure et extérieure du pays ou certaines décisions en matière de droit des étrangers et en matière d'asile.
- <sup>55</sup> Ce qui est notamment prévu pour la LN pour ce qui concerne le refus discriminatoire ou arbitraire de naturalisation. Voir *infra*, n° 277 *in fine*.

Section 5

**La motivation du grief : le principe d'allégation**

247. *La violation de l'art. 8 al. 2 Cst. comme moyen de recours.* – En tant que Cour constitutionnelle, le Tribunal fédéral peut examiner, dans le recours de droit public comme dans le recours de droit administratif, si, et dans quelle mesure, un acte étatique viole l'art. 8 al. 2 Cst. :

- En vertu de l'art. 84 al. 1 OJ, le *recours de droit public* est recevable « pour violation de droits constitutionnels des citoyens ». À l'instar de ce qui vaut pour les art. 8 al. 1 et 3 Cst., l'interdiction de la discrimination est un droit constitutionnel au sens de cette disposition.
- La violation de l'art. 8 al. 2 constitue en outre une violation du droit fédéral au sens de l'art. 104, lit. a, OJ, ouvrant la voie du *recours de droit administratif*. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le recours de droit administratif qui sert à invoquer la violation d'un droit constitutionnel sera toutefois traité, pour ce qui concerne ce grief, et notamment concernant la motivation des moyens invoqués (principe d'allégation, *infra* n° 248), comme un recours de droit public<sup>56</sup>.

248. *Le principe d'allégation.* – En principe, le Tribunal fédéral applique le droit d'office. Toutefois, dans un recours de droit public – moyen de droit extraordinaire – le juge constitutionnel est limité par le principe d'allégation (*Rügeprinzip*) et n'examinera que les griefs que les recourants ont effectivement invoqués et suffisamment motivés. En effet, en vertu de l'art. 90 al. 1 OJ, l'acte de recours doit contenir « un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés, précisant en quoi consiste la violation » (lit. b). À cet égard, le Tribunal fédéral s'est montré de plus en plus exigeant<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Voir, par exemple, ATF 122 IV 8, 12, F.

<sup>57</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELLER, *Vol. I*, n° 2047 s. ; KÄLIN, *staatsrechtliche Beschwerde*, 365.

Dans l'ATF 116 la 345, 346 s., *Bar Amici*, par exemple, le Tribunal fédéral laisse entendre que l'acte attaqué pourrait éventuellement violer la liberté des langues, mais qu'il ne l'examinera pas sous cet angle, puisque les recourants n'avaient pas invoqué ce grief ;

Comme indiqué (*supra*, n° 247), le principe d'allégation vaut également pour le recours de droit administratif, lorsque ce dernier sert à invoquer la violation d'un droit constitutionnel.

249. *La motivation du grief de la discrimination.* – Il en découle qu'un recourant qui veut attaquer un acte pour violation de l'interdiction de la discrimination ne doit pas seulement invoquer la protection de l'art. 8 al. 2 en tant que telle, mais il doit, dans l'acte de recours, démontrer en quoi l'acte en question viole cette disposition.

Cette motivation du grief de la violation de l'art. 8 al. 2 doit répondre à deux niveaux d'approfondissement différents, selon qu'il s'agit ou non d'une distinction qui se rattache à un critère « suspect » :

- 1° *Si la distinction repose sur un critère « suspect »* (en principe ceux qui figurent à l'art. 8 al. 2 Cst.), le recourant peut se limiter à prouver que la distinction repose effectivement sur ce critère. La mesure est alors présumée dépréciative et, par conséquent, illicite. Il incombe par la suite à la collectivité publique de présenter une motivation particulièrement sérieuse à l'appui de la distinction, apte à renverser la présomption du caractère dépréciatif.

Néanmoins, le recourant aura intérêt à ne pas se limiter à démontrer le rattachement au critère suspect, mais à apporter également des arguments qui montrent que la mesure a des buts ou des effets dépréciatifs et de contrer déjà les arguments que l'autorité pourrait alléguer en soutien de la mesure.

- 2° *Lorsque la distinction ne repose pas sur un critère suspect*, le recourant doit démontrer en quoi la mesure a un caractère dépréciatif. Cette démonstration est évidemment plus difficile. Peuvent servir l'analyse des motifs de la mesure (notamment les travaux préparatoires), ainsi que l'examen de sa nécessité pour atteindre les buts poursuivis. Il incombe au recourant de démontrer que les motifs de l'acte en cause sont imprégnés d'un jugement de valeur négatif ou que les

---

dans l'ATF 118 Ia 184, 188 s., *Grüne Partei des Kantons Zürich*, il n'est pas entré en matière sur un grief qui n'a pas été suffisamment motivé dans l'acte de recours.

effets de la mesure le dénigrent ou lui refusent, de manière dépréciative, une protection accordée à d'autres personnes. Si ces arguments n'arrivent pas, dans leur ensemble, à démontrer le caractère dépréciatif de la distinction, la mesure ne constitue pas une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>58</sup>.

L'autorité devra par la suite présenter une motivation objective et sérieuse qui contredise les arguments des recourants et qui rende à la distinction un caractère non dépréciatif.

---

<sup>58</sup> Elle peut toutefois violer le principe général d'égalité, si elle ne repose pas sur un critère raisonnable.

---

## CHAPITRE II

### LES CRITERES « SUSPECTS »

250. *Plan.* – Ce chapitre est consacré à l'examen de situations concrètes qui pourraient constituer des discriminations au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. À l'aide des critères de distinction « suspects » énumérés par la Constitution, nous analyserons, après une brève présentation de leurs caractéristiques générales (section 1), les hypothèses visées par la Constitution les unes après les autres (sections 2 à 10). Pour chaque critère, l'analyse porte d'abord sur la notion, pour se tourner, par la suite, vers l'étendue de la protection juridique et se pencher, enfin, sur l'examen d'exemples concrets. Le choix des exemples, parmi un nombre illimité de situations, avait pour seuls guides, d'une part, l'intérêt personnel de l'auteur et, d'autre part, leur intérêt pour illustrer les concepts théoriques présentés.

#### Section 1

#### Les critères « suspects » en général

##### 1. Le rôle des critères « suspects »

251. *Le caractère dépréciatif est déterminant, non pas le critère (rappel).* – Tout d'abord, il convient de rappeler que les distinctions discriminatoires sont interdites, quel que soit le critère sur lequel elles se basent. Comme nous l'avons vu dans la définition présentée au n° 201, une distinction constitue une discrimination interdite dès lors qu'elle a un caractère dépréciatif, c'est-à-dire qu'elle a pour but ou pour effet de déprécier la personne qui en fait l'objet. En d'autres termes, ce qui rend une distinction

discriminatoire, c'est le caractère dépréciatif et non le critère en fonction duquel elle a été opérée (*supra*, n° 208).

Toutes sortes de critères pourraient ainsi être à la base de distinctions dépréciatives. Des distinctions établies en fonction d'un critère tout à fait « innocent », mais ayant un effet dépréciatif pour les personnes touchées, sont interdites par l'art. 8 al. 2 Cst., tout comme les distinctions dépréciatives qui reposent sur un critère comme la race ou un handicap. Ceci vaut également pour les discriminations « indirectes », qui ne se basent pas sur un critère énuméré à l'art. 8 al. 2, mais qui ont, avant tout, des effets sur un groupe protégé par la Constitution (voir *supra*, n° 217).

252. *La présomption d'illicéité (rappel)*. – Toutefois, l'histoire a montré que certains critères sont plus souvent à la base d'une inégalité inadmissible que d'autres. Selon la Constitution fédérale, ces critères ne devraient en principe pas être pris en compte par l'Etat ; ils sont donc « suspects », et, à première vue, impropres à justifier des distinctions<sup>1</sup>. Aussi la Constitution établit-elle une présomption : les différenciations en fonction de tels critères sont présumées être dépréciatives. Il incombe aux autorités de présenter une motivation sérieuse et de démontrer qu'elles n'ont ni but ni effet dépréciatif (voir *supra*, n° 210).

253. *Une différenciation nécessaire*. – Il faudra cependant admettre que la présomption n'est pas la même pour tous les critères. Autrement dit, pour certains critères les autorités arriveront plus facilement à démontrer le caractère non-dépréciatif des distinctions que pour d'autres<sup>2</sup>. Aussi faudra-t-il examiner la protection juridique accordée par la Constitution séparément pour chacun des critères de l'art. 8 al. 2 :

«Die skizzierte Vielfalt der Diskriminierungstatbestände lässt vermuten, dass zu jedem Tatbestand eine besondere Dogmatik entwickelt werden muss.»<sup>3</sup>

Ces nuances seront examinées séparément dans les sections suivantes, pour chacun des critères.

<sup>1</sup> Cf. Message Cst., 144.

<sup>2</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 140 : « [p]ar la force des choses, des nuances paraîtront inévitables (...) : les dérogations à l'égalité des sexes ne se mesureront pas au même étalon que les exceptions dues à l'âge ou aux handicaps physiques et mentaux ».

<sup>3</sup> RHINOW, *Bundesverfassung*, 144.

254. *Les critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst.* – Une série de critères « suspects » figure à l'art. 8 al. 2. Cette disposition énumère des qualités personnelles dont l'expérience du siècle dernier a montré qu'elles étaient souvent propres à conduire à des distinctions et à des discriminations inadmissibles<sup>4</sup>. Le constituant voulait ainsi attirer l'attention sur le risque de discriminations auquel sont exposés certains groupes spécifiques de la population<sup>5</sup>. La liste actualise, en quelque sorte, les exemples qui figuraient à l'ancien art. 4 al. 1, deuxième phrase, de la Constitution de 1874<sup>6</sup>. La liste a toutefois plus qu'une importance symbolique, puisque la présence d'un critère à l'art. 8 al. 2 Cst. entraîne, comme nous l'avons vu, une présomption d'illicéité.
255. *La non-exhaustivité de la liste.* – L'énumération de l'art. 8 al. 2 Cst. n'est pas exhaustive. L'utilisation du terme « notamment »<sup>7</sup> montre, sans ambiguïté, le caractère exemplaire de l'énumération : des expressions comme « notamment » ou « en particulier » annoncent toujours une liste non exhaustive. Les travaux préparatoires<sup>8</sup> et la doctrine<sup>9</sup> ne laissent subsister

<sup>4</sup> Message Cst., 144 s. : « [i]l s'agit de ceux dont l'histoire récente a encore montré qu'ils sont souvent à l'origine de discriminations (le sexe, la langue, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques) et ceux dont le caractère inadmissible ne peut être déduit directement d'un autre droit fondamental expressément garanti dans le projet (la race ou l'origine) ».

<sup>5</sup> Intervention de M. Rhinow, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 36 : « Das „wegen“ ist das Entscheidende der Diskriminierung und nicht nur das nackte Wort „Diskriminierung“ für sich allein. Deshalb hat die Bundesverfassung von 1848 und haben auch andere Verfassungen wie neuere internationale Menschenrechtspakte immer besondere Fälle von Diskriminierungen aufgezählt, bei denen es darum ging, historische oder aktuell erlebte Benachteiligungen zu verbieten oder möglichst zu verhindern ». Selon Mme Hubmann, rapporteuse de la commission du Conseil national, l'énumération a notamment pour but de permettre au public de se rendre compte de certaines discriminations : *ibid.*, N 172 s. ; pour Arnold Koller, conseiller fédéral, la Constitution a érigé des « Warnlampen » : *ibid.*, N 174.

<sup>6</sup> Les « sujets », les « privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles » ; cf. Message Cst., 145.

<sup>7</sup> « Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de... »

<sup>8</sup> Voir le Message Cst., 145, et les interventions de M. Inderkum, rapporteur de la commission, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 33, de Mme Beerli, *ibid.*, E 33, de Mme Simmen, *ibid.*, E 35, de Mme Brunner, *ibid.*, E 37, de M. Leuenberger, conseiller fédéral, *ibid.*, E 38, de M. Pelli, rapporteur de commission, *ibid.*, N 153, de M. Dettling, *ibid.*, N 161, de M. Loretan, *ibid.*, N 162, de M. Keller, *ibid.*, N 163, de Mme Vallender, *ibid.*, N 166, de Mme Hubmann, rapporteuse de la commission, *ibid.*, N 173, et de M. Koller, conseiller fédéral, *ibid.*, N 173.

aucun doute à cet égard. Les principaux instruments internationaux posant le principe de non-discrimination contiennent d'ailleurs également une liste exemplaire et non exhaustive<sup>10</sup>.

Une liste exhaustive aurait trop réduit la portée de la disposition. Les droits fondamentaux doivent rester dynamiques et leur protection ne peut reposer uniquement sur les attitudes du constituant historique. Les discriminations actuelles reposent souvent sur des considérations (encore) largement répandues dans la société. Aussi, même si un traitement particulier n'est pas reconnu actuellement comme discriminatoire par la majorité et qu'aucune expérience historique n'existe à cet égard, des actes qui établissent des distinctions dépréciatives sont-ils inacceptables. Sinon, l'interdiction de la discrimination s'alignerait « simplement sur les préjugés d'une époque »<sup>11</sup>.

La présomption d'illicéité pourrait ainsi également s'établir pour des distinctions en fonction d'autres critères, non énumérés par l'art. 8 al. 2. Mais quels pourraient être ces critères « suspects » non énumérés par la Constitution fédérale, dont l'utilisation entraînerait la présomption d'illicéité ? Pour répondre à cette question, il convient d'analyser d'abord les caractéristiques communes des critères qui figurent à l'art. 8 al. 2 Cst.

## 2. Les caractéristiques des critères « suspects »

256. *Les traits communs des critères énumérés par l'art. 8 al. 2.* – Les critères qui figurent à l'art. 8 al. 2 Cst. se distinguent fortement les uns des autres. Certains se réfèrent à des qualités biologiques (le sexe, l'âge et les déficiences, la race et le mode de vie, en tant que ce dernier vise l'homosexualité), d'autres à des circonstances socioculturelles (l'origine, la langue, la situation sociale, partiellement le mode de vie, éventuellement la

<sup>9</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1037 ; GRISEL, *Egalité*, n° 139 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 419 ; RHINOW, *Bundesverfassung*, 139.

<sup>10</sup> Voir la présentation dans la première partie, ainsi que BOSSUYT, *Discrimination*, 56 ss, et GUYAZ, *Discrimination raciale*, 33.

<sup>11</sup> « Dans cette perspective, il suffirait que le racisme se développe assez largement pour que les discriminations en fonction de la race deviennent légitimes » : MORAND, *L'érosion*, 75, dans le contexte de l'art. 4 aCst., en critiquant l'ATF 103 Ia 517, *Loup*.

Bien évidemment, le dépassement de telles discriminations a finalement toujours besoin d'une prise de conscience générale dans la société (cf. TSCHANNEN/KIENER, *Gehörlose*, 411 s.) ; toutefois, les tribunaux peuvent et doivent, en vertu de la tâche que leur a impartie l'art. 8 al. 2 de la Constitution, être à l'avant-garde de ce processus.

race), d'autres encore aux conceptions intellectuelles d'une personne (les convictions). Certains désignent des groupes sociaux distincts (comme les minorités linguistiques ou religieuses), d'autres décrivent uniquement des qualités individuelles (par exemple les déficiences). Certaines qualités ne peuvent en aucun cas être modifiées, d'autres le peuvent, au moins théoriquement.

Cependant, tous ces critères décrivent des qualités très personnelles, inhérentes à l'être humain. Il leur est commun qu'ils ne sont pas modifiables ou que l'ordre juridique ne permet pas d'exiger des titulaires qu'ils les modifient. Des distinctions qui se basent sur un des critères énumérés touchent la personne qui en fait l'objet d'une manière particulièrement dégradante, en la rendant « prisonnière » de qualités qui lui sont inhérentes et qui déterminent, en partie au moins, sa personnalité<sup>12</sup>. De telles distinctions jugent la personne sur la base de sa personnalité même, par conséquent, en fonction de ce qu'elle « est » et non de ce qu'elle fait<sup>13</sup>.

Les critères qui figurent dans la Constitution sont des qualités personnelles dont l'expérience récente montre qu'elles ont souvent servi à la stigmatisation de personnes ou de groupes sociaux. Le constituant les a mis dans la Constitution, parce qu'il existe un large consensus dans la société qui admet que ces qualités ne devraient en principe pas avoir d'influence sur les relations entre l'Etat et les justiciables.

257. *Les caractéristiques des critères « suspects » en général.* – Il se dégage de ce qui précède que les critères « suspects » se déterminent avant tout par trois caractéristiques<sup>14</sup> :

- 1° Il s'agit de qualités personnelles inhérentes à l'être humain qui ont une importance considérable dans la définition de sa personnalité.
- 2° Ces qualités ne peuvent pas être modifiées par l'individu ou, en fonction des valeurs fondamentales de la Constitution, leur modification ne peut pas être exigée de lui.

---

<sup>12</sup> KÄLIN/CARONI, *Verbot*, 76 s.

<sup>13</sup> SCHEFER, *Kerngehalte*, 489 : « solche Benachteiligungen treffen den Einzelnen (...) bedeutend intensiver als jene Differenzierungen, auf die der allgemeine Gleichheitssatz zugeschnitten ist ».

<sup>14</sup> Voir également les définitions chez HANGARTNER, *Partnerschaft*, 257, et TSCHANNEN/KIENER, *Gehörlose*, n° 39.

3° Il s'agit de critères qui, *a priori*, ne devraient jouer aucun rôle dans les rapports entre l'Etat et le particulier et qui ne devraient, par conséquent, pas être à la base de distinctions entre les citoyens.

258. *La liste proposée par le Conseil fédéral.* – Ces éléments constitutifs valent pour les critères de l'origine (appartenance à une famille, droit de cité, origine nationale, ethnie), de la race, du sexe, de la langue, de la situation sociale, du mode de vie, en tant qu'il vise l'orientation sexuelle ou les gens du voyage, des convictions et des déficiences. Ces qualités sont étroitement et inséparablement liées à la personnalité, elles ne peuvent pas ou que très difficilement être modifiées et, selon un large consensus, ce ne sont *a priori* pas des critères pertinents pour établir des distinctions. Seules les convictions (et, très éventuellement, la langue) pourraient être modifiées par une personne ; mais l'exigence d'une telle modification contredirait des valeurs fondamentales de notre Etat.

259. *Les deux critères ajoutés par l'Assemblée fédérale.* – En revanche, les deux critères ajoutés par les Chambres posent certains problèmes :

- L'âge constitue certes une qualité très personnelle, non modifiable. Mais il n'existe pas de consensus selon lequel il s'agirait d'un critère qui ne devrait, *a priori*, pas servir de base pour des distinctions. Qu'on pense à l'âge d'entrée à l'école, à la protection des mineurs, à la majorité civile et politique, à l'âge de la retraite : des distinctions en fonction de l'âge sont incontestées et s'imposent parfois même.
- Le deuxième critère ajouté, le *mode de vie*, pose un autre problème. En tant qu'il vise autre chose que l'orientation sexuelle<sup>15</sup> ou éventuellement les gens du voyage, notamment lorsqu'il vise la vie en communauté d'habitation ou en concubinage, ce critère ne désigne pas une qualité inhérente à la personne. Il s'agit plutôt d'un choix, parfois passager, qui ne constitue pas nécessairement un élément constitutif de la personnalité. Néanmoins, ce critère ne devrait *a priori* pas influencer les rapports entre l'Etat et le particulier.

<sup>15</sup> Des propositions d'utiliser ce dernier terme ont été refusées par l'Assemblée fédérale : *supra*, n° 188.

Les deux critères ajoutés par l'Assemblée fédérale ne remplissent donc que partiellement les éléments constitutifs des critères « suspects ». On y reviendra (voir *infra*, sections 5 et 8).

### 3. Les autres critères « suspects »

260. *L'admission de nouveaux critères « suspects »*. – Les autorités et notamment le Tribunal fédéral pourront donc admettre l'existence d'autres critères « suspects », ne figurant pas à l'art. 8 al. 2 Cst. Les distinctions qui s'y rattachent seraient, par la suite, également présumées dépréciatives et, partant, illicites. Les caractéristiques décrites des critères « suspects » (*supra*, n° 257) permettent de limiter cette reconnaissance à des situations très claires, sans toutefois négliger l'aspect dynamique de l'interdiction de la discrimination, dont un rôle important est justement de pouvoir s'opposer aux conceptions « dominantes ». Vu la conséquence importante d'une telle reconnaissance, une certaine retenue à cet égard se justifie sans doute.
261. *Des exemples*. – L'énumération de l'art. 8 al. 2 est très large et couvre de manière assez complète les cas actuels de discriminations. Il est par conséquent difficile d'imaginer d'autres critères « suspects », non énumérés par la Constitution et de désigner les « candidats » potentiels qui pourraient être déclarés, demain, critères suspects.

Voici toutefois deux exemples :

- *Les enfants « naturels »*. En accord avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 14 CEDH<sup>16</sup>, il ne serait sans doute pas admissible d'établir des distinctions du fait du mariage ou non des parents d'une personne. L'état civil des parents est un facteur qui ne peut être modifié par l'enfant, il s'agit d'une qualité étroitement liée à lui et qui ne devrait pas jouer de rôle dans ses rapports avec l'Etat. Aussi l'état civil des parents peut-il être considéré comme cri-

---

<sup>16</sup> CourEDH, arrêts *Marckx c. Belgique*, du 13 juin 1979, série A, n° 31, §§ 38 ss et 54 ss, *Inze c. Autriche*, du 28 octobre 1987, série A, n° 126, §§ 36 ss, et *Vermeire c. Belgique (au principal)*, du 29 novembre 1991, série A, n° 214-C, §§ 23 ss.

tère « suspect »; les distinctions qui s’y rattacheront, par exemple en droit des successions, seront présumées illicites<sup>17</sup>.

- *Les personnes ayant subi une peine privative de liberté.* J. P. MÜLLER<sup>18</sup> pose la question de savoir si les personnes ayant subi une peine privative de liberté ne seraient pas visées par l’art. 8 al. 2. Une peine privative de liberté une fois subie – ou, de manière générale, des antécédents judiciaires –, est, en effet, un fait très personnel qui ne peut plus être modifié par la personne en cause et qui ne devrait plus influencer les rapports avec l’Etat. Après que la peine ait été purgée – et que les rapports entre la société et le délinquant aient donc été « réglés » –, il ne devrait pas y avoir de prise en considération de ce fait dans d’autres secteurs de la vie sociale que le droit pénal (par exemple pour l’attribution de prestations étatiques ou pour l’engagement dans l’administration). Seul dans le contexte de nouvelles procédures pénales éventuelles, ce fait peut et doit encore avoir une importance<sup>19</sup>.

*Autre exemple.* On pourrait se demander si le fait d’être fumeur ne pourrait pas être considéré comme un critère « suspect ». Il s’agit d’une qualité difficile à modifier qui ne devrait *a priori* pas influencer les rapports entre la collectivité publique et les particuliers. Toutefois, fumer n’est pas seulement une qualité personnelle – et il est douteux qu’il s’agisse d’une qualité « inhérente à la personne » –, mais une activité qui peut incommoder les non-fumeurs et qui constitue un danger pour la santé de la personne elle-même. Lorsque la fumée peut incommoder, des interdictions doivent évidemment être possibles. Mais lorsqu’une distinction n’a aucun lien avec d’éventuels inconvénients, la question est plus délicate : un tribunal qui accorde, lors d’un divorce, le droit de garde des enfants au père, pour la seule raison que la mère fume, commet très probablement un acte discriminatoire, imprégné d’une attitude dépréciative à l’égard des fumeurs. D’une manière générale, le critère

<sup>17</sup> Dans le même sens : J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 117, et *Grundrechte*, 419. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1050, GRISEL, *Egalité*, n° 155 et J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 425, classent toutefois l’état civil des parents sous le critère de la « situation sociale ».

<sup>18</sup> J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 118, et *Grundrechte*, 419.

<sup>19</sup> RHINOW, *Bundesverfassung*, 143, place les ex-détenus sous le champ d’application du critère de la « situation sociale ».

n'est donc pas un critère « suspect », mais des distinctions dépréciatives fondées sur ce fait, contraires à l'art. 8 al. 2 Cst., sont tout à fait imaginables.

## Section 2

### L'origine

262. *Introduction.* – L'origine est le premier des critères de l'art. 8 al. 2 Cst. Et ce n'est pas un hasard. La notion remplace, en quelque sorte, la deuxième phrase de l'ancien art. 4 al. 1, disposition dont les critères ont perdu leur actualité depuis 1848<sup>20</sup>.

#### 1. La notion

##### a) Définition

263. L'origine est le milieu d'où l'on vient. La notion peut également se référer aux ancêtres (ou à leur milieu géographique) auxquels remonte notre généalogie. Comme indiqué, la notion de l'origine remplace la deuxième phrase de l'ancien art. 4 al. 1, qui parlait notamment des privilèges de lieu, de naissance ou de famille. Ainsi, dans le contexte de l'art. 8 al. 2 Cst., le terme doit être compris dans un sens large, regroupant une série de situations assez différentes : l'appartenance à une famille, l'hérédité, l'ascendance, autant que le droit de cité, la provenance géographique ou culturelle, l'ethnie, l'origine nationale<sup>21</sup>. L'origine au sens de l'art. 8 al. 2 n'est donc pas identique à la notion juridique de l'origine cantonale ou communale<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> La deuxième phrase de l'art. 4 al. 1 aCst. était libellée comme suit : « [i]l n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles ». Sur le rôle historique de cette disposition, voir AUBERT, *Traité*, n° 1778 ss.

<sup>21</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1038 ; GRISEL, *Egalité*, n° 146. Il s'agit donc généralement de critères sociologiques, culturels ou juridiques, rarement de critères biologiques ou génétiques.

<sup>22</sup> Ainsi, pour GRISEL, *Egalité*, n° 146, la notion employée par l'art. 8 al. 2 « relève du langage courant plutôt que juridique ».

b) Les différents aspects

264. *L'appartenance à une famille.* – L'abolition des privilèges liés à l'origine familiale (et, notamment, à l'appartenance à l'aristocratie, à la bourgeoisie ou à une classe nobiliaire) a été une des conquêtes de la Constitution fédérale de 1848. Entre-temps, ces catégories ont perdu leur importance : des distinctions juridiques en fonction de l'appartenance à une famille n'existent plus, sous réserve de l'appartenance héréditaire à des bourgeoisies. Il est néanmoins évident que de telles distinctions resteraient présumées contraires à la Constitution.

On peut cependant se demander si l'aspect de l'appartenance à une famille ne rentre pas dans le champ d'application du critère de la « situation sociale » (*infra*, n° 335 ss, spéc. 337).

265. *L'origine cantonale ou communale (le droit de cité).* – L'égalité entre les ressortissants suisses est également une conquête de la Confédération du XIX<sup>e</sup> siècle. Des dispositions constitutionnelles particulières ont été consacrées au principe de non-discrimination en fonction de l'origine cantonale ou communale et elles ont été reprises, sous une forme modifiée, dans la Constitution de 1999 (*infra*, n° 271). L'origine cantonale ou communale est déterminée par le droit de cité d'une personne, qui fait partie des inscriptions aux registres de l'état civil<sup>23</sup>.

266. *Le lieu de naissance, le dernier domicile.* – Les distinctions du fait du lieu de naissance, dans une mesure plus restreinte même celles qui se fonderaient sur le dernier domicile d'une personne, devraient également être considérées comme des distinctions en raison de l'origine, visées par l'art. 8 al. 2 Cst.

267. *La provenance géographique et l'appartenance culturelle, l'ethnie.* – La provenance géographique constitue sans doute une des composantes de l'origine d'une personne<sup>24</sup>. Il est en revanche moins évident de savoir si l'ethnie est également couverte par cette notion. Cependant, l'ethnie d'une personne, en tant qu'appartenance à une communauté de culture, de langue, de traditions ou d'autres caractères de civilisation (donc à un

<sup>23</sup> Registre des naissances : art. 67 al. 4 OEC (« lieu d'origine »).

<sup>24</sup> AUBER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1038 ; GRISEL, *Egalité*, n° 146 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 420.

groupe de personnes ayant très souvent une origine géographique, une histoire et/ou une ascendance communes)<sup>25</sup>, est, dans une large mesure, liée à sa provenance géographique (ou à celle de ses ancêtres). Dès lors, l'ethnie doit être considérée comme faisant partie de la notion de l'origine au sens de l'art. 8 al. 2<sup>26</sup>.

268. *La nationalité.* – Fait également partie de l'origine la provenance nationale d'une personne. La nationalité, au sens juridique, dépend en règle générale de l'origine : elle s'acquiert, selon le droit du pays en question, soit en fonction de l'ascendance d'une personne (par filiation), soit en fonction de son origine géographique (du fait du lieu de naissance), soit en fonction des deux. Aussi la nationalité est-elle une des expressions les plus directes de l'origine d'une personne. Elle est par conséquent comprise dans la notion de l'origine de l'art. 8 al. 2 Cst.

Les dispositions du Pacte II et la CEDH interdisant la discrimination mentionnent par ailleurs « l'origine nationale » parmi les critères suspects<sup>27</sup>.

Il paraît toutefois logique et « naturel » qu'un Etat puisse faire certaines distinctions entre ses propres ressortissants et les étrangers. On pourrait en déduire que l'appartenance ou non à la nationalité suisse ne rentre pas dans le champ du critère de l'origine énoncé à l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>28</sup>. Cependant, en ex-

---

<sup>25</sup> Cf. *Le Robert micro. Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1995 ; GUYAZ, *Discrimination raciale*, 143 ss.

<sup>26</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 146. Pour J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 118 et 124, et *Grundrechte*, 428, l'appartenance culturelle d'une personne ne fait pas partie du critère de l'origine, mais elle est couverte par l'ensemble des critères de l'art. 8 al. 2 Cst.

<sup>27</sup> Cf. art. 26 Pacte II et art. 14 CEDH.

La Cour européenne des droits de l'homme a par exemple considéré qu'une distinction entre ressortissants et étrangers dans l'octroi d'une prestation d'assurance-chômage viole l'art 14 CEDH, lorsque les deux remplissent les autres conditions légales donnant droit à la prestation en question : CourEDH, arrêt *Gaygusuz c. Autriche*, du 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-IV 1129, § 33 ss, spéc. § 40 s.

La Cour suprême des Etats-Unis a également jugé discriminatoires, à plusieurs reprises, des distinctions établies en fonction de la nationalité : voir le résumé de jurisprudence dans l'arrêt *Ambach v. Norwick*, du 17 avril 1979 (441 U.S. 68 / 99 S. Ct. 1589 ; dans cet arrêt, la Cour a cependant jugé conforme à la Constitution l'exclusion des étrangers de la fonction d'instituteur dans l'Etat de New York).

<sup>28</sup> Pour GRISEL, *Egalité*, n° 146 s., par exemple, ce terme « ne se réfère (...) pas nécessairement à la nationalité proprement dite, qui fait l'objet d'un chapitre séparé de la Constitution (art. 37 à 40) ». AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. II*, n° 1038, et MÜLLER, *Grundrechte*, 420, admettent que la notion d'origine couvre la « provenance nationale » d'une

cluant du champ d'application de l'art. 8 al. 2 Cst. l'une des cristallisations les plus évidentes de l'origine d'une personne, on limiterait de manière inadmissible la protection visée par la Constitution. Or, il ne faut pas mélanger l'examen de la constitutionnalité des distinctions entre Suisses et étrangers (cf. *infra*, n° 272 et 277 ss) avec la définition du critère de l'origine et de son champ d'application.

c) La question du domicile

269. La notion d'origine ne doit pas être confondue avec celle du domicile d'une personne. Une autorité peut établir des distinctions en fonction du domicile – suisse ou étranger, à l'intérieur ou à l'extérieur du canton – d'un administré. De telles distinctions ne sont pas présumées dépréciatives au sens de l'art. 8 al. 2 Cst.. Il faut toutefois que le critère du domicile soit un critère pertinent pour justifier une différence de traitement en l'espèce, sinon la distinction est contraire au principe général d'égalité (art. 8 al. 1 Cst.)<sup>29</sup>.

2. La protection juridique

270. *Une présomption très forte.* – À l'instar de ce qui vaut pour tous les critères énumérés par l'art. 8 al. 2 Cst., les distinctions fondées sur l'origine d'une personne sont présumées illicites. Toutefois, la force de la présomption est variable et peut être différente selon les cas de figure énumérés plus haut.

---

persoone, sans s'exprimer sur la question de savoir si ce terme inclut les distinctions entre ressortissants suisses et étrangers.

<sup>29</sup> ATF 66 I 1, 11, *Favre*, concernant une distinction entre ressortissants suisses domiciliés ou non dans le canton : « le domicile à l'intérieur ou en dehors du canton – même si le traitement moins favorable des citoyens établis au dehors devait frapper surtout des ressortissants d'autres cantons – peut former le point de départ de distinctions juridiques. Il faut toutefois que la discrimination repose sur des raisons sérieuses, c'est-à-dire qu'il existe une relation naturelle entre la situation particulière et le traitement différentiel. Si cette relation fait défaut, l'art. 4 CF se trouve violé » ; GRISEL, *Egalité*, n° 165 ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 800 ; VISINI, *Gleichbehandlung*, 77 ss. Voir également ATF 95 I 497, 500, *Hasler* ; 119 Ia 123, 130, *Kuhn* (permis de chasse, distinctions admissibles entre personnes domiciliées dans le canton, hors du canton ou à l'étranger), et 122 I 109, *L. dame M. et M<sup>e</sup> D.* (refus d'envoyer le dossier à un avocat inscrit au barreau, mais domicilié en dehors du canton, jugé inadmissible).

Pour ce qui concerne les distinctions reposant sur l'appartenance ou la non-appartenance à une *famille*, sur l'*origine cantonale* ou communale et sur la *provenance géographique ou culturelle*, la présomption est extrêmement forte. Des distinctions en fonction de ces qualités ne sont en principe jamais admissibles. Théoriquement, elles restent possibles si l'autorité arrive à présenter des motifs sérieux qui les rendent non dépréciatives. Mais on imagine mal des cas où une distinction entre les administrés en fonction de leur ascendance ou de leur provenance géographique ou culturelle se révélerait non dépréciative (à l'exception peut-être de certaines mesures en faveur d'un groupe ethnique particulièrement défavorisé) : de tels critères ne sont pas pertinents pour justifier des différenciations entre les justiciables<sup>30</sup>. Aussi, la présomption d'illicéité établie par la Constitution ne peut-elle être que difficilement renversée.

271. *L'interdiction absolue des distinctions en fonction du droit de cité (art. 37 al. 2 Cst.)*. – Pour les distinctions fondées sur le droit de cité, la présomption d'illicéité devient irréfragable, en vertu d'une règle spéciale de la Constitution fédérale. En effet, l'art. 37 al. 2 Cst. stipule que « nul ne doit être privilégié ou désavantagé en raison de son droit de cité ». La Constitution interdit ainsi toute distinction entre les ressortissants d'un canton et les Confédérés ; en aucun cas, le droit de cité ne peut être pris comme motif pour différencier entre deux Suisses<sup>31</sup>. La règle réunit les anciens articles 43 al. 4 et 60 aCst., qui avaient la même portée absolue<sup>32</sup>. À l'instar de ce qui vaut pour les distinctions en fonction du sexe (art. 8 al. 3, voir *infra*, n° 299), l'art. 37 al. 2 Cst. constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 8 al. 2, qui, lui, permettrait des distinctions en raison du droit de cité lorsqu'elles ne sont pas dépréciatives. L'art. 37 al. 2 confère une protection spéciale contre les distinctions en fonction du droit de cité, en les interdisant même lorsqu'elles n'ont pas de caractère dépréciatif.

<sup>30</sup> Pour GRISEL, *Egalité*, n° 147, « l'interdiction de la discrimination devrait avoir ici une portée absolue. (...) Des exceptions ne sont guère concevables ».

<sup>31</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 164 s. ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 797 ss.

<sup>32</sup> ATF 122 I 209, 212, *D.*, pour l'art. 43 al. 4 aCst. ; 66 I 1, 11, *Favre*, et 99 la 630, 632 s., *Wicki*, pour les art. 43 al. 4 et 60 aCst. Voir également : AUBERT, *Traité*, n° 1010 ss ; GRISEL Etienne, *Commentaire ad art. 60*, in : AUBERT et al., *Commentaire*, n° 8 et 16 ss (pour lui, toutefois, seul l'art. 43 al. 4 avait une portée absolue, la portée de l'art. 60 étant « environ à mi-chemin entre celle de l'article 4 et celle de l'article 43 » [n° 16]) ; STOFFEL Felix, *Die Gleichstellung der Schweizerbürger mit den eigenen Kantonsbürgern nach Artikel 60 der Bundesverfassung*, thèse, Zurich, 1950, 53 et 68 ss ; VISINI, *Gleichbehandlung*, 45 ss.

Des exceptions à l'égalité absolue entre Confédérés ne sont permises que si la Constitution elle-même les autorise<sup>33</sup>. En effet, la Constitution fédérale de 1999 prévoit une telle exception, concernant les bourgeoisies et les corporations (art. 37 al. 2, deuxième phrase ; voir *infra*, n° 274).

272. *Le cas particulier de la nationalité.* – Pour ce qui est de l'origine nationale, la situation est plus complexe. Dans ce contexte, il convient de distinguer deux cas de figure.

Pour les distinctions entre deux étrangers en fonction de leur nationalité ou entre deux Suisses naturalisés en fonction de leur nationalité d'origine, la présomption d'illicéité est toute aussi forte que pour les distinctions en fonction des autres aspects de l'origine<sup>34</sup>.

En revanche, pour ce qui est des distinctions entre les ressortissants suisses et les étrangers – donc pour les distinctions en fonction de l'appartenance ou non à la nationalité suisse –, des nuances paraissent inévitables. L'Etat, en tant que population organisée sur un territoire<sup>35</sup>, doit définir non seulement son territoire et ses institutions, mais également les personnes sur lequel il repose. Aussi, certaines distinctions entre les ressortissants d'un Etat et les étrangers semblent-elles naturelles et même inévitables.

Cependant, à l'instar de ce qui vaut pour l'ethnie, la langue ou la race, des distinctions en fonction de la nationalité rendent une personne « prisonnière » d'une qualité et d'un statut personnels, qu'elle ne peut généralement pas changer elle-même ; statut qui ne détermine d'ailleurs en rien ses qualités et facultés en tant qu'être humain. Aussi, le Tribunal fédéral admet-il de moins en moins que la nationalité puisse constituer un motif raisonnable de distinctions (voir *infra*, n° 281). La présomption

<sup>33</sup> ATF 66 I 1, 11, Favre ; GRISEL, *Egalité*, n° 165.

Des distinctions qui s'imposeraient, à l'instar de ce qui vaut pour l'art. 8 al. 3 Cst., pour des motifs impératifs, résidant dans des différences inhérentes entre Confédérés, sont inimaginables dans le contexte de l'art. 37 al. 2 Cst.

<sup>34</sup> Une fois que la Suisse « a reconnu sa nationalité à un être humain, peu importe qu'il ait son origine ici ou ailleurs » : GRISEL, *Egalité*, n° 147.

<sup>35</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELLER, *Vol. I*, n° 7 (« [u]n territoire, une population, un pouvoir politique ») ; ALBERT, *Traité*, n° 510.

d'illicéité des distinctions qui se rattachent uniquement à la nationalité est par conséquent également très forte<sup>36</sup>.

Dans quelques domaines toutefois, la Constitution lève cette présomption : pour les contenus « classiques » de la nationalité – la liberté d'établissement (art. 24 et 25 al. 1 Cst.), le service militaire (art. 59) et les droits politiques (art. 136) –, elle a prévu des règles spéciales établissant des distinctions entre Suisses et étrangers.

### 3. Les exemples

#### a) Les distinctions en raison du droit de cité

273. *Des distinctions absolument interdites.* – Comme indiqué<sup>37</sup>, les distinctions en raison du droit de cité sont interdites en vertu de l'art. 37 al. 2 Cst. Les cantons respectent cette exigence. Ainsi, sous l'empire de l'ancienne Constitution, le Tribunal fédéral n'a eu à juger que de très peu d'affaires ayant pour objet un traitement différent des citoyennes et des citoyens du fait qu'ils sont ou non ressortissants du canton. La Cour suprême avait surtout à juger de délais d'attente différents (ou simplement inexistantes pour les ressortissants) dans le domaine des prestations sociales cantonales, réglementations qu'il a toutes jugées inadmissibles<sup>38</sup>.
274. *Les bourgeoisies : l'exception prévue par la Constitution.* – L'art. 37 al. 2, deuxième phrase, Cst. fait une réserve expresse pour les bourgeoisies et les corporations instaurées par le droit cantonal. La plupart des cantons connaît en effet l'institution des bourgeoisies. Il s'agit de collectivités publiques qui détiennent des biens et qui constituent une sorte de « communes » composées des personnes ayant un certain droit de cité com-

---

<sup>36</sup> Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité » : arrêt *Gaygusuz c. Autriche* (note 27), § 42.

<sup>37</sup> *Supra*, n° 271.

<sup>38</sup> ATF 64 I 239, *Chapuis* (délais d'attente différents pour les allocations de crise aux chômeurs dans une loi genevoise) ; 99 Ia 630, *Wicki* (délai d'attente différents pour les prestations d'aide à la vieillesse à Bâle-Ville) ; 122 I 209, *D.* (délai d'attente pour les chômeurs confédérés, et non pas genevois, pour bénéficier de l'occupation temporaire à Genève).

munal<sup>39</sup>. Ce type de collectivités publiques est ainsi une entrave flagrante à l'égalité formelle entre ressortissants suisses. En général, font partie d'une bourgeoisie, en premier lieu, les personnes qui ont acquis le droit de cité en question par filiation (art. 271 CCS)<sup>40</sup>. Les règles sur l'appartenance à une bourgeoisie constituent donc en même temps une distinction en fonction de l'ascendance (ou de l'appartenance à une famille). La conformité de l'institution des bourgeoisies aux droits fondamentaux est plus que douteuse, raison pour laquelle la deuxième phrase de l'art. 37 al. 2 Cst. était juridiquement nécessaire<sup>41</sup>. La règle déroge à l'art. 37 al. 2, première phrase, ainsi qu'à l'art. 8 al. 2 Cst., sur l'interdiction de la discrimination<sup>42</sup>.

275. *Le délai d'attente pour le droit de vote au niveau cantonal.* – D'aucuns estiment que la Constitution prévoit une deuxième exception à l'exigence du traitement identique des ressortissants suisses<sup>43</sup>. En effet, en vertu de l'art 39 al. 4 Cst., « les cantons peuvent prévoir que les personnes nouvellement établies ne jouiront du droit de vote aux niveaux cantonal et communal qu'au terme d'un délai de trois mois au plus ». Cependant, cette disposition ne permet pas un traitement différent en fonction de l'origine cantonale. Certes, les cantons peuvent impartir aux personnes nouvellement établies un délai d'attente pour l'exercice des droits politiques, dans le but d'assurer une connaissance minimale des questions cantonales et locales et d'empêcher le « tourisme électoral »<sup>44</sup>. Mais ces buts peuvent et

<sup>39</sup> Voir notamment : GRISEL Etienne, *Commentaire ad art. 43*, in : AUBERT et al., *Commentaire*, n° 53 ss.

<sup>40</sup> Pour un exemple de l'acquisition « héréditaire » du droit de vote à l'intérieur d'une bourgeoisie, voir art. premier du *Burgerrechtsreglement*, du 12 décembre 2001, de la *Bürgergemeinde Bern*.

<sup>41</sup> Cette solution répond à la volonté de plusieurs cantons, elle était contestée dans la procédure de consultation, mais non pas aux Chambres : Message Cst., 225 ; BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 55 et N 266 ss.

<sup>42</sup> Les règles instituant des bourgeoisies sont par conséquent soustraites au contrôle de leur conformité par rapport à l'interdiction de la discrimination. On peut se demander toutefois si ces institutions ont un but ou un effet dépréciatif : s'il est vrai qu'elles constituent un privilège de certaines personnes en fonction de leur droit de cité et de leur ascendance, elles n'ont probablement pas de caractère dépréciatif. Mais il est très douteux qu'il existe des motifs particulièrement sérieux qui renverseraient la présomption d'illicéité établie par l'art. 8 al. 2 Cst.

<sup>43</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 167 ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 802.

<sup>44</sup> HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 122 ; KÄLIN/BOLZ, *Handbuch*, 543.

doivent être atteints de manière non-discriminatoire : lorsqu'un canton prévoit un délai d'attente, les personnes nouvellement établies doivent y être soumises indépendamment de leur droit de cité<sup>45, 46</sup>.

On ne verrait pas pourquoi la Constitution permettrait ici une dérogation au principe absolu, posé à l'art. 37 al. 2, première phrase. Une telle dérogation ne ressort ni du texte ni de la systématique de la Constitution<sup>47</sup>. Cela vaut d'autant plus que le droit de cité ne constitue pas un critère pertinent pour atteindre les buts visés : rien n'assure qu'une personne ayant le droit de cité du canton (où elle n'a peut-être jamais été domiciliée) connaisse mieux la politique locale qu'une personne originaire d'un autre canton (qui a peut-être déjà vécu pendant des années dans le canton en question). Aussi un domicile antérieur dans le canton pourrait-il éventuellement justifier un traitement différent par rapport au délai d'attente ; en revanche, une distinction en fonction de l'origine cantonale est contraire tant à l'art. 8 al. 2 qu'à l'art. 37 al. 2, première phrase, Cst.

276. *Le droit de vote des Suisses de l'étranger en matière cantonale.* – Un autre domaine où une distinction en fonction du droit de cité subsiste dans la législation cantonale est celui du droit de vote des Suisses de l'étranger en matière cantonale. La Confédération accorde le droit de vote à ses ressortissants établis à l'étranger<sup>48</sup> et l'exemple de la Confédération a été

---

<sup>45</sup> HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 125.

<sup>46</sup> La plupart des cantons ne connaissent plus de délai d'attente : Message Cst., 227 ; GRISSEL, *Egalité*, n° 157 ; HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 124.

Certains cantons qui le connaissent encore ne prévoient pas de différenciation en fonction du droit de cité (voir notamment : art 114 de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 [RS 131.212 ; délai de trois mois, en matière communale uniquement] ; § 27 al. 3 de la Constitution du canton de Zoug, du 31 janvier 1894 [RS 131.218 ; délai de dix jours] ; art. 2 al. 1 de la loi jurassienne sur les droits politiques, du 26 octobre 1978 [RSJU 161.1 ; délai de trente jours]). Le canton de Genève, en revanche, fait une distinction en fonction du droit de cité communal (art. 3 de la loi genevoise sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 [RSG A 5.05 ; délai de 3 mois, en matière communale uniquement]). Les nouvelles constitutions cantonales de Vaud (2002) et de St. Gall (2001) ont abandonné le délai d'attente.

<sup>47</sup> Quant aux travaux préparatoires, ils sont muets sur ce point : le Conseil fédéral, dans son message, parle de « personnes provenant d'un autre canton », ce qui ne donne pas d'indication sur l'admissibilité d'un rattachement au droit de cité : Message Cst., 227 ; les Chambres fédérales n'ont pas discuté cette question : BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 266 ss, E 55 et 165, N 443 s., E 210.

<sup>48</sup> Le législateur a utilisé la faculté qui lui est accordée par l'art 40 Cst. en édictant la loi fédérale sur les droits politiques des Suisses à l'étranger, du 19 décembre 1975, RS 161.5.

suivi par plusieurs cantons<sup>49</sup>. En général, ces cantons reprennent les modalités de la législation fédérale en la matière, c'est-à-dire qu'ils accordent le droit de vote au niveau cantonal aux Suisses de l'étranger qui demandent à être inscrits au registre des électeurs dans une de leurs communes d'origine ou de domicile antérieur<sup>50</sup>. Seul le canton du Tessin a choisi une autre formule et accorde le droit de vote uniquement aux ressortissants tessinois domiciliés à l'étranger<sup>51</sup>. Il établit ainsi une distinction entre ses propres ressortissants et les Suisses originaires d'un autre canton. De telles distinctions étant interdites par l'art. 37 al. 2 Cst, cette solution est dès lors contraire à la Constitution fédérale<sup>52</sup>.

b) Les distinctions en fonction de la provenance géographique ou culturelle

277. *Le refus de demandes de naturalisation.* – Les dispositions légales fédérales concernant la naturalisation ne prévoient pas, en principe, de distinc-

---

Sur cette loi, voir notamment HANGARTNER Yvo, *Das Stimmrecht der Auslandschweizer*, in : ZEN-RUFFINEN/AUER, *Mélanges Aubert*, 241 – 253, 243 s.

Sur les quinze Etats membres de l'Union européenne, seules l'Espagne, la France, la Grèce et l'Italie connaissent un droit de vote de leurs ressortissants vivant à l'étranger : JESUS Barbara, in : LEGER, *Commentaire*, n° 6 ad art. 19.

<sup>49</sup> Critiques à l'égard de la légitimité du droit de vote des Suisses de l'étranger au niveau cantonal : HEUSSER Pierre, *Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer*, thèse, Zurich, 2001, 142 ss ; HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 118.

<sup>50</sup> Art. 5 et 6 de ladite loi fédérale (note 48).

C'est notamment le cas de Berne (art. 7 de la loi sur les droits politiques, du 5 mai 1980 [RSB 141.1]), de Soleure (§ 6 de la loi sur les droits politiques, du 22 septembre 1996 [BGS 113.111]), de Bâle-Campagne (§§ 2 al. 4 et 3 al. 4 de la loi sur les droits politiques, du 7 septembre 1981 [SGS 120]), de Neuchâtel (art. 37 al. 1, lit. b, de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 [RS 131.233]), de Genève (art. 1, lit. a, de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 [RSG A 5.05]) et du Jura (art. 2 al. 4 de la loi sur les droits politiques, du 26 octobre 1978 [RSJU 161.1]) ; le canton d'Obwald avait, jusqu'en 1995, la même solution : HEUSSER, (note 49), 141.

<sup>51</sup> Art. 2 et 3 de la loi sur les droits politiques, du 7 octobre 1998 (RL 1.3.1.1). Le Tessin connaît cette règle depuis 1893 : HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 116. La solution avait également été choisie antérieurement par les cantons de Genève et du Jura : HANGARTNER (note 48), 244 s. et HEUSSER (note 49), 141.

<sup>52</sup> *Contra* : HANGARTNER, *op. cit.*, 244 s., et HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 117, qui considèrent la solution tessinoise comme la seule correcte.

tions qui se rattachent à l'origine des requérants<sup>53</sup>. En revanche, la manière dont ces dispositions sont appliquées par les autorités pourrait violer l'art. 8 al. 2, lorsqu'une autorité refuse des demandes de naturalisation en fonction de critères prohibés par la Constitution (notamment en distinguant en fonction de la race ou de l'origine culturelle ou géographique des requérants). C'est ce qui semble être arrivé au niveau communal à plusieurs reprises ces dernières années, notamment dans des communes où une votation populaire décide de l'octroi ou du refus du droit de cité communal : dans plusieurs scrutins, en effet, les demandes de citoyens des pays voisins ont été toutes acceptées, celles des personnes provenant d'autres pays ayant en revanche été toutes rejetées<sup>54</sup>. L'octroi du droit de cité communal étant une condition pour l'acquisition de la nationalité suisse, le refus avait pour effet que ces personnes – qui remplissaient les conditions de naturalisation de la LN – n'acquerraient pas la nationalité suisse<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 207. Sur ces dispositions, voir notamment HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 1306 ss, et SCHAFFHAUSER René, *Bürgerrechte*, in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Droit constitutionnel*, 317 – 334.

On peut toutefois se demander si l'exigence, établie par l'art. 14, lit. a et b, LN, selon laquelle les requérants doivent être intégrés dans la communauté suisse et accoutumés au mode de vie et aux usages suisses ne pourrait pas poser problème par rapport à l'art. 8 al. 2 Cst. En effet, cette exigence rend plus difficile la naturalisation des personnes d'origine culturelle éloignée, ainsi que celle des femmes n'exerçant pas d'activité lucrative (qui permet souvent une intégration plus rapide). D'un autre côté, le critère de l'intégration d'une personne est un critère qui peut être appliqué de manière objective, raisonnable et non dépréciative dans la procédure de naturalisation. De surcroît, exiger des requérants en principe une intégration dans le pays n'a pas, de manière générale, un effet dépréciatif sur les personnes appartenant à une culture d'origine différente ou sur les femmes. Toutefois, si l'on arrive à prouver que cette règle désavantage d'une manière sensiblement plus importante certaines catégories de requérants que d'autres, elle pourrait avoir un effet dépréciatif. Dans ce cas, la réglementation pourrait se révéler contraire à l'art. 8 al. 2.

<sup>54</sup> Voir notamment le résultat de scrutins dans la commune lucernoise de Emmen, en septembre 1999 et mars 2000 : AUER Andreas, VON ARX Nicolas, *Direkte Demokratie ohne Grenzen ?*, PJA 2000, 923 - 935, 924 ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 1335. Pour des décisions à Schwyz, voir, par exemple, *Schwyz limitiert Einbürgerungen*, « Der Bund », 15 mai 2002, 11.

<sup>55</sup> En vertu de l'art. 37 al. 1 Cst., la nationalité suisse comprend trois éléments, qui forment une unité et qui sont indissociablement liés entre eux : la nationalité suisse, le droit de cité communal et le droit de cité du canton. On ne peut avoir la nationalité suisse sans posséder simultanément un droit de cité cantonal et communal ; l'aval communal est ainsi une condition pour l'acquisition de la nationalité suisse : HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 1308 ; SCHAFFHAUSER (note 53), n° 3.

Comme tous les actes étatiques, les décisions populaires doivent respecter les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale (voir *supra*, n° 227). L'absence de motivation formelle des décisions populaires rend difficile l'analyse des intentions de leurs auteurs. Cependant, la « ligne de séparation » entre personnes dont la demande a été admise et celles dont la demande a été refusée a été tracée, dans ces scrutins, de manière parfaitement claire : toutes les personnes de nationalité italienne notamment ont été naturalisées et toutes les demandes des personnes provenant de la Pologne, de la Turquie, de la Hongrie et de l'ex-Yougoslavie ont été rejetées. La distinction opérée par le souverain communal suivait ainsi le critère de la provenance géographique et culturelle. De telles distinctions sont présumées illicites en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. Pour les demandeurs refusés, le refus avait en effet un caractère dépréciatif : il les exclut de la communauté des citoyens, les jugeant non dignes d'en faire partie à cause de leur provenance géographique et culturelle. S'ils avaient eu une provenance culturelle plus proche – par exemple l'Allemagne ou l'Italie –, ces personnes auraient sans doute été naturalisées. Il ne paraît guère probable que les autorités arriveraient à démontrer que les distinctions établies sont justifiées par des motifs particuliers et sérieux qui renverseraient la présomption d'illicéité.

Les scrutins mentionnés ont suscité, en doctrine comme en politique, un large débat. Il a été généralement admis que les décisions mentionnées violaient plusieurs droits fondamentaux (notamment l'art. 8 Cst., l'interdiction de l'arbitraire et le droit d'être entendu)<sup>56</sup>. Au plan politique, une initiative parlementaire demande l'ouverture d'une voie de recours qui permettrait le contrôle de la constitutionnalité des refus de naturalisations par une instance cantonale, ainsi que par le Tribunal fédéral<sup>57</sup> ; un projet de révision de la loi sur la nationalité émanant du Conseil fédéral et allant dans le même sens est

<sup>56</sup> AUER/VON ARX (note 54), 925 ss ; HANGARTNER Yvo, *Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts*, PJA 2001, 949 – 967, 963 ; KIENER, *Einbürgerungsverfahren*, 216 ss ; SCHAFFHAUSER (note 53), n° 16 ss. AUER/VON ARX, *op. cit.*, 927 ss, et KIENER, *op. cit.*, 221 ss, contestent même l'admissibilité, du point de vue des droits fondamentaux, de l'instrument de la votation populaire pour des décisions de naturalisations ; *contra* : HANGARTNER, *op. cit.*, 960 ss.

<sup>57</sup> Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire « droit de recours contre les décisions de naturalisation discriminatoires », du 25 octobre 2001, FF 2002 1114.

également devant l'Assemblée fédérale<sup>58</sup>. Aujourd'hui déjà, en droit positif, le recours de droit public auprès du Tribunal fédéral devrait, au moins pour le grief de l'interdiction de la discrimination, être recevable (voir *supra*, n° 245)<sup>59</sup>.

278. *La politique suisse d'admission au marché du travail.* – La politique suisse d'admission au marché du travail a été guidée, pendant les années 1990, par le modèle dit « des trois cercles ». Sur la base de son rapport sur la politique à l'égard des étrangers et des réfugiés, du 15 mai 1991<sup>60</sup>, le Conseil fédéral privilégiait systématiquement le recrutement des personnes provenant des pays membres de l'AELE et de l'Union européenne (cercle intérieur) et de quelques pays comme le Canada, les Etats-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande (cercle médian) par rapport aux personnes provenant d'autres pays<sup>61</sup>. Les ressortissants de ces autres pays, appartenant au cercle extérieur, étaient en principe exclus du recrutement et ne pouvaient obtenir des autorisations de séjour que dans des cas exceptionnels. Le modèle des trois cercles a suscité beaucoup de critiques<sup>62</sup>. La distinction qui se trouve à sa base était en effet opérée en fonction de l'appartenance ou non à la culture « marquée par les idées européennes au sens large » et reposait sur les « particularités ethniques et nationales des personnes venant de certains pays », comme le soulignait le Conseil fédé-

---

<sup>58</sup> Cf. Message Nationalité, 1861 et 1908. Le projet prévoit un nouvel art. 51a qui oblige les cantons à instaurer une instance judiciaire connaissant des recours contre les décisions de naturalisation ordinaire et qui permet de porter les décisions de cette instance devant le Tribunal fédéral, notamment pour invoquer la violation des art. 8, al. 1 et 2, et 9 Cst.

<sup>59</sup> La question devrait être bientôt tranchée par le Tribunal fédéral, puisque cinq personnes dont la demande de naturalisation a été rejetée le 12 mars 2000 à Emmen ont interjeté un recours de droit public pour violation de l'interdiction de la discrimination : NZZ, 15 avril 2002.

<sup>60</sup> FF 1991 III 316, 327 s.

<sup>61</sup> Art. 8 OLE, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 octobre 1998.

<sup>62</sup> Voir, par exemple, AUER, *Trois cercles*, 1230 ss, ainsi que la *Prise de position de la Commission fédérale contre le racisme concernant le modèle des trois cercles du Conseil fédéral sur la politique suisse à l'égard des étrangers*, Tangram. Bulletin de la Commission fédérale contre le racisme, 1/1996, 60 – 65, 61 ss, où ce modèle a été jugé comme « fondamentalement raciste » (62). Le Tribunal fédéral, quant à lui, a considéré le modèle comme conforme à la Constitution : ATF 123 II 472, H., sans toutefois examiner de manière approfondie les critiques de AUER. L'arrêt a été commenté et critiqué par SPESCHA Marc, PJA 1998, 217 s. Voir également ATF 122 II 113, *Agim Ajvazi*, et 122 II 126, *Pero Zecevic*.

ral lui-même<sup>63</sup>. Les autorités auraient très probablement eu des difficultés à démontrer que des raisons particulièrement sérieuses rendaient le modèle des « trois cercles » non-dépréciatif et à renverser ainsi la présomption d'illicéité établie par l'art. 8 al. 2 Cst.

En 1998, le Conseil fédéral a modifié l'OLE. La solution désormais choisie privilégie uniquement les travailleurs provenant des Etats membres de l'AELE et de l'Union européenne qui, eux seuls, peuvent obtenir une autorisation initiale (art. 8 al. 1 OLE). Les ressortissants de tous les autres pays ne peuvent, en principe, pas être recrutés, sous réserve de quelques exceptions (art. 8 al. 2 à 6 OLE). Ce nouveau modèle élimine en principe la distinction dépréciative en fonction de l'appartenance à la culture dite « européenne » ou « occidentale », tout en maintenant le privilège pour certains pays de l'Europe. Le lien qui unit la Suisse à l'Union européenne et à l'AELE – notamment le principe de libre-circulation des personnes en vertu des Accords bilatéraux<sup>64</sup> – constitue un motif particulièrement sérieux et important. En effet, aucun Etat ne peut accorder un droit de séjour à tous les étrangers, un critère de distinction doit donc être trouvé. Le critère qu'utilise l'OLE dans sa version en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1998, c'est-à-dire l'appartenance ou non à la « région économique » fondée par les accords avec l'Union européenne et l'AELE, semble dans ce contexte cohérent et non dépréciatif et justifie le privilège accordé aux ressortissants de ces pays<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Message Discrimination raciale, 292 s. La Suisse a par conséquent émis une réserve à l'égard de la Convention en faveur de la politique suisse d'admission au marché du travail, « parce que celle-ci, en raison de ces effets, pourrait se voir reprocher d'être incompatible avec la (...) Convention » : message précité, 294.

<sup>64</sup> Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, du 23 juin 1999, FF 1999 5440, 5464 ss, 5615 ss et 6319 ss (texte de l'accord) ; loi fédérale relative aux dispositions concernant la libre circulation des personnes de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), du 4 décembre 2001, RO 2002 685 ; loi fédérale sur l'Accord entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté Européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes, du 8 octobre 1999, RO 2002 701. Les accords ont été acceptés en votation populaire le 21 mai 2000 (pour résultat du vote : FF 2000 3538) et sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002.

<sup>65</sup> On pourrait toutefois se demander si, pour écarter tout reproche de discrimination, la politique suisse d'admission au marché du travail ne devrait pas réserver un certain nombre d'autorisations non soumises à des conditions particulières aux ressortissants de pays en dehors de l'UE et de l'AELE. Elle n'exclurait ainsi pas complètement ces personnes de l'admission ordinaire au marché du travail suisse.

279. *Le travail des autorités judiciaires (renvoi).* – L'existence éventuelle de tendances discriminatoires au sein des autorités judiciaires sera examinée ci-dessous, sous l'angle de la discrimination du fait de la race (voir n° 293).

c) Les distinctions en fonction de la nationalité

280. *Les distinctions prévues par la Constitution fédérale.* – Comme indiqué, la Constitution fédérale établit elle-même une série de distinctions en raison de la titularité ou non de la nationalité suisse. Ces règles spéciales peuvent déroger à l'art. 8 al. 2. La garantie de la liberté d'établissement (art. 24), l'obligation du service militaire (art. 59) et le droit de vote, réservés aux ressortissants suisses (art. 136), sont des contenus classiques de la nationalité. On peut considérer que ces règles sont dans la « nature des choses » : l'Etat ne peut donner à toutes les personnes un droit absolu à la résidence sur son territoire<sup>66</sup> et la soumission des étrangers au service militaire créerait, pour beaucoup d'entre eux, des problèmes considérables. Quant à l'exclusion des étrangers du droit de vote, son caractère non-discriminatoire est plus douteux (voir *infra*, n° 286).

281. *Des distinctions entre Suisses et étrangers dans la législation cantonale.* – Pour ce qui est de la législation cantonale, le Tribunal fédéral a eu à juger d'une série de distinctions entre ressortissants suisses et étrangers. Il a admis de moins en moins que la nationalité constitue un critère pertinent de distinction au sens de l'art. 4 aCst. Ainsi a-t-il jugé contraire à la Constitution fédérale une différenciation entre ressortissants suisses et étrangers domiciliés dans le canton pour la délivrance et les taxes de permis de chasse<sup>67</sup>. Il a également jugé que le droit à l'assistance judiciaire ne saurait dépendre de la nationalité du justiciable<sup>68</sup> et que le droit au minimum d'existence ne peut être limité à des personnes de nationalité suisse<sup>69</sup>. Il a par contre jugé conforme à la Constitution une loi fiscale cantonale qui

<sup>66</sup> Le principe de la libre-circulation des personnes au sein de l'Union européenne et notamment le droit – limité dans son champ d'application, il est vrai – de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, garanti par l'art. 18 du Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée d'Amsterdam), remet toutefois en question le caractère étroitement lié à la nationalité de la liberté d'établissement.

<sup>67</sup> ATF 119 Ia 123, 130, *Kuhn* ; 114 Ia 8, *Guerino Gaioni*.

<sup>68</sup> ATF 120 Ia 217, 219, *Saddik X*.

<sup>69</sup> ATF 121 I 367, 374, *V*.

prévoit que seuls les étrangers (ne possédant pas de permis d'établissement) sont soumis à l'impôt à la source<sup>70, 71</sup>.

Tous ces jugements ont été rendus sous l'empire de l'ancienne Constitution. De manière générale, on peut donc affirmer que les distinctions en fonction de la nationalité sont très souvent déjà contraires au principe général d'égalité, la nationalité n'étant pas un critère pertinent de distinction dans la plupart des situations à régler. En règle générale, de telles distinctions contraires à l'art. 8 al. 1 Cst. seront également contraires à l'art. 8 al. 2, par absence de motivation particulière qui renverserait la présomption d'illicéité (voir, à cet égard, la remarque au n° 319, *in fine*).

282. *Des classes séparées pour les élèves étrangers.* – Un exemple qui montre bien la « non-pertinence » du critère de la nationalité est la question, soulevée dans les milieux politiques ces dernières années, de savoir si la création de classes séparées pour les enfants de nationalité étrangère était admissible. Or, selon le Conseil fédéral, certaines mesures particulières et passagères (notamment des classes ou des cours d'introduction) pour les enfants maîtrisant insuffisamment la langue d'enseignement sont admissibles ; en revanche, la création de classes séparées pour élèves suisses et élèves étrangers violerait l'art. 8 Cst., ainsi que plusieurs obligations internationales de notre pays<sup>72</sup>. En effet, la maîtrise insuffisante de la langue d'enseignement peut constituer un critère pertinent pour une distinction, la nationalité en tant que telle n'est en revanche pas du tout pertinente dans le contexte à régler<sup>73</sup>. Dès lors, la distinction ne repose pas sur

<sup>70</sup> Et non pas, par exemple, toutes les personnes, de nationalité suisse ou étrangère, qui ne sont pas établis depuis un certain temps dans le pays : ATF 91 I 81, *Minister*. Le Tribunal fédéral a évoqué la question de l'inégalité de traitement entre étrangers et Suisses se trouvant dans la même situation, mais il n'a, par la suite, examiné la loi que sous l'angle de l'égalité de traitement entre étrangers avec ou sans permis d'établissement.

<sup>71</sup> Le Tribunal fédéral a également jugé conforme à la Constitution un Code de procédure pénale qui ne permettait la défense des accusés qu'aux avocats brevetés, ce qui excluait un avocat allemand résidant en Allemagne – le critère de distinction en l'espèce n'était toutefois pas la nationalité de l'avocat, mais l'absence de brevet reconnu au niveau cantonal : ATF 120 Ia 247, *J*.

<sup>72</sup> Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Böhlmann *Classes séparées pour les élèves suisses et étrangers*, BO 1999 N 1339, 1340 ss.

<sup>73</sup> « [C]ertains élèves étrangers possèdent un degré de connaissances linguistiques qui ne porte atteinte ni aux objectifs pédagogiques ni au niveau de l'enseignement en classe, et d'autre part, certains élèves de nationalité suisse nécessitent également une attention par-

un critère raisonnable et viole le principe d'égalité ; par son effet d'exclusion, elle a également un caractère dépréciatif – dans tous les cas, des motifs particulièrement sérieux qui pourraient la justifier et renverser la présomption d'illicéité font défaut<sup>74</sup>.

283. *Les restrictions quant au marché du travail.* – Un domaine qui pourrait poser problème par rapport à l'art. 8 al. 2 est celui des restrictions générales d'accès des étrangers au marché du travail, domaine réglé par le droit fédéral, notamment par l'Ordonnance du Conseil fédéral limitant le nombre des étrangers (OLE). Or, ces restrictions sont en principe une conséquence logique du fait que la liberté d'établissement est réservée aux ressortissants suisses<sup>75</sup>. L'exercice d'une activité lucrative dans le pays ne peut être rendu possible à tous les êtres humains, des restrictions d'accès sont inévitables. Aussi est-il admissible que la législation établisse des distinctions entre ressortissants suisses et étrangers.
284. *La titularité de la liberté économique.* – Dans la mesure où ils bénéficient d'une autorisation de résider dans le pays, non soumise aux restrictions d'accès au marché du travail, les étrangers sont titulaires de la liberté économique (art. 27 Cst.)<sup>76</sup>. Selon le Tribunal fédéral, peuvent donc se prévaloir de cette liberté les étrangers titulaires d'un permis d'établissement<sup>77</sup> et ceux qui ont un droit à l'octroi ou au renouvellement d'une autorisation de séjour, non soumise au contingentement<sup>78</sup>. Ainsi, le Tribunal fédéral a par exemple jugé inadmissible qu'un canton interdise l'exercice

---

ti culière à l'égard de la langue en raison de leur provenance d'une autre région du pays ou de l'étranger » : *ibid.*, 1340.

<sup>74</sup> Voir aussi : COMMISSION FEDERALE CONTRE LE RACISME, *Des classes séparées ?*, 25 ss.

<sup>75</sup> La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, quant à elle, la faculté des Etats contractants de régler l'entrée et la durée du séjour des étrangers, faculté que la CEDH n'exclut pas : CourEDH, *affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, décision du 22 mai 1984, série A, n° 94, § 67 ; arrêt *Berrehab*, du 21 juin 1988, série A, n° 138, § 28 ; arrêt *Moustaquim*, du 18 février 1991, série A, n° 193, § 43 ; arrêt *Beldjoudi c. France*, du 26 mars 1992, série A, n° 234-A, § 74.

Arrêt *Beldjoudi*, précité, § 74 : « Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux, et notamment proportionnées au but légitime poursuivi ».

<sup>76</sup> ATF 108 Ia 148, *Werner*.

<sup>77</sup> ATF 116 Ia 237, *F.* ; 119 Ia 35, *Dr. S.*

<sup>78</sup> ATF 123 I 212, 215, *V.*

de la profession d'avocat pour le seul fait que la personne en question ne possédait pas la nationalité suisse<sup>79</sup>. Il est par contre admissible, sous l'angle de l'art. 4 aCst., que le statut de l'étranger (permis d'établissement, autorisation soumise ou non au contingentement et permettant ou non une activité lucrative dans le pays) constitue un motif pour un traitement différent<sup>80</sup>.

Dans la mesure où elle touche l'aspect de l'accès à une activité lucrative (art. 27 al. 2 Cst.), la jurisprudence du Tribunal fédéral correspond à la logique du système et elle n'est pas dépréciative : n'ont droit à accéder librement à une activité lucrative que les étrangers ayant obtenu une autorisation pour le faire. Par contre, en ce qui concerne l'aspect du *libre exercice* de l'activité autorisée, on ne voit pas très bien pourquoi des étrangers au bénéfice d'une autorisation limitée – soit par rapport au domaine, à l'étendue ou à la durée de l'activité – ne seraient pas protégés par la liberté économique dans l'exercice de cette activité. La nationalité d'une personne peut avoir une influence sur l'étendue de la protection (en excluant, le cas échéant, le libre accès à une activité), mais elle n'est pas un critère pour exclure complètement un étranger de la titularité de cette liberté<sup>81</sup>.

285. *L'absence de protection judiciaire dans le droit des étrangers.* – À la différence de ce qui vaut pour les Suisses, qui ont un droit, garanti par la Constitution fédérale, de résider dans le pays et qui n'ont point besoin d'une autorisation pour le faire, les étrangers qui résident ou qui désirent résider en Suisse sont soumis à un régime d'autorisation. Ce dernier est

<sup>79</sup> L'exigence de la nationalité se révèle disproportionnée au regard de la liberté économique lorsqu'un étranger a des connaissances suffisantes de la situation politique et sociale du pays : ATF 119 Ia 35, *Dr. S.* En 1990 encore, le Tribunal fédéral avait considéré que le refus par principe des étrangers de la profession d'avocat était compatible avec la liberté économique : ATF 116 Ia 237, 240 ss, *F.*

<sup>80</sup> ATF 123 I 19, 23 s., *A.* Une telle distinction ne constitue pas non plus, selon le Tribunal fédéral, une violation de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

<sup>81</sup> Pour AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 641, « [d]ans la mesure où la liberté économique protège aussi des activités accessoires, rien ne s'oppose à ce qu'un étranger titulaire d'un permis de séjour sans droit au renouvellement, (...) puisse invoquer la liberté économique contre une restriction cantonale de cette activité. On doit même admettre en principe qu'un étranger domicilié à l'étranger qui exerce des activités économiques en Suisse peut se prévaloir de l'art. 27 Cst. La liberté économique doit cesser d'être un *Bürgerrecht*, pour accéder pleinement au statut de *Menschenrecht* ». Dans le même sens, J. P. MÖLLER, *Grundrechte*, 654.

régi notamment par deux normes : la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) et l'ordonnance du Conseil fédéral limitant le nombre des étrangers (OLE)<sup>82</sup>. Comme nous l'avons vu, la compétence de régler l'entrée et la durée de séjour des étrangers est un des attributs de base de tout Etat, reconnu en droit international et découlant notamment de l'art. 24 s. Cst.<sup>83</sup>. Tant que ces normes n'établissent pas de distinctions dépréciatives en raison de l'origine, de la race ou d'autres critères suspects, on ne saurait qualifier le fait de soumettre les étrangers à un régime d'autorisation, en tant que tel, de discriminatoire.

En revanche, toute mesure prévue par le droit des étrangers n'est pas, d'emblée, admissible. Les modalités selon lesquelles le régime d'autorisations s'applique aux étrangers ne doivent avoir ni but ni effets dépréciatifs. Or, en analysant la législation en la matière, on voit que les étrangers n'y ont que très peu de droits. D'une certaine manière, ils sont réduits à des simples objets de l'action administrative, ne bénéficiant en principe pas de moyens de défense. La LSEE et l'OLE établissent, certes, des conditions pour l'octroi d'une autorisation, mais l'étranger qui les remplit n'a pas pour autant un droit subjectif à obtenir une autorisation, sous réserve de quelques exceptions<sup>84</sup>. En effet, selon l'art. 4 LSEE, « l'autorité statue librement » sur l'octroi et le refus des autorisations<sup>85</sup> et il n'existe en principe pas de contrôle judiciaire de la légalité ou de la constitutionnalité des décisions<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Pour des présentations du droit des étrangers : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 413 ss ; MALINVERNI Giorgio, *Le droit des étrangers*, in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Droit constitutionnel*, 979 – 991 ; SPESCHA, *Ausländerrecht*.

<sup>83</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 413 ; voir également *supra*, n° 280 et 283.

<sup>84</sup> A notamment droit à l'octroi et au renouvellement d'une autorisation de séjour le conjoint d'un ressortissant suisse ou d'un étranger au bénéfice d'un permis d'établissement (art. 7 et 17 LSEE, droit qui s'étend aux enfants mineurs). Un tel droit peut également découler des traités internationaux ou des droits fondamentaux, notamment de la protection de la vie privée et/ou familiale, voir par exemple ATF 126 II 377, 381 ss, *F.A. et A.A.*, et 126 II 425, *P. et C. (couple de même sexe)*.

<sup>85</sup> « Hinsichtlich der Machtstellung, die das ANAG [= LSEE] dadurch den Behörden einräumt, ist dieses Gesetz ein rechtsstaatliches Unikum » : SPESCHA, *Ausländerrecht*, 61.

<sup>86</sup> En vertu de l'art. 98a OJ, les cantons ne sont obligés d'instituer des autorités judiciaires statuant en dernière instance cantonale que dans la mesure où leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral ; or, l'art. 100, lit. b, ch. 3, OJ exclut, en droit des étrangers, le recours de droit administratif contre l'octroi ou le refus d'autorisations auxquelles le droit fédéral ne confère pas un droit (ce qui est le cas pour la plupart des décisions dans ce domaine). Le recours de droit public,

L'importance que peut avoir le refus ou le non-prolongement d'une autorisation de résider en Suisse pour les personnes concernées est toutefois considérable. L'absence de contrôle judiciaire dans ce domaine ne semble donc guère conciliable avec le respect de la dignité humaine, qui est à la base des garanties générales de procédure de l'Etat de droit<sup>87</sup>. Le refus de protection témoigne d'une attitude dépréciative envers les requérants – ou au moins a-t-elle un tel effet –, qui se voient dégradés en « citoyens de deuxième classe », en simples objets de décisions étatiques considérées comme des « actes de prince ». Des raisons particulièrement sérieuses qui pourraient renverser la présomption d'illicéité de ce régime n'existent guère. L'amélioration de la protection juridique des étrangers ne contredirait notamment pas la limitation du nombre des étrangers en Suisse, puisqu'elle n'a pas pour effet d'augmenter automatiquement le nombre des autorisations octroyées. Il est vrai en revanche que l'instauration de voies de droit permettant un contrôle du respect de la légalité et de la constitutionnalité des décisions constitue un effort supplémentaire ; toutefois, l'Etat de droit ne peut refuser le respect de règles élémentaires de procédure pour de simples raisons de coût.

Pour ce qui est de l'absence de droits et de garanties de contrôle judiciaire, la législation sur les étrangers est donc problématique sous l'angle de l'Etat de droit<sup>88</sup> et elle peut être considérée comme contraire à l'interdiction de la discrimination.

---

quant à lui, est généralement exclu par la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la recevabilité du recours (voir à ce sujet *supra*, n° 242 ss).

Pour plus de détails : BOLZ Urs, *Rechtsschutz im Ausländer- und Asylrecht*, Bâle, 1990, 55 ss et 77 ss.

<sup>87</sup> MÜLLER Jörg Paul, *Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität politischer und rechtlicher Ordnung*, Munich, 1993, 178 ss ; SALADIN Peter, *Das Verfassungsprinzip der Fairness*, in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts*, Bâle, 1975, 41 – 90.

<sup>88</sup> Dans le même sens : BOLZ, (note 86), 77 (pour cet auteur, la protection judiciaire en droit des étrangers est « defizitär, gesamthaft ungenügend und somit korrekturbedürftig ») ; FLEINER Thomas, *Rechtsstaatsdefizite für Ausländerinnen und Ausländer im schweizerischen Verwaltungsrecht*, in : AUER et al., *Mélanges Morand*, 231 – 243 ; KAUFMANN, *Vorfragen*, 257 s. ; SPESCHA, *Ausländerrecht*, 220 ss.

Le projet de nouvelle loi fédérale sur les étrangers (LEtr)<sup>89</sup> – qui devrait remplacer la LSEE – améliorera la situation dans ce domaine. Elle remplace notamment l'actuel art. 4 LSEE par une norme qui oblige les autorités à tenir compte, « en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration » (art. 91 al. 1). Elle prévoit en outre un droit à la prolongation de l'autorisation de séjour après cinq ans (art. 32 al. 4). Elle maintient toutefois l'absence générale de protection judiciaire dans ce domaine (art. 108).

286. *L'exclusion des étrangers du droit de vote.* – Les étrangers, même établis depuis longtemps en Suisse, n'ont l'exercice des droits politiques ni au niveau fédéral (art. 136 Cst.), ni au niveau cantonal ou communal, sous réserve de quelques exceptions<sup>90</sup>. Or, toute distinction fondée sur la nationalité est présumée illicite. On doit donc se demander si l'exclusion des étrangers du droit de vote est conforme aux exigences de l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>91</sup>. Existe-t-il des raisons sérieuses et pertinentes qui donnent à cette exclusion un caractère non-dépréciatif ?

L'Etat démocratique a « pour principe de faire participer au pouvoir politique ceux qui en supportent les effets »<sup>92</sup>. Or, les étrangers établis en Suisse supportent les effets des décisions démocratiques comme les Suisses. Ils ont le discernement politique comme les Suisses et, après une certaine durée de résidence, ils comprennent les enjeux de la politique du pays comme la plupart de ses propres ressortissants. Leurs perceptions éventuellement différentes des questions politiques ne justifieraient en

---

<sup>89</sup> Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers, du 8 mars 2002, FF 2002 3469, 3604 ss.

<sup>90</sup> Le droit de vote des étrangers est connu, sous certaines conditions, dans les cantons du Jura et de Neuchâtel, au niveau cantonal et communal, ainsi que dans le canton de Vaud, au niveau communal (art. 142 de la nouvelle constitution vaudoise, du 22 septembre 2002) ; la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures permet aux communes d'accorder aux étrangers les droits politiques en matière communale. Pour plus de détails, voir HEUSSER (note 49), 49 ss. ; MAHON, *Citoyenneté*, n° 31 ; MAHON Pascal, PULVER Bernhard, *Droits politiques des étrangers et Constitutions cantonales : l'exemple de Neuchâtel*, RDAF 2001, 197 – 233, 201 ss.

<sup>91</sup> La question se pose de manière générale, indépendamment du fait que les constitutions cantonales sont immunisées par rapport à la Constitution fédérale en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

<sup>92</sup> AUBERT Jean-François, *La révision totale de la Constitution neuchâteloise*, RJN 1999, 13 – 36, 29. Voir aussi : HANGARTNER Yvo, *Ausländer und schweizerische Demokratie*, RDS 1974 I, 121 – 144, 123 ss ; HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 54.

aucun cas un traitement différent. De surcroît, la voie de la naturalisation pour accéder au droit de vote ne leur est pas garantie, puisque, à la différence de ce qui vaut pour d'autres pays, les étrangers n'ont pas un *droit à se voir naturalisés* après une certaine durée d'établissement en Suisse<sup>93</sup>. Enfin, plusieurs pays européens et notamment l'Union européenne, pour ce qui est du droit de vote au niveau municipal, connaissent le droit de vote des étrangers établis<sup>94</sup>.

Aussi est-il « assez difficile de trouver des raisons sérieuses à l'exclusion de principe du droit de vote des étrangers au moins au niveau local et pour les étrangers qui résident dans le pays depuis un certain temps »<sup>95</sup>. L'exclusion des étrangers du droit de vote prive une grande partie de la population, du fait de sa nationalité, d'un droit de participation élémentaire et naturel et elle le réduit à des citoyens – resp. habitants – de deuxième classe. Il est vrai que la distinction semble, aujourd'hui encore, « aller de soi ». Toutefois, la légitimité de l'exclusion des étrangers du droit de vote est de plus en plus discutée en doctrine juridique suisse<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Cf. *supra*, n° 285. HANGARTNER Yvo, 1798 – 2000 und ? : *Der lange Weg zum allgemeinen Stimmrecht*, in : SCHOTT Claud Dieter, PETRIG SCHULER Eva (éd.), *Festschrift für Claudio Soliva zum 65. Geburtstag*, Zurich, 1994, 127 – 145, 143 ; HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 54 ; MAHON/PULVER (note 90), 231 s.

<sup>94</sup> HEUSSER (note 49), 72 ss ; JÉSUS Barbara, in : LÉGER, *Commentaire*, n° 3 ss ad art. 19 ; MAHON/PULVER (note 90), 211 ss.

<sup>95</sup> MAHON, *Citoyenneté*, n° 32 ; voir aussi : HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 54 s.

Selon Jean-François AUBERT (note 92), 29, « [s]i on en recherche sérieusement la justification, on s'aperçoit que cette règle repose au fond sur un assez curieux amalgame d'hypothèses, à savoir : que les étrangers partiront et que les Suisses resteront (...) ; que les Suisses, à la différence des étrangers, votent dans l'intérêt du pays ; que si tous les électeurs, Suisses et étrangers, votent dans l'intérêt du pays, les Suisses en ont une meilleure perception que les étrangers ; que si, en revanche, ils votent tous dans leur propre intérêt, la somme des votes égoïstes des Suisses donne finalement un résultat plus favorable au pays que la somme des votes égoïstes des étrangers ; bref qu'il y a une qualité suisse du jugement politique que les étrangers ne sauraient atteindre. Autant d'hypothèses où on admettra que le sentiment tient plus de place que la raison ».

<sup>96</sup> Voir notamment : GRISEL Etienne, *Les droits politiques des étrangers en Suisse*, in : *Les étrangers en Suisse. Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes*, Lausanne, 1982, 71 – 82, 73 ss ; HANGARTNER (note 92), 127 ss ; HANGARTNER (note 93), 142 ss ; HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 53 ss ; HEUSSER, (note 49), 89 ss ; MAHON, *Citoyenneté*, n° 31 ss ; MAHON/PULVER (note 90), 224 ss ; THÜRER Daniel, *Der politische Status der Ausländer in der Schweiz – Rechtsposition im Spannungsfeld zwischen politischer Rechtslosigkeit und*

Depuis 1999, l'art. 8 al. 2 Cst. oblige la collectivité publique à remettre en question des distinctions « traditionnelles », qui pourraient cacher, derrière l'utilisation d'un critère tout à fait « familial », des discriminations bien établies. Pendant des décennies, par exemple, l'exclusion des femmes du droit de vote semblait « aller de soi » ; il n'en reste pas moins que son inconstitutionnalité est, d'un point de vue contemporain, évident. Or, il est douteux qu'il existe des motifs particulièrement sérieux qui justifient l'exclusion de principe des étrangers du droit de vote et qui pourraient renverser la présomption du caractère dépréciatif de cette distinction. Ainsi, à l'avenir, cette exclusion devrait également être discutée sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst.

### Section 3

## La race

287. *Introduction.* – La discrimination raciale est probablement le prototype de toute discrimination<sup>97</sup>. Toutes les constitutions cantonales<sup>98</sup> et tous les instruments internationaux<sup>99</sup> accordant une protection générale contre la discrimination énumèrent le critère de la race dans leurs catalogues respectifs. La discrimination raciale est, de surcroît, interdite par une

---

*Gleichberechtigung ?*, in : HALLER Walter, KÖLZ Alfred, MÜLLER Georg, THÜRER Daniel (éd.), *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag*, Zurich, 1989, 183 – 204, 194 ss ; TSCHANNEN Pierre, *Stimmrecht und politische Verständigung. Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1995, n° 74 s.

<sup>97</sup> J. P. MÖLLER, *Grundrechte*, 421. Ainsi, la jurisprudence américaine dans le domaine de la discrimination a son origine dans la protection des Noirs contre des formes multiples de discrimination : AUER, *Droit américain*, n° 2 et 6 ss ; STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, 27 ss.

<sup>98</sup> A l'exception de celle du canton de Neuchâtel, qui utilise le terme « ethnique », et celle du canton de Vaud, qui parle de « patrimoine génétique » et « aspect physique » : voir *supra*, n° 33 ss.

<sup>99</sup> Notamment la CEDH, les deux Pactes de l'ONU, la Convention n° 111 de l'OIT ; voir *supra*, première partie, chapitre II.

convention internationale spéciale<sup>100</sup> et par le droit international non écrit<sup>101</sup>.

### 1. La notion

288. *Absence de définition scientifique.* – Qu'est-ce qu'une « race », dans le contexte des êtres humains ? Si, à première vue, le terme semble être clair – regroupant les hommes selon des critères physiques ou génétiques objectifs –, on constate, en l'analysant scientifiquement, que la notion de race est, pour les êtres humains, plus que contestable et en principe inutilisable. En effet, dans le monde de la science, les critères raciaux ont perdu, depuis longtemps, tout crédit pour la classification des hommes : il n'existe qu'une seule race humaine, avec des origines communes<sup>102</sup>. Les différences physiques découlent avant tout d'influences extérieures distinctes. La seule distinction qui paraît scientifiquement défendable est celle de la catégorisation en trois groupes : négroïdes, mongoloïdes et caucasoïdes ; toute distinction en sous-catégories doit être considérée comme arbitraire<sup>103</sup>. Les différences génétiques entre les « groupes » de la race humaine sont absolument négligeables par rapport aux éléments communs ; des théories selon lesquelles il existerait des différences d'intelligence ou des différences relatives à d'autres facultés humaines inhérentes à ces groupes et indépendantes de facteurs extérieurs ont été réfutées par la science<sup>104</sup>.
289. *Des définitions sociologiques ?* – Toutefois, l'idée qu'il existerait différentes races humaines semble ancrée dans la pensée de beaucoup de personnes et elle est, malgré l'absence de toute justification objective,

<sup>100</sup> Voir *supra*, n° 72 ss.

<sup>101</sup> Voir *supra*, n° 85 ss.

<sup>102</sup> Sur les positions des sciences naturelles concernant la notion de « race » dans le contexte des êtres humains, voir notamment STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 3 ss, avec beaucoup de références. Voir également GEISS, *Rassismus*, 36 ss.

<sup>103</sup> GUYAZ, *Discrimination raciale*, 16 ; STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 6.

<sup>104</sup> STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 7 ; GUYAZ, *Discrimination raciale*, 17 s. GUYAZ, *op. cit.*, 18 conteste toutefois l'utilité de cette question, puisque, même si des différences objectives par rapport à certaines facultés humaines entre des « races » étaient scientifiquement prouvées, on ne pourrait en déduire la moindre justification d'une « supériorité » d'une race par rapport à une autre.

l'origine de maintes discriminations. Il faut donc constater que le phénomène de la discrimination « raciale » existe indépendamment des problèmes de définition que cette notion pose aux sciences naturelles. Pour définir le critère de la race, on pourrait ainsi recourir, non pas à des notions issues des sciences naturelles, mais aux catégories subjectives qui sont à la base des distinctions raciales.

Tel est en effet l'approche du droit international, et notamment de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Cette dernière définit la discrimination raciale comme « distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique » (art. 1 ch. 1). Les auteurs qui traitent de la discrimination raciale dans le contexte du droit international développent également des définitions larges. Pour GUYAZ, par exemple, la notion de race doit s'entendre

« comme un groupe humain qui se définit et/ou est défini par d'autres groupes comme étant différent en vertu d'un ensemble de caractéristiques physiques et/ou culturelles, qui lui sont propres et plus ou moins immuables »<sup>105</sup>.

STRAUSS, pour sa part, limite sa définition aux groupes de personnes qui sont considérés comme race par les autres êtres humains<sup>106</sup>.

La définition large en droit international a pour fonction d'accorder la protection juridique la plus étendue possible, en incluant dans la notion de « discrimination raciale » un large éventail de conflits de groupes. Cela permet notamment à la Convention raciale de protéger la plupart des groupes qui ont fait l'objet, dans l'histoire, de persécutions et de discriminations en fonction de soi-disant critères « raciaux ». Dans le contexte de l'art. 8 al. 2 Cst. cependant, une telle extension n'a guère d'utilité, puisque ces conflits de groupes sont couverts, en droit suisse, par d'autres critères énumérés par l'art. 8 al. 2 Cst., notamment par l'origine, la langue, la situation sociale, le mode de vie et les convictions religieuses. Le

---

<sup>105</sup> GUYAZ, *Discrimination raciale*, 24.

<sup>106</sup> STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 26 : « Die Rasse eines Menschen wird somit, allgemein gesagt, von einem anderen Menschen bestimmt. Wird Rasse in diesem Sinn definiert, so sind auch solche Gruppenkonflikte eingeschlossen, deren Grundlage zwar naturwissenschaftlich gesehen nicht „Rassen“unterschiede sind, die aber gleichwohl die Merkmale eines Rassenkonfliktes aufweisen ». Critique : GUYAZ, *Discrimination raciale*, 24.

droit constitutionnel suisse accorde une protection complète contre des discriminations à des minorités qui, en droit international, tomberaient sous le champ d'application de la Convention raciale.

290. *Proposition de définition.* – Il découle de ce qui précède que la notion de « race » est, dans une large mesure, dépourvue de base et de définition biologique-anthropologiques. Aussi cette notion ne devrait-elle en principe plus être utilisée pour décrire différents groupes ou « types » d'êtres humains<sup>107</sup>. Cependant, la perception subjective d'une partie de la population, selon laquelle les êtres humains se distingueraient entre eux en différentes races, est un fait social, qui justifie la présence du critère de la race à l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>108</sup>.

Nous proposons par conséquent, pour le droit constitutionnel suisse, une définition restrictive de la notion de race. Aussi peut-on adhérer à la définition utilisée par le Conseil fédéral, selon lequel une « race » est « un groupe de personnes qui se considère lui-même comme différent des autres groupes ou qui est considéré comme tel par ceux-ci, sur la base de caractères distinctifs innés et immuables »<sup>109</sup>. De tels caractères « innés et immuables » sont avant tout des signes morphologiques typiques, comme la couleur de la peau, la forme des yeux et la couleur des pupilles<sup>110</sup>. Il s'agit donc en première ligne de l'appartenance d'une personne à un des grands groupes d'êtres humains, c'est-à-dire les négroïdes, les mongoloïdes ou les caucasoïdes.

D'autres conflits de groupes, comme l'antisémitisme ou la discrimination des gens du voyage, tombent sous le champ d'application d'autres critères énumérés par l'art. 8 al. 2 Cst. (notamment l'origine, les convictions religieuses ou le mode de vie). Pour ces questions, il est renvoyé aux sections relatives à ces critères.

L'utilisation d'une définition restrictive de la notion de race a l'avantage de ne pas corrobore l'idée, aussi répandue qu'erronée, que certains conflits sociaux trouveraient leur origine dans des différences physiques objectives, « raciales », entre les êtres humains. Or, le fait de qualifier des conflits so-

<sup>107</sup> Voir à ce sujet les constitutions neuchâteloise et vaudoise qui n'utilisent plus le terme de race dans leurs catalogues.

<sup>108</sup> Du même avis : J. P. MÖLLER, *Grundrechte*, 420.

<sup>109</sup> Message Discrimination raciale, 305.

<sup>110</sup> J. P. MÖLLER, *Grundrechte*, 421.

ciaux de conflits « raciaux » peut confirmer des idées racistes, qui utilisent une prétendue différence « raciale » entre les groupes pour cacher des intérêts économiques et politiques sinon trop évidents<sup>111</sup>.

## 2. La protection juridique

291. *Une présomption d'inadmissibilité très forte.* – Les distinctions établies en fonction de la « race » d'une personne sont présumées être dépréciatives, donc inconstitutionnelles. Cette présomption est très forte et quasiment irréfragable. En effet, une chose est certaine : lorsque le constituant a repris – à l'instar des constitutions cantonales et des instruments internationaux – le critère de la « race » dans le catalogue de l'art. 8 al. 2, il voulait attirer l'attention sur l'inadmissibilité de toute considération raciste en droit suisse. En aucun cas, des différences morphologiques, « raciales », ne peuvent en soi justifier un traitement désavantageux. Dans ce sens, la présence du critère de la « race » à l'art. 8 al. 2 ne prête pas à malentendu.

Aussi toute distinction faite en fonction d'un critère « racial » est-elle inconstitutionnelle, sous réserve de rares exceptions. Seules seraient imaginables d'éventuelles mesures positives en faveur de certains groupes désavantagés<sup>112</sup>. D'autres justifications pour renverser la présomption d'illicéité sont presque unimaginables<sup>113</sup>. Le critère de la race joue ainsi,

---

<sup>111</sup> Sur la notion et l'histoire du racisme, voir notamment GEISS, *Rassismus*, et STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 8 ss.

<sup>112</sup> Dans le même sens : GUYAZ, *Discrimination raciale*, 37 s., pour ce qui concerne la Convention sur l'élimination des discriminations raciales.

Des mesures positives doivent toutefois être conformes au principe général d'égalité (art. 8 al. 1 Cst.), c'est-à-dire être justifiées par un réel désavantage subi par ces personnes dans notre société.

<sup>113</sup> « À cet égard, il va de soi qu'une différence de traitement est radicalement exclue » : GRISEL, *Egalité*, n° 149. Dans ce sens, l'affirmation de AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1040, selon laquelle « l'interdiction de la discrimination raciale ne s'oppose pas à toute différence de traitement, si celle-ci repose sur des motifs pertinents et sérieux », prête à malentendu.

Peut-être pourrait-on encore s'imaginer des mesures de protection justifiées par des différences biologiques, comme le soutient J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 429, mais cette possibilité est plutôt hypothétique (MÖLLER développe l'exemple théorique d'un avis, soumis au contrôle d'une autorité étatique, dans une information destinée aux patients d'un pro-

dans l'énumération de l'art. 8 al. 2, un rôle extrêmement fort. À l'instar de ce qui vaut pour le critère du sexe (voir, la section suivante), l'interdiction de la discrimination est, ici, en principe synonyme d'une exigence d'égalité formelle.

### 3. Les exemples

292. *Des distinctions dans la législation ?* – Si l'histoire du XX<sup>e</sup> siècle est pleine d'exemples de discriminations raciales étatiques – il suffit de penser aux discriminations des Noirs aux Etats-Unis et en Afrique du Sud –, il est en revanche difficile de trouver en Suisse contemporaine des mesures étatiques opérant une distinction en fonction de critères raciaux. STRAUSS<sup>114</sup> a analysé l'ensemble de la législation fédérale par rapport aux garanties internationales contre la discrimination raciale et il n'a pas trouvé des dispositions discriminatoires.

Rappelons que certaines mesures étatiques qui pourraient être qualifiées de discrimination raciale en vertu du droit international seront examinées dans cette étude, suite à la définition étroite de cette notion pour le droit suisse, sous l'angle d'autres critères. Voir, sur l'admission des immigrants dans l'ordonnance limitant le nombre des étrangers, *supra*, n° 278 (sous l'angle du critère de l'origine), sur l'abattage israélite, *infra*, n° 372 (sous l'angle du critère de la religion), sur le traitement des gens du voyage, *infra*, n° 361 ss (sous l'angle du critère du mode de vie).

293. *Une application discriminatoire de règles neutres ?* – Une autre question est celle de savoir si une législation, neutre par rapport à des critères raciaux, est appliquée de manière non discriminatoire. La réponse à cette question est plus difficile.

Voici deux des domaines où des problèmes à cet égard pourraient se poser :

- *Le refus de demandes de naturalisation.* Un domaine sensible est celui des décisions de naturalisation. Le risque de traitements discriminatoires en raison de la race d'une personne y est

---

duit dermatologique qui rendrait attentif au fait que ce produit doit être appliqué de manière différente selon la couleur de la peau).

<sup>114</sup> STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 202 ss.

très grand. Il est renvoyé à cet égard à l'examen de la question sous l'angle du critère de l'origine : *supra*, n° 277.

- *Le travail de la police et les poursuites pénales.* Un autre domaine sensible est le travail de la police et de la justice pénale<sup>115</sup>. En effet, l'opinion publique considère souvent que les minorités ethniques et surtout raciales, se trouvent discriminées par les actes de la police et de la justice pénale, qui arrêteraient plus fréquemment leurs membres, les traiteraient avec moins de respect et les condamneraient plus rigoureusement que les personnes appartenant au groupe social dominant<sup>116</sup>. Des traitements dépréciatifs à l'égard, par exemple, des personnes de couleur seraient évidemment contraires à la Constitution. Selon le criminologue Martin KILLIAS, toutefois, les recherches empiriques effectuées en Europe ne permettent pas de tirer des conclusions définitives quant à la présence ou non de tendances discriminatoires au niveau de la police ou de la justice pénale : selon cet auteur, il n'y a, jusqu'à présent, pas de recherche européenne appuyant sans réserve la thèse de la discrimination des minorités ethniques par la police ou la justice<sup>117</sup>. Le fait qu'on ne peut pas démontrer de telles tendances générales ne veut en revanche pas dire qu'il n'existe pas des comportements discriminatoires individuels chez certains fonctionnaires, comportements qui sont prohibés par l'art. 8 al. 2 Cst.

Pour les discriminations par des comportements privés (employeurs, restaurateurs, etc.), voir *infra*, chapitre III.

---

<sup>115</sup> Ainsi que le travail des agents de la douane.

<sup>116</sup> Voir, par exemple, deux articles parus dans « Le Temps » : *Un avocat indonésien des droits de l'homme molesté dans un train entre Berne et Thoune*, du 8 avril 2002, et *Plainte d'un avocat indonésien contre la police ferroviaire*, du 10 avril 2002.

<sup>117</sup> KILLIAS Martin, *Précis de criminologie*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 2001, n° 412 ss, spéc. N° 421.

## Section 4

### Le sexe

294. *Introduction.* – À l'instar du critère de la « race », le sexe fait également partie du contenu classique des catalogues énumératifs des normes prohibant les discriminations. Tous les instruments généraux de ce type énumèrent le sexe dans leur catalogue des critères suspects. En Suisse, la Constitution fédérale consacre même une disposition spéciale, l'art. 8 al. 3, à l'égalité entre femmes et hommes. La doctrine relative à cette disposition étant abondante<sup>118</sup>, nous pouvons nous limiter à présenter, dans cette section, quelques éléments essentiels, et notamment les rapports entre le deuxième et le troisième alinéa de l'art. 8 Cst.

#### 1. La notion

295. *Les aspects biologique et juridique.* – Le critère du sexe, en tant que caractère physique permanent de l'individu, ne pose, sous l'angle des sciences naturelles et du droit, que peu de problèmes de définition. Le sexe génétique – ou chromosomique – d'une personne est déterminé dès la fécondation ; la différenciation anatomique commence, elle, à partir de la 7<sup>e</sup> semaine de la grossesse et va jusqu'à la puberté<sup>119</sup>. L'appartenance d'un être humain à l'un ou à l'autre des sexes est donc en général déterminée à la naissance, d'un point de vue anatomique et génétique (ce dernier étant d'une certaine importance dans les rares cas où l'anatomie d'un nouveau-né présente des caractères androgynes). Par la suite, le sexe est inscrit dans les registres de l'état civil<sup>120</sup>. Pour l'ordre juridique, la notion du sexe est donc déterminée sans ambiguïté.

296. *L'aspect social.* – À partir de la naissance, un autre aspect vient se greffer sur le sexe biologique : l'aspect social, le rôle attribué à chacun des sexes

---

<sup>118</sup> Voir notamment les bibliographies chez AUER/MALINVERN/HOTTELIER, *Vol. II*, 475 s. ; GRISEL, *Egalité*, 85 ss. ; G. MÜLLER, *Commentaire*, 4 s. ; STAMPE, *indirekte Diskriminierung*, XII ss.

<sup>119</sup> *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, tome 9, Paris, 1985 ; *Brockhaus. Die Enzyklopädie in 24 Bänden*, 20<sup>e</sup> éd., vol. 8, Leipzig/Mannheim, 1997.

<sup>120</sup> En vertu de l'art. 67 al. 1 OEC, le sexe fait partie du contenu du registre des naissances.

par la famille et la société en général. Si, biologiquement parlant, le sexe est l'expression du rôle particulier que joue l'individu dans la reproduction de l'espèce, dans son aspect social, il inclut toute une série d'attributs, de rôles, d'habitudes ou d'attentes sociales qui se greffent sur la différence biologique. S'il est vrai que les différences biologiques influencent les qualités et les rôles respectifs des femmes et des hommes, les sciences humaines se sont rendues compte, ces dernières décennies, que les attributs sociaux des deux sexes sont plus le résultat d'une construction sociale que de différences biologiques réelles<sup>121</sup>. Les différences entre femmes et hommes sont autant, si ce n'est plus, le résultat de stéréotypes bien établis : dans l'attribution des rôles dans la société, les facteurs biologiques n'ont, en effet, qu'une influence subordonnée.

Cependant, l'art. 8 al. 2 Cst. se réfère au sexe biologique : seules sont présumées illicites les distinctions opérées en fonction du sexe inscrit au registre d'état civil. Si la Constitution faisait sien le concept du sexe en tant que construction sociale, la présomption d'illicéité s'appliquerait à toutes les règles et mesures qui se rattachent aux rôles attribués par la société à l'un des deux sexes. Les règles neutres par rapport au sexe biologique, mais établissant des distinctions dans des domaines où il existe (encore) une différence de fait entre femmes et hommes (par exemple en ce qui concerne les tâches familiales, le taux d'activité, les professions choisies) seraient alors présumées dépréciatives et contraires à l'art. 8 al. 2 Cst. S'il est vrai que les discriminations des femmes résultent aujourd'hui presque uniquement de règles parfaitement neutres par rapport au sexe biologique, une telle approche étendrait toutefois d'une manière inadmissible le champ d'application de la présomption d'illicéité. Les distinctions « neutres » par rapport au sexe biologique, mais qui se greffent sur le rôle social des femmes et des hommes, sont à analyser sous l'angle

---

<sup>121</sup> Ce courant doctrinal est généralement appelé « études genre ». Voir, par exemple : BUTLER Judith, *Gender trouble : feminism and the subversion of identity*, New York/Londres, 1990 (*Das Unbehagen der Geschlechter*, Francfort-sur-le Main, 1991) ; BUTLER Judith, *Bodies that Matter : on the discursive limites of «sex»*, New York/Londres, 1993 (*Körper von Gewicht. Gender Studies*, Berlin, 1995) ; VON BRAUN Christina, STEPHAN Inge (éd.), *Gender Studien. Eine Einführung*, Stuttgart/Weimar, 2000 ; DELPHY Christine, *L'ennemi principal*, Paris, 1998-2001 (2 vol.) ; SALTZMAN CHAFETZ Janet (éd.), *Handbook of the Sociology of Gender*, New York, 1999 ; SCOTT Joan W., *Gender and the politics of history*, 2<sup>e</sup> éd., New York, 1999. Pour des réflexions succinctes sur la socialisation différente des deux sexes, basées sur des théories psychologiques, voir ALBRECHT, *Lohnungleichheit*, 12 ss.

des discriminations indirectes<sup>122</sup>. En interprétant le critère du « sexe » à l'art. 8 al. 2 en tant que phénomène social, on mélangerait le problème de la définition du critère avec celui des discriminations indirectes.

297. *Le transsexualisme.* – Certaines personnes éprouvent un sentiment profond de ne pas appartenir au sexe qui leur est attribué par l'anatomie. Ce phénomène, appelé transsexualisme, est admis comme phénomène pathologique, ayant le caractère de maladie, et l'opération en vue d'un changement de sexe constitue en principe une prestation obligatoire des caisses-maladies<sup>123</sup>. Après l'opération, le sexe anatomique n'est plus identique au sexe juridique, inscrit aux registres d'état civil. Dans ce cas, la personne concernée a droit à une modification de l'inscription, ce qui suppose qu'elle fasse constater son nouveau sexe par le juge, par la voie d'une action d'état civil<sup>124</sup>. La personne ne sera considérée par l'ordre juridique comme appartenant à l'autre sexe qu'une fois l'inscription modifiée.

Des différences de traitement en fonction du transsexualisme d'une personne – que cette dernière ait ou n'ait pas subi une opération en vue d'un changement de sexe –, ne sont pas des distinctions « du fait du sexe », tombant sous le coup de la présomption d'illicéité de l'art. 8 al. 2 Cst. Elles doivent plutôt être considérées comme des distinctions en fonction d'une déficience ou du mode de vie<sup>125</sup>.

Ne sont pas non plus des distinctions en fonction du sexe des différences de traitement qui se basent sur le mode de vie de travestis. De telles distinctions pourraient en revanche rentrer dans le champ du critère du mode de vie.

## 2. La protection juridique

298. *L'art. 8 al. 2 interdit les distinctions dépréciatives.* – L'art. 8 al. 2 Cst. interdit toute distinction entre les sexes ayant un caractère dépréciatif. En

<sup>122</sup> Où une différence significative des effets d'une mesure sur les deux sexes est exigée pour que la présomption d'illicéité s'applique, voir *supra*, n° 217, *in fine*.

<sup>123</sup> ATF 114 V 153, X.

<sup>124</sup> ATF 119 II 264, 270, X.

<sup>125</sup> Sur les difficultés que rencontrent les transsexuels en droit suisse : *Kein Raum zwischen den Geschlechtern. Für Transsexuelle existieren kaum rechtliche Regelungen*, NZZ, 1<sup>er</sup> novembre 2001, 15.

vertu de cette disposition, toute distinction opérée en fonction du sexe d'une personne est présumée dépréciative et donc contraire à la Constitution fédérale. Pour renverser la présomption, la collectivité publique peut démontrer que la mesure en cause n'a ni but ni effet dépréciatif pour les femmes ou pour les hommes. Cette démonstration pourrait se révéler difficile, puisque même des distinctions à première vue admissibles reposent très souvent sur des stéréotypes sur le rôle des sexes et peuvent ainsi avoir un caractère dépréciatif. Pourtant, le renversement de la présomption d'illicéité resterait possible et certaines mesures, surtout celles qui sont établies dans un but de protection des femmes ou de compensation de désavantages subis par elles dans la société, pourraient ainsi être conformes à l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>126</sup>. En soi, l'art. 8 al. 2 Cst. permet donc des distinctions entre les sexes, pour autant qu'elles ne soient pas dépréciatives.

299. *L'art. 8 al. 3 Cst. interdit toute distinction en fonction du sexe.* – Cependant, l'interdiction de la discrimination du fait du sexe doit avant tout être vue sous l'angle de l'art. 8 al. 3 Cst. Cette disposition a été adoptée par le constituant en 1981, en tant que deuxième alinéa de l'art. 4 aCst. (*supra*, n° 18). Elle stipule, dans sa première phrase, que « l'homme et la femme sont égaux en droit ». À l'instar de ce qui vaut pour l'art. 37 al. 2, pour le droit de cité, cette règle constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 8 al. 2 : selon la doctrine<sup>127</sup> et la jurisprudence constante du Tribunal fédéral<sup>128</sup>, l'art. 8 al. 3, première phrase<sup>129</sup>, interdit toute distinction en fonction du sexe. En d'autres termes, cette norme exige une neutralité parfaite de l'ordre juridique par rapport au sexe biologique d'une personne. Seules sont admises des distinctions qui s'imposent en fonction de différences biologiques, ainsi que certaines mesures positives au sens de l'art. 8 al. 3, deuxième phrase, pour autant que ces dernières respectent le principe de

---

<sup>126</sup> A côté des mesures protectrices fondées sur des différences biologiques (grossesse, accouchement), on pourrait par exemple penser à des mesures protectrices à cause de risques particuliers subis avant tout par les femmes (comme des offres nocturnes de transports publics à prix réduit), des mesures compensant des désavantages dans la vie professionnelle (comme la différence d'âge de la retraite, voir *infra*, n° 304), des mesures de promotion de la présence des femmes dans la vie professionnelle, scientifique et politique, etc.

<sup>127</sup> Voir *supra*, n° 131.

<sup>128</sup> Voir *supra*, n° 114 et 120. Voir, par exemple, ATF 123 I 152, 156, G. (*quotas soleurois*).

<sup>129</sup> Art. 4 al. 2, première phrase, aCst.

la proportionnalité<sup>130</sup>. Ainsi, et sous réserve des exceptions mentionnées, l'art. 8 al. 3, première phrase, déclare irréfragable la présomption d'illicéité établie par l'art. 8 al. 2.

Les deux règles se distinguent donc quant à leur portée juridique : l'art. 8 al. 2 interdit les distinctions *dépréciatives*, l'art. 8 al. 3, première phrase, en tant que règle spéciale, interdit *toutes* les distinctions qui se basent sur le critère du sexe, peu importe qu'elles aient ou non un caractère dépréciatif.

Aussi l'art. 8 al. 3 l'emporte-t-il devant l'art. 8 al. 2 et l'examen de l'admissibilité de distinctions en fonction du sexe doit-il se faire sous l'angle de cette disposition. Cette règle exclut même des distinctions qui n'ont aucun caractère dépréciatif et qui pourraient ainsi se révéler admissibles sous l'angle de l'art. 8 al. 2. En excluant certaines mesures protectrices ou compensatrices en faveur des femmes, l'art. 8 al. 3 a ainsi pour effet à la fois d'étendre et de limiter la portée de l'interdiction des discriminations sexuelles. En fin de compte, cette règle spéciale enlève toute portée propre à l'énumération du sexe comme critère « suspect » à l'art. 8 al. 2<sup>131</sup>.

300. *Critique.* – On peut se demander si l'interprétation de l'art. 8 al. 3, première phrase, Cst. (resp. de l'art. 4 al. 2, première phrase, aCst.) en tant qu'interdiction formelle des distinctions n'a pas pour effet que la protection constitutionnelle contre les discriminations sexuelles manque partiellement sa cible<sup>132</sup>. Plutôt que d'accorder aux femmes une protection ac-

<sup>130</sup> L'art. 8 al. 3 Cst. contient lui-même plusieurs phrases qui présentent entre elles une certaine contradiction (ATF 123 I 152, 157, *G. [quotas soleurois]*): si la première phrase interdit toute distinction en fonction du sexe, la deuxième phrase donne au législateur le mandat de « pourvoir à l'égalité de droit et de fait ». Certaines mesures législatives prises sur la base de la deuxième phrase devront alors nécessairement établir des distinctions en fonction du sexe. Elles constitueront des dérogations au principe énoncé par la première phrase. Pour que de telles mesures soient admissibles, le Tribunal fédéral exige notamment qu'elles respectent le principe de la proportionnalité (ATF 125 I 21, *Grüne Bewegung Uri [quotas uranais]*).

<sup>131</sup> En revanche, l'art. 8 al. 3 Cst. renforce l'interprétation, soutenue dans cette étude, selon laquelle l'art. 8 al. 2 n'interdit que les distinctions *dépréciatives* et que cette disposition ne peut pas avoir une portée formelle : en effet, si l'art. 8 al. 2 Cst. interdisait, à l'instar de ce qui vaut pour l'art. 8 al. 3, première phrase, toute distinction en fonction des critères énumérés, un alinéa spécial pour le critère du sexe n'aurait pas été nécessaire.

<sup>132</sup> En faveur d'une interprétation différente, voir notamment : AUER, *Mesures positives*, n° 17 ss ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 410 ss.

crue, en n'interdisant que les distinctions dépréciatives, comme le voudrait l'interdiction de la discrimination, la Constitution établit une règle formelle qui oblige en quelque sorte les collectivités publiques à fermer les yeux devant la réalité du sexe. Ainsi, doivent être déclarées contraires à la Constitution, non seulement des règles qui se basent sur des stéréotypes traditionalistes et dépassés, mais également des normes consacrant une protection particulière des femmes<sup>133</sup>. Par sa construction symétrique, la première phrase de l'art. 8 al. 3 a ainsi, avant tout, servi aux hommes et ce sont en grande partie eux qui s'en sont prévalus avec succès devant le Tribunal fédéral pour éliminer des normes qui les désavantageaient<sup>134</sup>.

Or, dans un monde où les femmes se voient confrontées à des difficultés particulières, issues d'une attribution traditionnelle des rôles, l'interdiction générale faite à l'Etat de tenir compte du sexe d'une personne n'est pas un moyen efficace de lutte contre la discrimination<sup>135</sup>. Les rôles sociaux des sexes et les désavantages qui en ressortent pour les deux sexes (avant tout pour les femmes, mais pas uniquement pour elles !) sont une réalité. On pourrait mieux y remédier et modifier ces rôles, si des mesures en faveur des femmes étaient admises, pour autant qu'elles n'aient pas d'effet dépréciatif envers les hommes<sup>136</sup> (ou les femmes elles-mêmes). On aurait donc probablement mieux assuré la protection contre les discriminations sexuelles en se limitant à la règle de l'art. 8 al. 2 et en ne l'assortissant pas d'une disposition spéciale qui en étend, certes, la portée juridique, mais qui en réduit considérablement le caractère protecteur.

### 3. Les exemples

301. *Des distinctions en droit cantonal.* – Comme nous l'avons vu, des distinctions en fonction du sexe n'ont en principe plus de place dans notre ordre juridique. Or, dans sa jurisprudence concernant l'art. 4 al. 2, première phrase, aCst., le Tribunal fédéral a eu à juger d'une série de cas de distinctions entre les sexes. Pour ce qui concerne les normes de droit cantonal

<sup>133</sup> MORAND, *L'érosion*, 78 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 415.

<sup>134</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 455 ; WEBER-DÖRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, n° 30.

<sup>135</sup> Dans le même sens : J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 410 ss (spéc. 414 s.) et 455 ss. Voir également WEBER-DÖRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, n° 30.

<sup>136</sup> Les hommes ne sont pas, du moins pas à l'heure actuelle, discriminés dans notre société et des mesures dépréciatives à leur égard constituent sans doute la grande exception.

nal, la Cour suprême a notamment jugé contraires à la Constitution les distinctions suivantes :

- Un programme d'examen d'admission au collège secondaire plus difficile pour les filles que pour les garçons<sup>137</sup>.
- L'absence de suffrage féminin dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures<sup>138</sup>.
- L'obligation des seuls hommes de participer au service du feu et de payer la taxe d'exemption y relative<sup>139</sup>.
- Une différence d'âge pour le droit à la rente de vieillesse de la prévoyance professionnelle<sup>140</sup>.
- Une différence de conditions pour l'obtention de la rente de veuf et de veuve dans la prévoyance professionnelle<sup>141</sup>.

Dans certains cas, la Cour suprême s'est limitée à constater l'inconstitutionnalité de la règle en question tout en l'appliquant quand même : la complexité de la matière nécessitait l'intervention du législateur<sup>142</sup>.

302. *Des distinctions, immunisées, en droit fédéral.* – L'immunité des lois fédérales empêchait le Tribunal fédéral de déclarer inapplicables des règles fédérales violant de manière flagrante l'égalité des sexes. Il s'agissait notamment de la différence d'âge de la retraite dans l'AVS (voir *infra*, n° 304), des différences entre les sexes concernant le travail de nuit et du

<sup>137</sup> ATF 108 Ia 22, *Fischer*, différence introduite, selon les autorités cantonales, dans le but d'égaliser les chances de succès des deux sexes.

<sup>138</sup> ATF 116 Ia 359, *Theresa Rohner*.

<sup>139</sup> ZBI 1987, 306 ; ATF 123 I 56, *Gemeinde Sils im Domleschg*.

<sup>140</sup> ATF 117 V 318, *Caisse de pensions de l'Etat de Soleure*, âge plus élevé pour les hommes.

<sup>141</sup> ATF 116 V 198, *K.*, conditions plus restrictives pour l'octroi de la rente de veuf.

<sup>142</sup> Voir, par exemple : ATF 109 Ib 81, 88, *Wenk* ; ZBI 1987, 306 ; ATF 117 V 318, 322 ss, *Caisse de pensions de l'Etat de Soleure* ; voir également les réflexions dans : ATF 116 V 198, 212 s., *K.*

dimanche<sup>143</sup> et de l'obligation des seuls hommes de servir dans la protection civile<sup>144</sup>.

303. *Des règles qui touchent indifféremment les femmes et les hommes.* – Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral est allé jusqu'au bout de la logique qui consiste à interpréter l'art. 8 al. 3 comme une interdiction absolue de toute distinction en fonction du sexe. Il a jugé inconstitutionnelle une règle qui touche les femmes et les hommes de manière identique et qui ne désavantage aucun des deux, mais qui avaient néanmoins, au fond, le sexe comme point de rattachement<sup>145</sup>.
304. *L'âge de la retraite*<sup>146</sup>. – Une question qui a fait couler beaucoup d'encre est celle de l'âge de la retraite différent des femmes et des hommes. En effet, cette différence est en contradiction ouverte avec le principe d'égalité formelle de l'art. 8 al. 3, première phrase. Le Tribunal fédéral a confirmé cette interprétation, en déclarant contraires à la Constitution des normes cantonales de prévoyance professionnelle<sup>147</sup>, ainsi que des normes fédérales sur l'AVS et la caisse fédérale d'assurances, ces dernières étant toutefois immunisées par l'art. 191 Cst.<sup>148</sup>.

Pour ce qui est du niveau fédéral, le législateur n'a corrigé que partiellement la situation inconstitutionnelle. Lors de la 10<sup>e</sup> révision de l'AVS, l'âge de la

<sup>143</sup> ATF 116 Ib 270, 282 ss, *Spinnerei Murg*; 116 Ib 284, 297 ss, *FTMH*.

<sup>144</sup> ATF 118 Ia 341, *M*. Cette obligation est toutefois prévue dans une disposition constitutionnelle qui déroge au principe d'égalité entre femmes et hommes : art. 22<sup>bis</sup> aCst., art. 61 al. 3 Cst.

<sup>145</sup> ATF 126 I 1, *B*. Le canton prévoyait la perception d'un émolument pour changement de nom (en vertu de l'art. 30 al. 2 CC), lorsque les fiancés choisissaient de porter le nom de la femme comme nom de famille. L'émolument était dû, par définition, par autant d'hommes que de femmes ; en revanche, aucun émolument n'est dû lorsque les conjoints portent, comme nom de famille, le nom de l'homme en vertu de l'art. 160 CCS.

<sup>146</sup> L'expression « âge de la retraite » est ici utilisée pour désigner l'âge ouvrant droit à la rente de vieillesse de l'AVS (ou de la prévoyance professionnelle) ; cet âge ne doit pas nécessairement coïncider avec le moment dans lequel une personne arrête de travailler.

<sup>147</sup> ZBI 1986, 482, *T*. ; ATF 117 V 318, *Caisse de pension de l'Etat de Soleure*.

<sup>148</sup> ATF 105 V 1, 2, *Achermann*, pour ce qui est des art. 3 et 21 de la LAVS ; 106 Ib 182, 190, *Henggeler*, pour ce qui concerne les statuts de la caisse fédérale d'assurance ; voir aussi ATF 121 V 229, *B.*, sur l'art. 21 LAVS. Dans tous ces cas, l'unanimité des lois fédérales obligeait le Tribunal fédéral à appliquer néanmoins les règles inconstitutionnelles (concernant les statuts de la caisse d'assurance, il se déclarait lié à cause de leur « étroite connexité » avec la LAVS) ; la Cour ne voyait pas non plus de remède dans les normes internationales que les recourants avaient invoquées.

retraite des femmes à été relevé successivement à 64 ans, celui des hommes restant fixé à 65 ans (art. 21 LAVS) ; dans la prévoyance professionnelle, l'âge de la retraite des hommes est toujours fixé à 65 ans et celui des femmes à 62 ans (art. 13 LPP). Le Conseil fédéral propose toutefois, dans son projet de 11<sup>e</sup> révision de l'AVS, un âge de la retraite identique (de 65 ans) pour les deux sexes, tant dans l'AVS que dans la prévoyance professionnelle<sup>149</sup>.

L'âge de la retraite est un exemple qui montre les effets différents qu'aurait l'application de l'art. 8 al. 2 Cst., à la place de l'art. 8 al. 3, dans le domaine des distinctions en fonction du sexe. Sans doute, l'âge de la retraite des femmes n'a pas été abaissé dans un but dépréciatif, et il serait difficile de soutenir que cette distinction a un effet dépréciatif sur les femmes ou les hommes. L'abaissement a été fait, en 1957 et en 1964, pour des raisons sociales. Il s'agissait d'améliorer la situation des femmes vivant seules et qui ne profitaient ainsi pas de la rente de couple accordée aux hommes mariés qui avaient une femme de plus de 60 ans, de surcroît, l'on voulait également compenser les désavantages des femmes dans le domaine du travail, des assurances sociales, mais aussi sur le plan physiologique, comme le disait à l'époque le Conseil fédéral dans son message<sup>150</sup>. Une grande partie de ces motifs ont perdu leur importance entre-temps. Toutefois, en 1990 encore, le Conseil fédéral s'opposait à une augmentation de l'âge de la retraite des femmes pour des raisons sociales. Il estimait que la différence d'âge de la retraite constitue une sorte de compensation pour des désavantages subis par les femmes dans d'autres domaines, notamment ceux de l'emploi, de la formation et des salaires, et

<sup>149</sup> Message concernant la 11<sup>e</sup> révision de l'assurance-vieillesse et survivants et le financement à moyen terme de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, du 2 février 2000, FF 2000 1771, 1845 ss et 1943, pour l'art. 21 LAVS, 1848 et 1953, pour l'art. 13 LPP. Le Conseil national a suivi, le 9 mai 2001, les propositions du Conseil fédéral : BO 2001 N II 412 ss, le Conseil des Etats l'a fait les 27 et 28 novembre 2002 : BO 2002 E 998 et 1022.

<sup>150</sup> Pour ce qui est de la 4<sup>e</sup> révision de l'AVS (abaissement à 63 ans) : message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi modifiant celle sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 25 juin 1956, FF 1956 I 1461, 1496 ss ; BO 1956 N 547 ss (voir notamment l'intervention du conseiller national Oellberg, *ibid.*, 551 ss). Pour ce qui est de la 6<sup>e</sup> révision de l'AVS (abaissement à 62 ans) : message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi modifiant celle sur l'assurance-vieillesse et survivants, ainsi qu'à l'initiative populaire pour l'augmentation des rentes de l'AVS et de l'AI en vue d'assurer un minimum vital suffisant, du 16 septembre 1963, FF 1963 II 497, 521.

qu'elle pourrait ainsi se justifier aussi longtemps que l'égalité dans les faits n'était pas entièrement réalisée<sup>151</sup>.

Il se dégage de ce qui précède que la compensation de désavantages subis par les femmes n'a ni but ni effet dépréciatif. Aussi longtemps que les femmes sont nettement désavantagées dans le domaine du travail<sup>152</sup>, la mesure compensatrice qui leur accorde le droit à obtenir une rente de vieillesse à 62 ans (que les hommes n'obtiennent qu'à 65 ans) et leur permet ainsi de se retirer plus tôt de l'activité lucrative n'est pas discriminatoire. Aussi l'art. 8 al. 3 Cst., en tant qu'exigence d'égalité formelle, exclut-il une mesure qui pourrait se révéler conforme à l'interdiction de la discrimination prévue à l'art. 8 al. 2.

305. *L'égalité des salaires.* – Depuis 1981, la Constitution fédérale stipule que « [l]'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale » (art. 4 al. 2, troisième phrase, aCst. ; art. 8 al. 3, troisième phrase, Cst.). Cette disposition confère un droit fondamental directement applicable par les tribunaux, qui a pour particularité d'avoir un effet horizontal direct, c'est-à-dire qu'il peut être invoqué non seulement dans les rapports de travail de droit public, donc envers l'Etat, mais également dans ceux de droit privé, donc entre particuliers<sup>153</sup>. Le principe stipulé par la Constitution a été concrétisé en outre par la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), qui prévoit notamment des allègements procéduraux.

Or, dans la réalité économique, les salaires des femmes sont encore inférieurs à ceux des hommes. Cela vaut non seulement si l'on considère le salaire moyen de toutes les femmes (y inclus celles qui n'exercent pas d'activité lucrative), mais également si l'on compare le salaire moyen par heure qu'obtiennent les femmes qui exercent une activité lucrative à celui

---

<sup>151</sup> Message du Conseil fédéral concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, du 5 mars 1990, FF 1990 II 1, 24 ss. Selon le Conseil fédéral, l'âge de la retraite ne pourrait être dissocié de la réalisation du principe de l'égalité dans l'ensemble des secteurs de la société, et les inégalités recensées au détriment des femmes étaient encore nombreuses et de poids.

<sup>152</sup> Cf., sur les inégalités salariales, *infra*, n° 305.

<sup>153</sup> G. MÜLLER, *Commentaire*, n° 141 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 464 ss ; WEBER-DÖRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, n° 33.

qu'obtiennent les hommes<sup>154</sup>. Cependant, les cas où une différence de salaire entre deux personnes est fixée expressément sur la base du critère du sexe sont probablement de plus en plus rares. Les causes de la différence des revenus sont généralement plus complexes. En effet, les salaires sont fixés en fonction de critères comme le niveau de formation, l'âge, l'expérience, les années de service ou l'exercice d'une fonction dirigeante au sein de l'entreprise. Dans presque tous ces domaines, les femmes sont statistiquement désavantagées par rapport aux hommes<sup>155</sup>; de surcroît, elles travaillent plus souvent dans des professions à bas niveau de salaires<sup>156</sup>. Cela explique en partie les différences de salaires entre femmes et hommes.

Selon le Tribunal fédéral, les critères mentionnés sont en principe des critères indépendants du sexe et ils sont ainsi admissibles pour la fixation des salaires; toutefois, ces critères peuvent cacher une discrimination indirecte en désavantageant de fait l'un des deux sexes<sup>157</sup>. Par conséquent, seules des différences de salaire justifiées par des critères objectifs et indépendants du sexe, ayant un lien avec le travail en question, sont conformes à l'art. 8 al. 3 Cst. Tout dépendra en outre de la question de savoir si, et dans quelle mesure, deux activités peuvent être considérées comme « travail de valeur égale ». Des méthodes d'analyse des fonctions ont aidé le Tribunal fédéral, dans sa riche jurisprudence concernant l'égalité des salaires, à procéder à cette comparaison<sup>158</sup>.

<sup>154</sup> ALBRECHT, *Lohnleichheit*, 2 ss; OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Annuaire statistique de la Suisse 2000*, Berne, 2001, 120 s. Voir aussi Message LEg, 1166 ss.

<sup>155</sup> Cf. Message LEg, 1172 ss.

<sup>156</sup> Ces différences sont avant tout un résultat de l'attribution traditionnelle des rôles: se vouant pendant des années à des tâches familiales, les femmes ont souvent un niveau de formation inférieur, comptent moins d'années de service, travaillent à temps partiel et occupent plus rarement des fonctions dirigeantes. Pour des références: ALBRECHT, *Lohnleichheit*, 2 ss.

<sup>157</sup> ATF 124 II 409, *Staat Zürich*; ALBRECHT, *Lohnleichheit*, 35 ss et 150 ss.

<sup>158</sup> Il irait trop loin de les présenter ici. Nous pouvons dès lors renvoyer à la thèse de M. ALBRECHT, *Lohnleichheit*, et à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, notamment aux ATF 124 I 223, *Einwohnergemeinde Däniken*; 124 II 409, *Staat Zürich*; 124 II 436, *Sandra Altermatt*; 124 II 529, *A.*; 125 I 15, *Ella Aegerter*; 125 I 71, *Sektion Bern des Schweizer Berufsverbandes der Krankenschwestern und Krankenpfleger*; 125 II 385, *Staat Solothurn*; 125 II 530, *Regina Stauffer*; 125 II 541, *Stadt Zürich*; 125 III 368, *S.* (concernant le secteur privé); 126 II 217, *B.*; 127 III 207, *K.* (également concernant le secteur privé).

306. *Les distinctions imposées par des différences biologiques.* – À part les mesures positives, prises en vertu du mandat donné au législateur par la deuxième phrase de l'art. 8 al. 3 et dont on a déjà parlé plus haut (*supra*, n° 219, voir également *infra*, n° 426 s.), la Constitution permet une autre exception au principe de l'égalité formelle entre les sexes : il s'agit des distinctions qui s'imposent en vertu des différences biologiques. En effet, depuis l'adoption de l'art. 4 al. 2 aCst., le Tribunal fédéral a toujours jugé que le principe d'égalité entre les sexes interdisait toute différence de traitement se basant sur le critère du sexe à l'exception des cas où un traitement identique serait absolument exclu à cause de « différences biologiques ou fonctionnelles » entre les sexes<sup>159</sup>.

Pour ce qui concerne les distinctions en fonction des « différences biologiques », il faut penser uniquement au rôle des sexes dans la reproduction, et non pas à d'autres différences physiques<sup>160</sup>. Il s'agit donc de règles de protection qui s'imposent pendant la grossesse et la maternité. Sont ainsi parfaitement conformes à l'art. 8 al. 3 Cst. les dispositions spéciales de la loi sur le travail concernant les femmes enceintes et les mères qui allaitent (art. 33 ss LTr) et du Code des obligations, notamment en ce qui concerne le droit au salaire en cas d'empêchement de la travailleuse (art. 324a al. 3), et la résiliation en temps inopportun (art. 336c al. 1, lit. c, CO), ainsi que l'instauration d'une assurance-maternité (art. 116 al. 3 Cst.).

Pour ce qui concerne les « différences fonctionnelles », que la jurisprudence ajoute systématiquement aux différences biologiques, il est douteux qu'elles aient une portée propre. Cette catégorie ne permettrait en aucun cas de justifier la reproduction du rôle social attribué aux sexes. En tout cas, il est difficile de voir des situations concrètes qui pourraient tomber sous cette catégorie<sup>161</sup>. L'énumération des causes de distinction admissi-

---

<sup>159</sup> Voir, par exemple : ATF 116 V 198, 208, K ; 123 I 56, 58, *Gemeinde Sils im Domleschg*.

<sup>160</sup> Ainsi, le Tribunal fédéral n'admet par exemple plus que des différences entre les forces physiques des femmes et des hommes puissent justifier une distinction entre les sexes, car une telle solution schématique ne permet pas de tenir compte de la situation individuelle des personnes : ATF 123 I 56, 58 ss, *Gemeinde Sils im Domleschg*, concernant l'obligation de participer au service du feu.

<sup>161</sup> Pour WEBER-DÜRLER, *Aspekte*, 363, l'exigence que les fouilles corporelles soient le fait d'une personne du même sexe et qu'un membre au moins d'un tribunal appelé à juger d'un cas de viol soit une femme pourraient constituer des exemples de distinctions en fonction de différences « fonctionnelles ».

bles devrait donc se limiter aux différences biologiques, la notion des différences fonctionnelles étant floue et n'ayant pas trouvé d'application dans la jurisprudence<sup>162</sup>.

## Section 5

### L'âge

307. *Introduction.* – Le critère de l'âge ne se trouvait pas dans le catalogue proposé par le Conseil fédéral et il a été ajouté par les Chambres – plus précisément par le Conseil des Etats, lors de l'élimination des divergences entre les Conseils<sup>163</sup>. L'âge est sans doute un critère difficile à appliquer, puisque l'ordre juridique suisse connaît beaucoup de distinctions en fonction de l'âge qui paraissent justifiées ou même imposées par les circonstances.

#### 1. La notion

308. *Définition.* – La notion ne présente pas de problèmes particuliers de définition : l'âge d'une personne est défini par la durée de temps écoulée depuis sa naissance. Suite à l'existence de registres d'état civil, sa détermination ne pose aucune difficulté.

Peut se prévaloir de l'art. 8 al. 2 toute personne, quel que soit son âge.

309. *Une protection particulière des jeunes...* – À l'origine de l'adjonction du critère de l'âge dans le catalogue de l'art. 8 al. 2 se trouve cependant la

---

<sup>162</sup> Voir MORAND, *L'érosion*, 79 s. ; G. MÜLLER, *Commentaire*, n° 137 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 459 ; WEBER-DÜRLER, *Aspekte*, 363, 361 ss ; WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit 2001*, n° 28.

<sup>163</sup> En effet, une proposition d'inclure le critère de l'âge a tout d'abord été rejetée par le Conseil national par 86 voix contre 69 ; elle a par la suite été reprise par la commission du Conseil des Etats, que les deux Chambres ont suivie, sans discussion (voir *supra*, n° 188). La décision n'était pas le fruit d'une discussion approfondie ; selon GRISEL, *Egalité*, n° 153, elle a été prise « sans réflexion approfondie ».

volonté d'accorder une protection particulière aux jeunes ; ce sont d'ailleurs les associations de jeunesse qui ont préconisé l'élargissement du catalogue<sup>164</sup>.

Dans le même ordre d'idées, le Parlement a ajouté au catalogue des droits fondamentaux un article spécifique, consacré à la « protection des enfants et des jeunes », qui ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral (art. 11 Cst.)<sup>165</sup>. La portée juridique de cette disposition, et notamment la question de sa justiciabilité, ne sont cependant pas tout à fait claires. Une partie de la doctrine soutient que certains aspects de l'art. 11 pourraient être directement applicables, sans toutefois indiquer lesquels<sup>166</sup>. Dans l'ensemble, l'art. 11 ne crée toutefois pas des droits subjectifs directement applicables<sup>167</sup> ; il a, avant tout, un rôle de guide d'interprétation, pour les lois, mais également pour la Constitution elle-même<sup>168</sup>.

Qui est « jeune » ? Ce terme ne connaît évidemment pas de définition généralement valable. Toutefois, des définitions légales sont à notre disposition. Selon l'art. premier de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989<sup>169</sup>, « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Le Code civil suisse fixe la majorité à 18 ans (art. 14). Il s'en dégage que les personnes

---

<sup>164</sup> Voir notamment les interventions de Mme Leumann, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 34 ; M. Gysin, *ibid.*, N 155 ; Mme Maury Pasquier, *ibid.*, N 168 ; M. Pelli, rapporteur de la commission, *ibid.*, N 171, et Mme Hubmann, rapporteuse de la commission, *ibid.*, N 172.

<sup>165</sup> C'était avant tout la majorité du Conseil national qui voulait un tel article (à 73 voix contre 67, malgré des doutes quant à sa portée juridique et notamment à sa justiciabilité), le Conseil des Etats y était en principe opposé ; l'article n'a obtenu l'aval de la Chambre des cantons que dans la procédure d'élimination des divergences. Voir BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 191 ss, E 156 s., N 417 ss, E 206 ss, N 470.

<sup>166</sup> Voir, par exemple, KLEY, *Grundrecht katalog*, 316.

<sup>167</sup> Cf. KOLLER, *Einleitungstitel*, 664 ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 910.

<sup>168</sup> Voir ATF 126 II 377, 388 ss, *A.A. et F.A.*, avec une présentation succincte des positions de la doctrine relatives à cet article (390). L'art. 11 – comme d'ailleurs l'art. 67 al. 1 Cst. – oblige tant le législateur que les autorités d'application à tenir compte, dans leurs tâches respectives, des besoins des jeunes et des enfants (à la différence de ce qui vaut pour la protection des jeunes prévue par l'art. 41 al. 1, lit. f, Cst., sur les buts sociaux, qui ne s'adresse qu'au législateur) : *ibid.*, 391.

Pour un exemple de l'utilisation de l'art. 11 Cst. dans l'interprétation des lois, voir ATF 128 IV 154 162 s., X.

<sup>169</sup> RS 0.107 ; entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997.

qui ont moins de 18 ans tombent sans doute sous cette catégorie. Néanmoins, rien n'empêche que l'art. 8 al. 2 accorde également une protection accrue aux personnes jeunes dépassant cet âge.

310. ...*et des personnes âgées*. – Dans les débats parlementaires, une attention particulière a toujours été accordée aux problèmes des personnes âgées, auxquelles une protection particulière devrait également être accordée<sup>170</sup>. D'aucuns estimaient même qu'en réalité le problème de la discrimination « semble toucher beaucoup plus les personnes âgées, et non les jeunes »<sup>171</sup>. En effet, on trouvera plus facilement en Suisse des exemples de traitements dépréciatifs à l'égard de personnes âgées qu'à l'égard de jeunes (voir *infra*, n° 313 ss).

## 2. La protection juridique

311. *L'âge, un critère courant de distinction*. – En vertu de l'art. 8 al. 2 Cst., des distinctions établies en fonction de l'âge d'une personne sont « suspectes » et présumées illicites. Cette présomption peut cependant être renversée. En effet, notre ordre juridique contient un grand nombre de distinctions en raison de l'âge, à commencer par la Constitution elle-même qui accorde, nous l'avons vu, une protection particulière aux enfants et aux jeunes (art. 11, 41 al. 1, lit. f et g, et 67 al. 1), instaure une prévoyance vieillesse (art. 111 ss), prévoit des allocations familiales (art. 116) et réserve les droits politiques au niveau fédéral aux personnes âgées de plus de 18 ans (art. 136). La législation, fédérale et cantonale, établit elle aussi d'innombrables distinctions en fonction de l'âge – qu'on pense par exemple au droit pénal, au droit des personnes et de la famille, au droit des contrats, aux assurances sociales, à la formation professionnelle ou à l'instruction publique. L'âge est un critère courant de distinctions dans notre société, distinctions qui sont, en règle générale, judicieuses et nécessaires.

<sup>170</sup> Interventions de M. Gysin, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 155 ; Mme Maury Pasquier, *ibid.*, N 168 ; M. Pelli, rapporteur de la commission, *ibid.*, N 171 ; Mme Hubmann, rapporteuse de la commission, *ibid.*, N 172.

<sup>171</sup> Intervention de M. Pelli, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 171. Dans le même sens : J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 421 s.

312. *Une présomption moins forte ?* – Dans maints domaines, il existe donc des raisons pertinentes et sérieuses pour différencier des règles de droit en fonction de l'âge. Parfois, le principe d'égalité impose même de telles distinctions. Aussi la présomption d'illicéité des distinctions en fonction de l'âge peut-elle être aisément renversée. Cette présomption est par conséquent moins forte pour le critère de l'âge que pour la race ou le sexe et elle est probablement la plus faible de toutes les présomptions établies par l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>172</sup>.

Cela ne veut cependant pas dire que toute distinction en fonction de l'âge soit d'emblée admissible et que des discriminations soient inimaginables dans ce domaine<sup>173</sup>. Le fait que le législateur utilise fréquemment un critère comme fondement de distinctions ne rend pas non discriminatoire toute utilisation de ce critère. Lorsqu'une personne se voit traitée de manière dépréciative du fait de son âge, elle est protégée par la Constitution fédérale : les distinctions en raison de l'âge sont présumées illicites, et lorsque leur caractère non-dépréciatif ne peut être démontré, elles sont contraires à l'art. 8 al. 2 Cst. En revanche, comme indiqué, les autorités n'auront, dans ce domaine, généralement pas trop de problèmes à présenter une motivation apte à renverser cette présomption.

### 3. Les exemples

#### a) Les personnes âgées

313. *Un risque non négligeable de discrimination.* – Les personnes âgées sont exposées à un risque non négligeable de discriminations. S'il est clair que les conditions d'âge qui se trouvent par exemple dans la législation sociale, concernant l'octroi de prestations de vieillesse, n'ont ni but ni effet

---

<sup>172</sup> Voir toutefois FENSKE, *Altersdiskriminierung*, 338, qui conteste l'idée généralement répandue, selon laquelle la motivation des différenciations en fonction de l'âge devrait répondre à des exigences moins élevées.

<sup>173</sup> On ne pourrait suivre à cet égard GRISEL, *Egalité*, n° 153, selon lequel « [i]nterdire à l'Etat les discriminations en fonction de l'âge n'a guère de sens, tant il est évident que le législateur continuera à établir les distinctions qui sont dictées par la force des choses ». Pour J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 421 s., l'énumération du critère de l'âge semble aussi être d'interprétation plutôt malaisée, la protection tant des jeunes que des personnes âgées étant suffisamment garantie par l'art. 8 al. 1 Cst.

dépréciatifs sur les personnes âgées<sup>174</sup>, des distinctions dans d'autres domaines peuvent poser plus de problèmes.

Un de ces domaines est le domaine professionnel, resp. l'exercice de certains métiers ou fonctions. Ici, des mesures en défaveur des personnes âgées peuvent être motivées par des préjugés selon lesquelles ces personnes seraient moins productives et qu'elles manqueraient de flexibilité ou de créativité. Ce sont des stéréotypes qui attribuent – souvent à tort – aux personnes âgées certaines qualités. Le problème s'aggrave lorsque les mesures prises ne permettent pas aux personnes touchées d'être appréciées selon leurs facultés individuelles. Nous examinerons par la suite trois questions concrètes qui peuvent se poser.

314. *La limite d'âge supérieure pour l'exercice du notariat.* – Sous l'empire de la Constitution de 1874, le Tribunal fédéral a jugé conforme au principe général d'égalité la limite d'âge de 70 ans prévue par la législation neuchâteloise pour l'exercice du notariat<sup>175</sup>. Il convient de se demander, à la lumière de l'art. 8 al. 2 de la nouvelle Constitution, si de telles limites d'âge supérieures n'ont pas un caractère dépréciatif, en tant qu'elles excluent les personnes âgées, pour le simple fait d'avoir un certain âge, et non pas pour cause d'une incapacité réelle.

La loi présume en effet que les facultés intellectuelles ou physiques des personnes de plus de 70 ans sont généralement insuffisantes pour assurer l'exercice correct du notariat. La loi ne donne pas de possibilité aux personnes touchées de prouver le contraire. La solution schématique choisie résulte d'un stéréotype vis-à-vis des personnes âgées, auxquelles on interdit complètement l'exercice de leur profession<sup>176</sup>. Par son caractère

<sup>174</sup> Cette législation accorde une prestation financière qui permet de se retirer, à partir d'un âge déterminé, de l'activité lucrative. L'âge donnant droit à cette prestation est fixé dans un processus politique et correspond à l'âge où une grande partie de la population veut avoir la possibilité de prendre la retraite. Cette mesure n'a pas de caractère dépréciatif : elle répond à un besoin de la plupart des personnes âgées, leur permettant une retraite après plusieurs décennies d'activité professionnelle ; elle n'exclut pas non plus les personnes âgées de toute activité professionnelle, puisqu'il n'existe pas (sous réserve d'exceptions ; voir notamment les cas que nous examinerons par la suite) d'interdiction d'exercer une activité lucrative au-delà de cet âge.

<sup>175</sup> Exercé dans ce canton selon le système du notariat libre ; ATF 124 I 297, *Luc Meylan*. Voir également *supra*, n° 105.

<sup>176</sup> Le *Bundesverfassungsgericht* allemand n'admet la compatibilité de solutions schématiques avec le principe d'égalité que si « die durch sie eintretenden Härten und

schématique et absolu, la mesure a un effet d'exclusion et de dépréciation. Le but, admissible en soi, d'empêcher l'exercice du notariat par des personnes incapables, aurait pu être atteint par d'autres moyens, plus respectueux de la valeur et de la dignité des personnes âgées, notamment par un examen régulier des facultés des notaires à partir d'un certain âge (solution appliquée, sans poser de problèmes insurmontables, dans le domaine des permis de conduire<sup>177</sup>). Le choix du législateur rend difficile la démonstration du caractère non dépréciatif de la mesure et les autorités n'arriveraient probablement pas à renverser la présomption d'illicéité. Partant, sous l'empire de la nouvelle Constitution, le recours devrait en principe être admis pour violation de l'art. 8 al. 2 Cst.

315. *Les mises au concours de postes avec limite d'âge.* – Le même problème pourrait se poser lorsque des postes de l'administration seraient mis au concours avec des limites d'âge supérieures ou lorsque des personnes postulantes ne sont pas retenues uniquement à cause de leur âge élevé. Les arguments que nous venons de discuter dans le contexte de la loi neuchâteloise sur le notariat valent également pour cette question : sauf dans certains cas particuliers<sup>178</sup>, des limites d'âge supérieures formelles, par exemple de 55 ou de 60 ans, sont en principe contraires à la Constitution<sup>179</sup>.

Cela ne vaut cependant pas de la même manière pour les limites d'âge qui se réfèrent à l'âge de la retraite<sup>180</sup>. Il est admissible que l'Etat n'occupe que des

---

Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismässig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist. Wesentlich ist ferner, ob die Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären » : BVerfGE 87 234, 255.

<sup>177</sup> En vertu de l'art. 7 al. 3, lit. b, de l'Ordonnance réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC), du 27 octobre 1976 (RS 741.51), un contrôle médical des conducteurs âgés de plus de 70 ans est exigé tous les deux ans.

<sup>178</sup> FENSKE, *Altersdiskriminierung*, 37 s. et 150 ss, décrit la jurisprudence américaine selon laquelle de telles limites ne sont acceptables que dans des métiers où une soudaine interruption des capacités physiques aurait des conséquences particulièrement graves ; cela pourrait par exemple être le cas pour les agents de police, les pilotes ou les conducteurs de bus.

<sup>179</sup> Pour la solution adoptée par le législateur américain, s'appliquant aux relations de travail de droit public et privé, voir *infra*, n° 415 *in fine*.

<sup>180</sup> Selon l'art. 10 al. 2, lit. a, de la Loi fédérale sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000 (LPers, RS 172.220.1), les rapports de travail du personnel de la Confédération prennent automatiquement fin à l'âge donnant droit à une rente de vieillesse en vertu de la LAVS. Dans le canton de Berne, par exemple, les membres des autorités de l'Etat et les

personnes qui n'ont pas en même temps droit à une rente de vieillesse. Une telle règle se base non pas sur la présomption que ces personnes ne seraient plus capables d'exercer correctement leurs tâches, mais sur une politique qui permet un « renouvellement naturel » du personnel et qui réserve les postes aux personnes qui ne reçoivent pas déjà, de la part de la sécurité sociale étatique, les moyens financiers nécessaires à leur entretien. Tant et aussi longtemps que l'on n'interdit pas à ces personnes l'exercice d'une activité lucrative dans le secteur privé<sup>181</sup>, la mesure n'a pas un effet dépréciatif.

316. *Les limites d'âge supérieures pour l'éligibilité.* – Une autre question qui se pose dans ce contexte est celle de savoir si des limites d'âge supérieures pour l'éligibilité au sein des autorités exécutives ou judiciaires ou même à des fonctions législatives sont compatibles avec l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>182</sup>. De telles règles entrent non seulement en conflit avec l'interdiction de la discrimination, mais également avec la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.). Des limites d'âge supérieures pour le *droit de vote* seraient ainsi sans aucun doute contraires à la Constitution fédérale et à l'exigence du suffrage universel<sup>183</sup>. Pour ce qui est des limites

---

agents « prennent leur retraite » au plus tard à 65 ans, dans des cas exceptionnels, la nomination peut être reconduite d'année en année jusqu'à 70 ans, tout ou partie de la rente de vieillesse pouvant dans ce cas être déduite du traitement (art. 16 de la Loi sur le statut général de la fonction publique, du 5 novembre 1992 [RSB 153.01]).

<sup>181</sup> Ce qui est le cas pour la limite d'âge prévue pour le notariat, cf. *supra*, n° 314.

<sup>182</sup> Plusieurs cantons posent de telles exigences, voir MAHON, *Citoyenneté*, n° 17, note 33, et le message du Conseil fédéral concernant la garantie de la constitution du canton de Glaris, du 23 août 1989, FF 1989 III 706, 715 s. Voir, à ce sujet, par exemple la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, du 30 avril 1995, qui prévoit une limite d'âge de 65 ans pour la fonction de conseiller d'Etat et de juge dans les tribunaux cantonaux (art. 66 ; RS 131.224.1).

Plus récemment, la décision de la commune bernoise de Madiswil d'exclure l'éligibilité des personnes âgées de plus de 70 ans pour toute fonction politique (conseil communal, commissions ; pratique qui semble être répandue dans les communes bernoises) a déclenché un large débat sur l'admissibilité des limites d'âge dans le canton de Berne. Voir par exemple : *Mit 70 Jahren hat es sich in Madiswil auspolitisiert*, Der Bund, 25 mai 2002, 23 ; *Madiswil ist alles andere als ein Einzelfall*, Der Bund, 9 août 2002, 17 ; KETTIGER Daniel, *Unzulässiges Mittel gegen « Sesseldeber »*, Altersgrenzen für öffentliche Ämter aus rechtlicher Sicht, NZZ, 15 août 2002, 12. Deux motions demandant au Conseil-exécutif bernois de réviser la Loi sur les communes (RSB 170.11) afin d'interdire de telles limites d'âge ont été transmises par le Grand Conseil le 20 novembre 2002 : Journal du Grand Conseil du canton de Berne, 2002, 957 ss.

<sup>183</sup> HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 60.

d'âge supérieures pour l'*éligibilité*, en revanche, la réponse est moins évidente. L'Assemblée fédérale a cependant jugé, sous l'empire de l'ancienne Constitution, que de telles limites sont conformes au droit fédéral<sup>184</sup>.

Il est douteux que cette pratique puisse être maintenue à la lumière de l'art. 8 al. 2 Cst. Des distinctions du fait uniquement de l'âge sont présumées illicites en vertu de cette disposition. Si l'exercice de fonctions exécutives, judiciaires ou législatives exige incontestablement certaines capacités, le schématisme d'une limite d'âge exclut cependant d'emblée toutes les personnes âgées, indépendamment de leurs capacités individuelles. Il est sans doute difficile d'imaginer un examen scientifique des capacités des candidat-e-s avant une élection populaire, qui ressemblerait au procédé décrit pour les conducteurs ayant plus de 70 ans. Dans la démocratie, toutefois, c'est l'élection en tant que telle qui constitue, en partie au moins, un examen de capacité : il appartient à l'organe d'élection de juger des capacités des candidat-e-s. De toute manière, la limite d'âge ne permet pas d'assurer que les candidat-e-s disposent de qualités suffisantes pour l'exercice des tâches qui les attendent. S'il s'agit de promouvoir une rotation entre les titulaires de charges publiques, d'autres moyens – notamment la limitation de la durée des mandats<sup>185</sup> – sont à disposition. Exclure une catégorie de personnes du fait de leur âge élevé est en revanche une mesure qui a un effet dépréciatif pour les personnes âgées. Elle les exclut d'emblée d'une participation politique et les prive, même si elles disposent encore de toutes leurs facultés, de la possibilité de participer à une concurrence démocratique. Des arguments particulièrement sérieux – nécessaires pour renverser la présomption d'illicéité de la distinction –, font donc défaut. Les limites d'âge supérieures pour l'éligibilité paraissent, dès lors, contraires à l'interdiction de la discrimination.

---

<sup>184</sup> MAHON, *Citoyenneté*, n° 17 ; message précité (note 182), 715 ss (avec une discussion approfondie de la question de savoir si une limite d'âge de 65 ans pour l'élection au Conseil des Etats était admissible), et message du Conseil fédéral concernant la garantie de la constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, du 10 janvier 1996, FF 1996 I 965, 973, que l'Assemblée fédérale a suivis.

<sup>185</sup> Jugée conforme au droit fédéral : message du Conseil fédéral concernant la garantie de la constitution révisée des cantons de Zurich, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, de Schaffhouse, d'Argovie, de Thurgovie, du Valais, de Genève et du Jura, du 6 décembre 1999, FF 2000 1048, 1055 ; que l'Assemblée fédérale a suivi.

HANGARTNER/KLEY<sup>186</sup> font une différence entre les limites d'âge supérieures pour les autorités qui exigent la présence de toutes les forces physiques et psychiques (gouvernements, tribunaux) et pour la fonction législative : si la règle est admissible pour la première catégorie, elle serait par contre inadmissible pour la seconde. En effet, il existe plus d'arguments à l'appui des limites d'âge pour les fonctions gouvernementales et judiciaires (les exigences physiques élevées de la fonction, la volonté de réserver des postes rémunérés à des personnes ne bénéficiant pas en même temps d'une rente de vieillesse). Cependant, l'éligibilité aux fonctions politiques et judiciaires soumises à élection populaire doit répondre à la fois aux exigences de l'art. 8 al. 2 et à la garantie des droits politiques. Or, les droits politiques sont un domaine particulièrement sensible<sup>187</sup>, où des distinctions en fonction des critères figurant à l'art. 8 al. 2 ne sont en principe pas admissibles, sous réserve des cas où une telle différenciation s'imposerait. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce puisque l'élection populaire constitue, à mon avis, une garantie suffisante pour assurer que seules des personnes qui ont des capacités suffisantes soient élues dans de telles fonctions.

317. *Les soins médicaux.* – Un autre problème qui pourrait toucher les personnes âgées est celui des interventions médicales, plus précisément celui d'une éventuelle non-intervention ou même du contingentement de certains traitements médicaux<sup>188</sup>. La limitation des soins médicaux peut être dépréciative si on juge qu'une personne « ne vaut plus » une intervention médicale, mais elle peut également être justifiée par le respect de la dignité d'un patient, dont on n'essayera peut-être pas de prolonger la vie à tout prix. Tout dépend donc des circonstances. D'une manière générale, on peut toutefois dire que le rationnement de soins médicaux en fonction du critère de l'âge ne paraît guère compatible avec l'art. 8 al. 2 Cst. Des critères non suspects, notamment médicaux (l'augmentation de la qualité de vie de la personne par l'intervention, la probabilité de prolonger son espérance de vie, etc.), sont à disposition pour d'éventuels rationnements des soins médicaux<sup>189</sup>.

<sup>186</sup> HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 248, 1414 et 1508.

<sup>187</sup> Voir aussi KETTIGER (note 182), 12.

<sup>188</sup> Voir notamment l'intervention de M. Pelli, rapporteur, BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 171.

<sup>189</sup> Voir, sur cette question : STEFFEN Gabrielle, *Droit aux soins et rationnement. Approche d'une définition des soins nécessaires*, thèse Neuchâtel, Berne, 2002, 271 ss, avec beaucoup de références.

b) Les jeunes

318. *Des cas de discrimination plutôt rares.* – Comme indiqué, la protection contre les discriminations du fait de l'âge a été introduite notamment pour protéger les jeunes dans notre société. Cependant, des cas de discriminations étatiques à cause du jeune âge d'une personne semblent plutôt rares. Voici toutefois deux exemples de règles qui peuvent poser problème par rapport à l'art. 8 al. 2 Cst.
319. *L'exclusion des mineurs de certains moyens auxiliaires de l'AI.* – Dans l'arrêt *IV-Stelle Schwyz*<sup>190</sup>, le Tribunal fédéral avait à juger d'une ordonnance du Conseil fédéral qui excluait les bénéficiaires de rentes AI mineurs du droit aux contributions au coût de la transformation de véhicules à moteur nécessitée par l'invalidité<sup>191</sup>. Selon le Tribunal fédéral, l'exclusion des mineurs n'était justifiée par aucun motif raisonnable dans le contexte de l'AI. Selon cet arrêt, rendu sous l'empire de la nouvelle Constitution, la disposition litigieuse est à la fois contraire à l'art. 8 al. 1 et à l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>192</sup>

Si l'on suit le concept de discrimination proposé dans cette étude, l'arrêt donne lieu à quelques réflexions dogmatiques par rapport à l'application de l'art. 8 al. 2. Tout d'abord, la mesure est sans doute contraire, tant au principe de la légalité qu'à la garantie générale d'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.). Comme le dit à juste titre le Tribunal fédéral, la limitation des coûts n'est pas un motif pertinent pour établir une différence entre assurés mineurs et majeurs : selon la LAI, l'assuré a droit à ce que l'assurance prenne en charge les moyens auxiliaires dont il a besoin « pour se déplacer, établir des contacts avec son entourage ou développer son autonomie personnelle » (art. 21 al. 2 LAI). Or, l'âge de l'assuré n'a pas de lien avec ces objectifs.

---

<sup>190</sup> ATF 126 V 270, *IV-Stelle Schwyz*. Voir également *supra*, n° 121.

<sup>191</sup> Chiffre 10.05 de la liste des moyens auxiliaires de l'annexe de l'Ordonnance concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité, du 29 novembre 1976 (OMAI, RS 831.232.51), dans la version en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1997.

<sup>192</sup> Le Tribunal fédéral y a d'ailleurs appliqué les critères du système de restriction de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public, proportionnalité) à une mesure touchant l'art 8 Cst. La mesure a été jugée contraire à la Constitution fédérale à cause de l'absence d'un intérêt public prépondérant. Selon la doctrine dominante, cependant, le système des restrictions de l'art. 36 Cst. ne s'applique pas à l'art. 8 (voir *supra*, n° 215 *in fine*).

Il est en revanche douteux que l'exclusion des mineurs de la prise en charge des coûts ait effectivement un caractère dépréciatif : s'il est vrai que la mesure est contraire à l'art. 8 al. 1 Cst., elle ne contient toutefois pas un jugement de valeur dépréciatif envers les assurés jeunes. Il s'agit plutôt d'une conséquence de la volonté de limiter les coûts de l'assurance reposant sur la considération, erronée, que les mineurs n'auraient pas besoin de véhicules pour se déplacer. Cette considération a certes un caractère schématique, mais elle ne reflète pas une attitude dépréciative.

Cependant, comme on l'a vu, la règle ne repose pas sur des motifs pertinents ; dès lors, les autorités ne parviendront pas à apporter des arguments particulièrement sérieux pour renverser la présomption d'illicéité et à démontrer ainsi que la règle n'a pas de caractère dépréciatif. Pour l'exprimer d'une manière plus générale, on peut dire que lorsqu'une distinction en fonction d'un critère « suspect », énuméré à l'art. 8 al. 2, ne repose pas sur un motif raisonnable et viole par conséquent le principe d'égalité (art. 8 al. 1), il sera extrêmement difficile – voire impossible – de démontrer l'existence de motifs particulièrement sérieux, aptes à renverser la présomption d'illicéité établie par l'art. 8 al. 2<sup>193</sup>.

320. *La limite d'âge pour le droit de vote.* – Un autre problème qui a été discuté ces derniers temps est l'exclusion du droit de vote des jeunes entre 16 et 18 ans. Cette règle a-t-elle un but ou un effet dépréciatif ? La réponse n'est pas aisée. En effet, si l'exigence d'un âge minimum pour l'acquisition des droits politiques s'impose<sup>194</sup>, le seuil à partir duquel ces droits *doivent* être accordés ne peut pas être déterminé de manière objective. Ce seuil a d'ailleurs été abaissé de 20 à 18 ans au cours des vingt dernières années en Suisse, tant au niveau fédéral<sup>195</sup> qu'au niveau canto-

<sup>193</sup> Notons toutefois que la question ne revêtira généralement qu'un intérêt académique, puisque le recours devrait déjà être admis pour violation de l'art. 8 al. 1 Cst.

<sup>194</sup> Une règle qui accorderait le droit de vote à des enfants en bas âge serait contraire au droit fédéral, comme le soulignait le Conseil fédéral dans son message concernant la garantie fédérale de la Constitution de Glaris, FF 1989 III 706, 715 ss.

<sup>195</sup> Votation populaire du 3 mars 1991 (suite à des initiatives parlementaires ; pour le rapport de la commission du Conseil national : FF 1990 I 1119, pour l'avis du Conseil fédéral : FF 1990 I 1469, pour le résultat de la votation : FF 1991 II 637). Une première tentative pour abaisser l'âge de la majorité politique à 18 ans avait échoué de justesse lors de la votation du 18 février 1979 (également suite à une initiative parlementaire ; rapport de la commission du Conseil national : FF 1976 II 1369, avis du Conseil fédéral : FF 1976 III 1153, résultat de la votation : FF 1979 II 8).

nal<sup>196</sup> ; de surcroît, plusieurs propositions politiques de l'abaisser à 16 ans ont été formulées depuis<sup>197</sup>.

Le principe d'égalité oblige le législateur à exclure du droit de vote les enfants incapables de discernement politique ; il lui laisse en revanche une marge d'appréciation pour fixer le seuil à partir duquel ce discernement est présumé<sup>198</sup>. Mais, si la solution choisie par le législateur est motivée par des considérations dépréciatives à l'égard des jeunes ou si elle a un tel effet, elle viole l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.). Lors du débat au Conseil national, peu d'arguments contre l'abaissement de la majorité politique à 16 ans ont été avancés : tout le monde semble avoir été d'avis que « l'argument selon lequel les jeunes de 16 ans n'auraient pas la maturité politique nécessaire n'est plus de mise »<sup>199</sup>. Les adversaires ont avant tout considéré que l'âge du droit de vote ne devrait pas être différent de celui de la majorité civile et du droit de contracter un mariage<sup>200</sup>. La décision du Conseil national ne témoigne donc pas d'une attitude dépréciative. Le schématisme de la solution, présument une incapacité politique avant l'âge de 18 ans – sans possibilité de prouver le contraire –, est toutefois problématique. Il pourrait avoir, par son caractère d'exclusion, un effet dépréciatif.

Cependant, dans ce domaine, une solution schématique ne paraît guère évitable : un examen individuel des capacités politiques des jeunes qui donnerait, le cas échéant, accès au droit de vote même avant 18 ans – solution qui éviterait le schématisme –, entrerait en conflit avec le principe même du suffrage universel<sup>201</sup>. Ces arguments suffiront-ils à renverser la présomption d'illicéité ? À mon avis, et au stade actuel du débat du

---

<sup>196</sup> Voir MAHON, *Citoyenneté*, n° 14.

<sup>197</sup> Le Conseil national a rejeté, le 5 juin 2000, par 89 voix contre 79, une motion de la Commission des institutions politiques qui proposait d'accorder la capacité politique active à 16 ans : BO 2000 N II 494 ss. Au niveau cantonal, par exemple, le Grand Conseil bernois a refusé, le 17 novembre 1998, une motion visant l'abaissement des droits politiques à 16 ans (un postulat chargeant le Conseil-exécutif d'examiner cet abaissement au niveau communal a toutefois été transmis : Journal du Grand Conseil du canton de Berne, 1998, 740 ss).

<sup>198</sup> MAHON, *Citoyenneté*, n° 16. Cette marge d'appréciation pourrait peut-être couvrir l'âge entre 15 et 20, peut-être même 21 ans. L'art. 8 al. 1 Cst. est donc respecté qu'on accorde ou non le droit de vote aux jeunes de 16 à 18 ans.

<sup>199</sup> Intervention de M. Cina, rapporteur de la commission, BO 2000 N II 497.

<sup>200</sup> Intervention de M. Glur, BO 2000 N II 496.

<sup>201</sup> À côté de problèmes pratiques, considérables, mais qui pourraient être résolus.

moins, on devrait l'admettre : une limite d'âge moins élevée pourrait peut-être se révéler plus adéquate, mais, dans la mesure où le législateur doit impérativement fixer un seuil applicable à tous, le choix d'un âge minimal de 18 ans n'a pas un caractère dépréciatif.

c) Autres distinctions en fonction de l'âge

321. *Les limites d'âge dans le monde académique.* – Enfin, jetons encore un coup d'œil sur une distinction du fait de l'âge qui ne vise ni particulièrement les jeunes, ni les personnes âgées : il s'agit des limites d'âge supérieures qui existent dans certains domaines du monde académique. Ainsi, par exemple, les bourses accordées par le Fonds national suisse de la recherche scientifique sont généralement soumises à une limite d'âge de 30 à 40 ans<sup>202</sup> ; l'âge maximal d'engagement des assistants à l'Université de Neuchâtel a été fixé, en vertu de recommandations de la Conférence universitaire suisse, à 30 ans<sup>203</sup>, les bourses de formation accordées par le canton de Berne sont limitées aux requérants qui ont moins de 40 ans<sup>204</sup>, etc. Ces limites d'âge désavantagent les personnes qui présentent un cursus universitaire moins « classique », notamment celles qui entament des études après avoir exercé une activité lucrative ou assumé des tâches familiales. Les distinctions du fait de l'âge étant présumées illicites, se pose

<sup>202</sup> Voir notamment le Règlement relatif à l'octroi de bourses de recherche pour chercheuses et chercheurs débutant(e)s, du 16 octobre 2001 (art. 6, al. 1, lit d : limite d'âge de 33 ans) ; le Règlement relatif à l'octroi de bourses pour chercheurs et chercheuses avancé(e)s, du 16 octobre 2001 (art. 6 al. 1, lit. 6 : limite d'âge de 35 ans) ; les Directives pour les bourses Heinrich Kronstein (limite d'âge de 33 ans), le Règlement sur l'octroi des subsides dans le cadre du programme de professeurs boursiers, du 26 mars 1999 (art. 3, lit. c : limite d'âge de 40 ans) ; et les Directives sur l'octroi de Subsides Marie Heim-Vögtlin, du décembre 2000 (dont l'art. 3, lit. d, prévoit une limite d'âge de 45 ans et accorde la préférence, « à qualification égale », aux candidates plus jeunes [malgré le fait que ces subsides sont destinés particulièrement à l'encouragement des femmes qui ont vécu un ralentissement dans leur carrière, notamment pour des raisons familiales : art. 1]).

<sup>203</sup> Art. II.5 des Directives du rectorat concernant le renouvellement académique, édition de février 2002 (pour les maîtres-assistants, la directive fixe la limite d'âge à 35 ans : art. III.4).

La nouvelle loi sur l'Université, soumise au Grand Conseil en 2002, renonce à la limite d'âge : Rapport du Conseil d'Etat à l'appui du projet de loi sur l'Université, du 15 mai 2002, 32.

<sup>204</sup> Art. 5 al. 3 de la Loi concernant l'octroi de subsides de formation, du 18 novembre 1987 (Loi sur les bourses [LB] ; RSB 438.31).

alors la question de savoir si les autorités arriveront à démontrer que ces mesures n'ont pas de caractère dépréciatif.

Les limites d'âge dans le monde académique pourraient être motivées notamment par deux buts. Soit on veut rendre plus difficile l'accès à une carrière académique aux personnes dépassant un certain âge, car une telle carrière devrait en principe être réservée aux jeunes. Une telle motivation serait, en elle-même, dépréciative. Le refus de soutenir des gens qui ont exercé, avant ou après leurs études, une activité (notamment familiale ou professionnelle) en dehors de l'université, revient à obliger tout le monde à suivre un seul cursus universitaire, « classique ». On signale ainsi que d'autres manières d'accéder au monde scientifique sont exclues ou, pour le moins, jugées moins dignes de soutien. Cela aurait notamment pour effet d'exclure sciemment une grande partie des femmes et des personnes de couches sociales moins aisées. Une telle motivation aurait un caractère dépréciatif et serait, dès lors, inadmissible sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst.

Soit les limites d'âge sont motivées par le souci que les fonds destinées à la promotion de la recherche ou aux postes d'assistant servent en première ligne la relève universitaire. Or, pour garantir cela, d'autres mesures sont à disposition. Pour ce qui est des bourses du Fonds national, l'examen des dossiers permet de les réserver aux personnes qui, quel que soit leur âge, sont susceptibles de faire partie de la relève académique ; pour ce qui concerne l'engagement des assistants, il suffit de prévoir que les postes sont « réservés en principe à des personnes envisageant de préparer une thèse de doctorat »<sup>205</sup>. Une limite générale d'âge n'est donc pas nécessaire pour atteindre cet objectif. Exclure d'emblée et de manière générale les personnes de plus de 30 ans témoigne en revanche de stéréotypes à leur égard. Pourquoi, *a priori*, les personnes à cursus « inhabituel » ne pourraient-elles pas faire partie de la « relève universitaire » et être désireuses et capables de poursuivre une carrière académique ? Réserver exclusivement une carrière scientifique à des gens d'un certain âge n'est pas admissible sous l'angle de l'art. 8 al. 2<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> Ce que les directives neuchâtelaises (note 203) prévoient déjà à l'art. II.1.

<sup>206</sup> Une telle règle peut également constituer une discrimination indirecte en raison du sexe et de la situation sociale, puisqu'elle touchera plus souvent les femmes et les personnes de couches socialement défavorisées, dans la mesure où ces dernières ont plus souvent un cursus universitaire « inhabituel » et sont donc, matériellement, plus fortement touchées par cette exclusion.

Toutefois, les règles mentionnées sont toutes assorties d'une clause permettant le dépassement de la limite d'âge « dans des cas justifiés » ; ce qui laisse la possibilité aux autorités d'assouplir le schématisme et de tenir compte de cursus universitaires « inhabituels »<sup>207</sup>. Ainsi, l'application non discriminatoire de ces dispositions est possible. Ce sont par conséquent avant tout les *décisions* qui seront exposées au contrôle de leur conformité par rapport à l'art. 8 al. 2. Les autorités ne pourraient refuser une aide que dans les cas où un candidat, notamment pour des raisons scientifiques, n'est *pas* susceptible de mériter un soutien et elles ne sauraient refuser des subsides uniquement à cause de l'âge du requérant. Interprétées de cette façon, les limites d'âge peuvent être appliquées de manière conforme à la Constitution ; elles revêtent ainsi surtout un rôle de guide d'interprétation et non pas de règle stricte.

## Section 6

### La langue

322. *Introduction.* – L'interdiction de la discrimination du fait de la langue fait partie du contenu classique des normes anti-discriminatoires, qu'il s'agisse de normes internationales ou internes. En Suisse, pays quadrilingue et fédéraliste, la protection des langues minoritaires est non seulement contenue à l'art. 8 al. 2 Cst., mais fait, en plus, l'objet de plusieurs dispositions spéciales de la Constitution. Or, ces normes et les rapports entre elles sont complexes et font l'objet de vives discussions en doctrine et en politique, discussions qui ne sauraient être présentées ici que de manière succincte.

<sup>207</sup> Ainsi, par exemple, l'art. 6 al. 1, lit d, du Règlement sur les bourses pour chercheurs et chercheuses avancé(e)s (note 203) stipule que, « [d]ans des cas justifiés, un dépassement de la limite d'âge peut (...) être accordé si [les requérants] ont effectué des études tardives après une première formation ou terminés des études dans un second domaine (...), ou ont subi des retards inévitables dans leur carrière scientifique en raison de charges d'assistance familiale ou envers la parenté, ou pour d'autres justes motifs ». Les autres lois et règlements se limitent en général à permettre les exceptions « dûment motivées ».

## 1. La notion

323. Il n'existe pas de définition généralement valable de ce qu'est une « langue »<sup>208</sup>. Pour ce qui intéresse notre étude, nous pouvons retenir qu'une langue est un « système de signes vocaux et éventuellement graphiques, propre à une communauté d'individus, qui l'utilisent pour s'exprimer et communiquer entre eux »<sup>209</sup>. La langue a, à la fois, un aspect collectif et un aspect individuel. D'une part, elle « constitue l'une des modalités d'expression de l'identité culturelle des groupes sociaux »<sup>210</sup>, d'autre part, elle constitue une qualité étroitement liée à la personne même.

À l'instar de ce qui vaut dans le contexte de la liberté de la langue (art. 18 Cst.), la notion de langue au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. doit être comprise dans un sens large<sup>211</sup> : quand l'art. 8 al. 2 parle de langue, il entend par là toute langue dans laquelle s'exprime une personne. La notion s'étend, bien évidemment, aux langues nationales de la Suisse, mais elle couvre également n'importe quelle langue utilisée, qu'il s'agisse de la langue maternelle ou d'une autre langue. La notion inclut l'expression orale et écrite et se réfère tant à la langue standard qu'à sa variante dialectale. De surcroît, entrent dans le champ d'application de l'art. 8 al. 2, non seulement l'idiome qui est utilisé, mais également la manière dont une personne s'en sert : sont par exemple également couvertes par cette disposition des distinctions qui se rattachent à la maîtrise insuffisante de la langue du lieu par une personne immigrée.

Pour ce qui est de la langue des signes, son utilisation est protégée autant par le critère de la langue que par celui de la déficience corporelle.

---

<sup>208</sup> Brockhaus. *Die Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden*, 20<sup>e</sup> éd., tome 20, Leipzig/Mannheim, 1998.

<sup>209</sup> *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, tome 6, Paris, 1934.

<sup>210</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. II*, n° 1046.

<sup>211</sup> Cf. J. P. MÖLLER, *Grundrechte*, 424. Voir, dans le contexte de la liberté de la langue : ATF 122 I 236, 238, *Jorane Althaus* ; J. P. MÖLLER, *op. cit.*, 121 ; BORCHI Marco, *La liberté de la langue et ses limites*, in : THÜRER/AUBERT/MÖLLER, *Droit constitutionnel*, 607 – 618, n° 6.

## 2. La protection juridique

324. *Une matière complexe.* – La protection des langues est, notamment dans notre Etat plurilingue et fédéraliste, un sujet très complexe. Elle se compose d'un aspect individuel et d'aspects collectif et institutionnel. L'aspect individuel concerne l'utilisation d'une langue par les particuliers, domaine qui est couvert à la fois par l'interdiction de la discrimination et par la garantie constitutionnelle de la liberté de la langue. L'aspect collectif touche l'existence et la présence territoriale des langues ; en tant qu'il vise à éviter des discriminations des personnes parlant une langue minoritaire, cet aspect a également un lien avec l'art. 8 al. 2 Cst. Enfin, l'aspect institutionnel détermine l'utilisation des langues dans les rapports avec la collectivité publique et à l'intérieur de celle-ci. Les aspects collectif et institutionnel font l'objet de plusieurs dispositions de la Constitution fédérale, sur les langues nationales et officielles et sur les rapports entre les langues.

Les aspects collectif et institutionnel peuvent entrer en conflit avec l'aspect individuel de la protection des langues. La doctrine contemporaine admet de plus en plus la prééminence de la liberté, individuelle, de la langue sur l'aspect collectif de la protection des langues<sup>212</sup>. L'art. 8 al. 2 Cst., qui interdit les discriminations du fait de la langue d'une personne, renforce cette vision des choses.

325. *L'utilisation de la langue dans la sphère privée : une présomption quasi absolue.* – L'utilisation de la langue de choix dans les rapports purement privés – par exemple à l'intérieur de la famille, dans des discussions privées, dans la correspondance – est protégée par la liberté de la langue (art. 18 Cst.) et par l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>213</sup>. Pour ce qui est de l'interdiction de la discrimination, les distinctions entre les administrés ou les justiciables en fonction de la langue qu'ils utilisent dans leurs rapports strictement per-

<sup>212</sup> Voir notamment BORGHI (note 211), n° 42, et les références citées dans l'arrêt du Tribunal fédéral, du 2 novembre 2001 (2P.112/2001, non publié), *A. B. et C.*, cons. 2.

<sup>213</sup> Elle rentre en outre également dans le champ d'application de la protection de la sphère privée (art. 13 al. 1 Cst.).

Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral cite souvent ensemble les art. 8 al. 2 (interdiction de la discrimination du fait de la langue), 18 (liberté de la langue) et 70 (langues officielles et politique des langues) et ne semble pas faire une grande différence entre la protection accordée par l'art. 8 al. 2 et l'art. 18 Cst. : ATF 127 V 219, 225, A. ; 128 V 34, 37, *Office AI du canton de Genève*.

sonnels sont en principe inadmissibles. La présomption d'illicéité est ici quasiment irréfragable : on ne peut que difficilement imaginer des motifs particuliers qui renverseraient cette présomption.

De telles distinctions constitueront également des restrictions (formelles ou de fait) à la liberté de la langue ; la doctrine estime même que des restrictions touchant l'utilisation d'une langue dans les rapports strictement privés constitueraient une atteinte au noyau intangible de cette liberté<sup>214</sup>.

326. *L'utilisation de la langue en public : une présomption très forte.* – Ce qui vient d'être dit sur la présomption d'illicéité des distinctions en fonction de l'utilisation d'une langue dans les rapports strictement personnels, vaut en principe également pour son utilisation en public, à savoir dans des discussions dans la rue, des discours, des produits de presse. L'État ne saurait établir des distinctions en fonction de la langue qu'utilisent en public les citoyennes et les citoyens.

Toutefois, la protection des langues minoritaires pourrait justifier certaines prescriptions sur l'utilisation des langues. On peut penser par exemple à l'obligation d'utiliser la langue traditionnelle du lieu dans certains messages écrits s'adressant au public, par exemple dans des informations écrites installées sur le domaine public ou dans la publicité<sup>215</sup>. Cependant, de telles distinctions, présumées dépréciatives en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst., ne sont admissibles sous l'angle de l'interdiction de la discrimination que s'il s'agit de mesures en faveur de langues fortement menacées dans leur existence à l'endroit où ces mesures s'appliquent<sup>216</sup>. Dans d'autres circonstances, des motifs particulièrement sérieux qui renverse-

---

<sup>214</sup> BORGHI (note 211), n° 13 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 142 ; WYSS Martin Philipp, *Das Sprachenrecht der Schweiz nach der Revision von Art. 116 BV*, RDS 1997 I 141 - 177, 147 s.

<sup>215</sup> On verra un exemple concernant l'obligation, dans une commune des Grisons, d'utiliser la langue romanche pour les enseignes publicitaires dans l'ATF 116 Ia 345, *Bar Amici* ; la Cour suprême a toutefois laissé ouverte la question de savoir si une telle obligation violait ou non la liberté de la langue, elle n'a examiné la question que sous l'angle de la liberté économique, jugeant que la restriction à cette dernière était admissible au vu de l'importance de la protection de la langue romanche.

<sup>216</sup> Dans le contexte de la liberté de la langue, le Tribunal fédéral formulait la même gradation : ATF 122 I 236, 242, *Jorane Althaus*.

raient la présomption d'illicéité semblent difficilement imaginables<sup>217</sup>. De surcroît, de telles mesures protectrices doivent en principe se limiter à certaines utilisations permanentes de la langue dans le domaine public, comme les installations fixes qui s'adressent à un public indéterminé. Une obligation d'utiliser une langue déterminée pour des discours ou des produits de presse, par exemple, ne saurait en revanche être admise, ni sous l'angle de l'interdiction de la discrimination, ni sous celui de la liberté de la langue.

327. *L'utilisation d'une langue dans les rapports avec la collectivité publique.*  
 – Tout autre est la situation lorsqu'il s'agit de savoir si et dans quelle mesure la collectivité publique peut établir des distinctions pour déterminer la ou les langues à utiliser dans les rapports entre les particuliers et l'Etat ainsi qu'à l'intérieur de l'appareil étatique. Il est évident que l'Etat doit se limiter à l'utilisation d'un certain nombre de langues, ne serait-ce que pour des raisons pratiques, à savoir la compréhension mutuelle et l'efficacité de la communication entre les différents acteurs étatiques. Aussi une telle limitation s'impose-t-elle en raison des ressources techniques et financières de l'administration même.

Ainsi, la Constitution fédérale détermine les langues nationales et officielles de la Suisse aux art. 4 et 70 al. 1 et en limite le nombre à quatre, pour ce qui est des langues nationales (l'allemand, le français, l'italien et le romanche), resp. à trois, pour ce qui est des langues officielles (l'allemand, le français, l'italien)<sup>218</sup>. Elle permet également aux cantons de déterminer leurs langues officielles (art. 70 al. 2, première phrase, Cst.). D'une manière générale, ces langues seront utilisées à l'intérieur de la collectivité, ainsi que dans les rapports de celle-ci avec les particuliers<sup>219, 220</sup>. Ces derniers n'ont en principe pas de droit à communiquer avec les autorités dans une langue autre que la langue officielle<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> Des mesures restreignant par exemple l'utilisation d'autres langues que l'allemand à Zurich ou le français à Genève – endroits où la langue officielle du lieu n'est pas menacée –, ne sont pas motivées par la protection des langues minoritaires. Cf. aussi *infra*, n° 334.

<sup>218</sup> Le romanche est toutefois langue officielle dans les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche (art. 70 al. 1, *in fine*, Cst.).

<sup>219</sup> WYSS (note 214), 153. Cela vaut également pour les prestations publiques, notamment l'instruction publique : ATF 122 I 236, 239, *Jorane Althaus*.

<sup>220</sup> A l'Assemblée fédérale, toutefois, les règlements des deux Chambres accordent un statut préférentiel à l'allemand et au français : les interventions et les propositions pendant les séances plénières ne sont traduites que dans ces deux langues (art. 60 et 70 al. 2 du Rè-

Les règles sur les langues officielles constituent une dérogation à l'art. 8 al. 2 : en ce qui concerne les rapports entre les particuliers et l'Etat, la présomption d'illicéité ne s'applique pas, la limitation du nombre des langues dans les rapports avec l'Etat et à l'intérieur de celui-ci n'est pas une mesure qui est présumée dépréciative. Aussi des distinctions du fait de la langue ne sont-elles interdites dans ce contexte que si leur caractère dépréciatif peut être prouvé par la personne qui se prévaut de la protection de l'art. 8 al. 2.

328. *Le principe de territorialité.* – Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral<sup>222</sup>, un autre principe, celui de la territorialité des langues, permet de restreindre la liberté de la langue. Ce principe « exige qu'à chaque territoire corresponde une langue (...); chaque lieu devrait pouvoir conserver sa langue traditionnelle malgré l'immigration de personnes d'expression étrangère »<sup>223</sup>. Il vise à assurer la répartition territoriale traditionnelle des langues en Suisse (et ainsi à protéger les langues minoritaires, mais également à garantir la « paix des langues »). Le principe de la territorialité, dont la nature et les contours sont flous, est controversé en doctrine<sup>224</sup>. Selon le Tribunal fédéral, il permettrait même de protéger l'homogénéité linguistique d'un territoire<sup>225</sup>.

La nouvelle Constitution fédérale ne mentionne pas *expressis verbis* le principe de la territorialité, mais l'art. 70 al. 2, deuxième phrase, Cst. stipule que les cantons « veillent à la répartition territoriale traditionnelle des langues et prennent en considération les minorités linguistiques autochtones ». Selon BORGHI, cette formulation confirme « l'existence d'un fondement constitutionnel dudit principe »<sup>226</sup>. L'art. 70 al. 2 Cst. permet

---

glement du Conseil national, du 22 juin 1990 [RS 171.13]; art. 58 al. 2 du Règlement du Conseil des Etats, du 24 septembre 1986 [RS 171.14]; WYSS [note 214], 156 s.).

<sup>221</sup> ATF 127 V 219, 226, A.; 128 V 34, 37, *Office AI du canton de Genève*.

<sup>222</sup> ATF 91 I 480, *Association de l'école française*; confirmé par exemple dans ATF 121 I 196, 198, *René Noth*, et 122 I 236, 238 s., *Jorane Althaus*.

<sup>223</sup> BORGHI (note 211), n° 27.

<sup>224</sup> Voir par exemple: BRAGGINI Giovanni, *Sprachenfreiheit und Territorialitätsprinzip. Entwicklungstendenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Sprachenverfassungsrecht*, recht 1997, 112 – 124, 117 ss; BORGHI (note 211), n° 24 ss; MORAND Charles-Albert, *Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu*, RDS 1993 I 11 – 36, 32 ss; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 142 ss; WYSS (note 214), 159 ss.

<sup>225</sup> ATF 116 Ia 345, 349, *Bar Amici*; 121 I 196, 198, *René Noth*.

<sup>226</sup> BORGHI (note 211), n° 24.

en tout cas aux cantons de fixer la langue officielle des communes ou des districts où plusieurs langues sont en concurrence sans nécessairement tenir compte de la proportion de personnes qui, sur le territoire en question, parlent une langue autre que celle qui y est traditionnellement parlée. De surcroît, cette disposition interdit sans doute aux cantons de déplacer sciemment les frontières linguistiques ou d'opprimer les minorités parlant une langue nationale<sup>227</sup>. Aussi l'art. 70 al. 2 devrait-il permettre de freiner le recul territorial d'une langue nationale.

Dans la mesure où elle permet aux cantons de déterminer les langues officielles d'une circonscription, la Constitution prévoit, nous l'avons vu, une dérogation à l'art. 8 al. 2 : les distinctions en fonction de la langue ne sont pas présumées dépréciatives lorsqu'elles ont pour objet de déterminer les langues dans lesquelles doivent se dérouler les rapports entre les particuliers et l'Etat et à l'intérieur de ce dernier. Dans ce sens, le principe de la territorialité n'ajoute toutefois rien à ce que permettent déjà les règles sur les langues officielles. En dehors de cette question, le principe de la territorialité ne permet en revanche pas de déroger à la présomption de l'art. 8 al. 2 Cst. : les autres distinctions du fait de la langue sont présumées illicites.

Reste à savoir si, et dans quelle mesure, le principe de la territorialité – en tant que garantie territoriale de la langue traditionnelle du lieu – constitue un motif qui peut renverser la présomption de dépréciativité de l'art. 8 al. 2, en permettant notamment des restrictions à l'utilisation d'une langue minoritaire par les particuliers. La sauvegarde de la présence territoriale d'une langue peut, certes, être un des motifs à l'appui d'une mesure présumée illicite en vertu de l'art. 8 al. 2 ; mais à lui seul, le principe de la territorialité, visant l'immuabilité des frontières linguistiques, ne suffit pas à renverser cette présomption. Lorsqu'il s'agit de préserver l'existence même d'une langue menacée, la sauvegarde de sa présence territoriale peut être un intérêt public important, qui pourrait rendre une distinction non dépréciative. Dans des situations conflictuelles (notamment dans des régions bilingues) ou dans des régions où la langue dominante n'est nullement menacée dans son existence, la volonté de sauvegarder l'homogénéité linguistique d'un territoire pourrait en revanche, selon les circonstances, avoir en elle-même un caractère dépréciatif à l'égard de la minorité linguistique.

<sup>227</sup> Cf. ATF 106 Ia 299, 305, *Derungs*.

329. *Les Conventions ratifiées par la Suisse.* – La Suisse a ratifié deux Conventions visant à protéger les minorités notamment linguistiques :

- Il s'agit, d'une part, de la *Charte européenne des langues régionales et minoritaires*, qui poursuit un but essentiellement culturel et qui contient un certain nombre d'engagements très concrets des Etats contractants<sup>228</sup>. Ces engagements peuvent être ratifiés suivant un système « à la carte ». Selon l'art. 1 de la Charte, les langues régionales ou minoritaires sont des langues « pratiquées traditionnellement sur un territoire d'un Etat par des ressortissants de cet Etat qui constituent un groupe numériquement inférieur au reste de la population de l'Etat ». Généralement, il s'agira de langues différentes des langues officielles de l'Etat ; les langues officielles moins répandues qui mériteraient protection ne sont pourtant pas exclues du champ d'application de la Charte<sup>229</sup>. La Convention est dépourvue d'applicabilité directe<sup>230</sup>. Selon le Conseil fédéral, la Charte s'applique en Suisse aux langues romanche et italienne<sup>231</sup>.
- D'autre part, il s'agit de la *Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales*<sup>232</sup> qui contient, en matière linguistique, un certain nombre de garanties visant à protéger l'utilisation de langues minoritaires<sup>233</sup>. Ces droits ont une nature individuelle (et non pas collective), mais ils ne sont en principe pas directement applicables<sup>234</sup>. La Convention protège en Suisse tous les groupes linguistiques nationaux, minoritaires au niveau suisse ou à l'intérieur d'un canton, mais également d'autres groupes minoritaires de la popula-

---

<sup>228</sup> Voir le message du Conseil fédéral concernant la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, du 25 novembre 1996, FF 1997 I 1105.

La Charte a été ratifiée par la Suisse, mais, en 2002, elle n'avait pas encore été publiée au RO (l'approbation par l'Assemblée fédérale a eu lieu en 1997 [BO 1997 E 648 ss et N 1732 ss]).

<sup>229</sup> Message précité (note 228), 1109.

<sup>230</sup> Message précité (note 228), 1110.

<sup>231</sup> Message précité (note 228), 1115 s.

<sup>232</sup> Du 1<sup>er</sup> février 1995 ; RS 0.441.1.

<sup>233</sup> Voir notamment les art. 10, 11 et 14 de la Convention ; message du Conseil fédéral relatif à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, du 19 novembre 1997, FF 1998 I 1033, 1051 ss.

<sup>234</sup> Message précité (note 233), 1043 ; Wyss (note 214), 167.

tion suisse, par exemple les membres de la communauté juive ou les gens du voyage<sup>235</sup>.

### 3. Les exemples

330. *Les exigences linguistiques pour l'engagement des agents cantonaux.* – Comme indiqué, la présomption d'illicéité des distinctions en fonction de la langue parlée dans la sphère privée, resp. en fonction de la langue maternelle d'une personne, est quasiment irréfragable<sup>236</sup>. Un canton ne saurait donc faire dépendre l'engagement des agents cantonaux de la langue maternelle des candidats ou du fait qu'ils utilisent ou non la langue officielle du canton dans leurs relations privées.

En revanche, l'exigence de connaissances suffisantes des langues officielles est en principe admissible. Il s'agit d'une conséquence logique de la détermination de langues officielles. Des distinctions en fonction de la maîtrise ou non d'une de ces langues ne sont dès lors pas présumées illicites. Toutefois, de telles exigences ne sont admissibles que si et dans la mesure où la connaissance de la langue officielle a un lien avec sa fonction même, c'est-à-dire en tant que moyen de communication de la collectivité publique. Autrement dit, on ne saurait exiger la maîtrise parfaite de la langue officielle que si et dans la mesure où cette maîtrise est nécessaire pour le travail à accomplir : on peut certes exiger une maîtrise parfaite d'une greffière d'un tribunal, alors que, pour un balayeur, des connaissances minimales devraient suffire.

Lorsque les tâches pour lesquelles une personne est engagée n'exigent pas la maîtrise de la langue officielle, les distinctions en fonction de ce critère ne tombent pas sous le champ d'application de la règle spéciale qui permet la détermination de langues officielles (art. 70 al. 2 Cst.) et elles sont donc présumées dépréciatives. Il faudra alors une motivation particulière de l'autorité qui justifierait l'exigence linguistique et qui rende à cette dernière un caractère non dépréciatif. En règle générale, une telle motivation sera plutôt difficile à établir, puisque l'exigence d'une maî-

<sup>235</sup> Message précité (note 233), 1046 ss, spéc. 1048.

<sup>236</sup> *Supra*, n° 325. L'utilisation de la langue dans les rapports privés bénéficie, de surcroît, d'une protection très forte sous l'angle de l'art. 18 Cst. ; elle constitue probablement même le noyau intangible de la liberté de la langue (cf. note 214).

trise parfaite de la langue officielle a pour effet d'exclure les nouveaux immigrés, en privilégiant les personnes établies dans la région depuis longtemps.

331. *La représentation équitable des communautés linguistiques au sein des organes de la Confédération.* – Un autre problème se pose pour les organes de la Confédération, et notamment pour son administration générale, éventuellement aussi pour celle des cantons bi- ou plurilingues. En principe, les règles présentées au paragraphe précédent concernant l'exigence de la maîtrise d'une ou de plusieurs langues officielles, valent également pour la Confédération. La maîtrise d'au moins une langue officielle peut être exigée pour tous les postes où cela se révèle nécessaire dans l'accomplissement des tâches. La Confédération ne saurait en revanche faire dépendre l'engagement des employés de l'utilisation d'une des langues officielles dans leurs relations strictement privées.

Or, le Conseil fédéral s'est fixé comme objectif de promouvoir le plurilinguisme au sein de l'administration fédérale, de mettre à profit les propriétés pluriculturelles de l'administration et d'y garantir une représentation équitable des communautés linguistiques<sup>237</sup>. Il a autorisé les départements, aussi longtemps que cette représentation équitable n'est pas atteinte, à fixer des « objectifs quantifiés »<sup>238</sup>, donc des quotas, ainsi que de favoriser, à qualifications équivalentes, l'engagement de personnes appartenant aux communautés linguistiques sous-représentées<sup>239</sup>. Pour d'autres organes de la Confédération, des lois, ou même la Constitution fédérale elle-même, exige une représentation proportionnelle ou équitable des communautés linguistiques<sup>240</sup>. Ces règles visent à garantir que le plurilin-

---

<sup>237</sup> Chiffres 12 et 21 des instructions du Conseil fédéral concernant la promotion du plurilinguisme dans l'administration fédérale (Instructions concernant le plurilinguisme), du 22 janvier 2003, FF 2003 1338.

<sup>238</sup> Instruction précitée (note 237), ch. 22. En vertu du chiffre 21, la représentation équitable des communautés linguistiques doit en principe être garantie « selon leur proportion dans la population résidante de nationalité suisse » ; toutefois, la deuxième phrase de cette disposition permet « [d]es variations favorisant les langues latines ».

<sup>239</sup> Instruction précitée (note 237), ch. 823.

<sup>240</sup> Voir, par exemple, l'art. 175 al. 4 Cst., pour le Conseil fédéral, l'art. 188 al. 4 Cst., pour le Tribunal fédéral (cette disposition sera toutefois abrogée lorsque la réforme de la justice [FF 1999 IV 7831], acceptée en votation le 12 mars 2000, entrera en vigueur ; la règle qui se trouve, aujourd'hui, également à l'art. 1 al. 2 OJ n'a pas non plus été reprise dans le projet de loi sur le Tribunal fédéral [FF 2001 4000]), ou l'art. 8quinquies al. 2 de la loi sur

guisme – élément constitutif de la Suisse (cf. art. 4 Cst.) – soit effectivement vécu au sein de la Confédération et que soient protégées et garanties ainsi la présence et l'influence des minorités linguistiques dans les organes de l'Etat. On peut admettre que ce but n'a de caractère dépréciatif pour aucune des communautés linguistiques.

Se pose alors la question de savoir selon quel critère se déterminera l'appartenance d'une personne à l'une des communautés linguistiques. La langue maternelle ou la langue parlée dans la sphère privée ne peut en principe pas servir de critère, puisqu'il s'agit d'un critère très personnel et hautement suspect en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. Par conséquent, une auto-déclaration des personnes, notamment lors de l'embauche, devrait en principe être acceptée pour déterminer leur appartenance à une communauté linguistique, pour autant que la personne en question s'exprime principalement dans cette langue et qu'elle la maîtrise parfaitement. Généralement, le recours à une telle auto-déclaration ne sera nécessaire que dans des cas particuliers où l'appartenance à une communauté linguistique fait l'objet d'une controverse. On évitera ainsi de faire d'une personne la « prisonnière » de sa langue maternelle (qualité très personnelle qu'elle ne peut pas modifier) ou de la langue qu'elle utilise dans ses relations strictement privées, en respectant le choix et l'histoire personnelle d'un candidat.

332. *Les langues de procédure.* – Comme nous l'avons vu, les cantons peuvent déterminer leurs langues officielles et la communication entre les particuliers et l'Etat doit par conséquent se faire dans une des langues officielles<sup>241</sup>. L'exclusion des autres langues constitue une distinction qui n'est pas présumée illicite. Toutefois, lorsque la prescription d'utiliser la langue officielle n'a pas de raison d'être – par exemple dans des cas où l'administration pourrait, sans le moindre effort supplémentaire, se servir de la langue maternelle de l'administré –, elle pourrait le cas échéant avoir un caractère dépréciatif et être contraire à l'art. 8 al. 2. Il incombera cependant au recourant de prouver le caractère dépréciatif d'un refus de communiquer dans sa langue.

---

les rapports entre les conseils, du 23 mars 1962 (RS 171.11), pour les commissions parlementaires.

<sup>241</sup> Voir la jurisprudence citée à la note 221. Pour un cas examiné sous l'empire de la Constitution de 1874, voir ATF 121 I 196, *René Noth*.

Les procédures judiciaires constituent un domaine particulièrement sensible dans ce contexte. Les décisions judiciaires revêtant en règle générale une importance considérable pour les particuliers, il est dès lors particulièrement important que ces derniers comprennent les actes de procédure. Aussi, l'art. 31 al. 2 Cst., ainsi que les art. 5, paragraphe 2, et 6, paragraphe 3, CEDH garantissent aux personnes arrêtées et aux accusés dans les procès pénaux d'être informés, dans une langue qu'ils comprennent, des raisons de leur privation de liberté ou de la nature de l'accusation portées contre eux. Comme indiqué, dans les procédures non couvertes par les dispositions citées, un tel droit pourrait éventuellement découler de l'art. 8 al. 2 Cst., si le particulier arrive à prouver que le refus de communiquer dans sa langue a un caractère dépréciatif, notamment parce qu'il n'est pas justifié par les circonstances ou constitue une pure chicane.

333. *Les langues de l'enseignement public.* – Un autre domaine où la détermination des langues officielles entraîne des conséquences importantes est l'instruction publique. Selon le Tribunal fédéral, la liberté des langues (et la garantie de l'instruction publique gratuite) ne donne pas un droit à un enseignement dans la langue maternelle, même s'il s'agit de l'une des langues nationales ; les langues officielles des cantons s'appliquant également à l'instruction publique<sup>242</sup>. Ainaï, la collectivité publique peut se limiter à offrir un enseignement dans la langue officielle de la circonscription.

L'art. 8 al. 2 Cst., quant à lui, ne donne pas davantage droit à un enseignement dans la langue maternelle. Comme nous l'avons vu, le principe des langues officielles déroge à la présomption de l'art. 8 al. 2. Pour établir que l'utilisation de la langue officielle de la circonscription en tant que langue d'enseignement constitue une discrimination au sens de la Constitution fédérale, un particulier devra alors en prouver le caractère dépréciatif, ce qui sera généralement assez difficile. Il est évident que les collectivités n'ont pas la possibilité d'offrir un enseignement dans leur langue maternelle à toutes les personnes d'expression étrangère, même

---

<sup>242</sup> ATF 122 I 236, 239, *Jorane Althaus* ; 100 Ia 462, 465, *Derungs*.

La CEDH ne garantit pas non plus un tel droit, ni sous l'angle de l'art. 8, ni sous celui de l'art. 2, première phrase, du Protocole additionnel du 20 mars 1952, combinés avec l'art. 14 : CourEDH, *affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (affaire linguistique belge)*, arrêt du 23 juillet 1968, série A, n° 6, 42 ss : selon la Cour, la Convention ne garantit pas un « droit d'être instruit dans la langue des parents par les soins ou avec l'aide des pouvoirs publics » (43).

s'il s'agit d'une autre langue nationale. La limitation de l'enseignement à la langue officielle de la circonscription n'est ainsi pas motivée par un but dépréciatif, et il serait difficile de soutenir qu'elle ait un tel effet sur les personnes touchées.

334. *L'interdiction de l'enseignement dans une autre langue.* – En revanche, les principes des langues officielles et de la territorialité ne permettent pas toute mesure visant à protéger ou à avantager la langue officielle de la circonscription.

Dans un arrêt de 1965, le Tribunal fédéral avait jugé que le principe de la territorialité permettait aux cantons de prescrire l'utilisation de la langue officielle même dans des écoles privées<sup>243</sup>. L'arrêt, rendu sous l'angle de la liberté des langues et du principe de la territorialité, est critiquable sous l'angle de l'interdiction de la discrimination. Interdire l'enseignement, même privé, dans une langue non officielle est une mesure qui n'est pas couverte par le concept des langues officielles (lequel détermine uniquement les langues utilisées par la collectivité publique elle-même et dans les rapports entre les particuliers et l'Etat). Elle est dès lors présumée illícite en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. Or, des motifs particulièrement importants pour justifier cette interdiction ne peuvent en principe être admis que dans des circonstances exceptionnelles. Favoriser l'assimilation des personnes d'expression étrangère pour garantir l'homogénéité linguistique d'un territoire n'est pas un but qui parviendrait à renverser, de manière générale, la présomption d'illicéité. Une telle motivation pourrait éventuellement renverser cette présomption dans des régions où une langue minoritaire est fortement menacée dans son existence (par exemple dans des régions de langue romanche). En revanche, dans des territoires où la ou les langues dominantes ne sont pas menacées – comme c'était le cas de l'arrêt, qui avait pour objet une loi du canton de Zurich –, la sauvegarde de l'homogénéité linguistique est un but discutable. Dans de telles situations, la protection de l'homogénéité linguistique du territoire – en interdisant même l'enseignement privé dans une autre langue – a un effet d'exclusion et de refus envers les personnes qui parlent d'autres langues. Aussi peut-elle se révéler dépréciative à l'égard de ces dernières. Il

<sup>243</sup> ATF 91 I 480, *Association de l'Ecole française* : selon cet arrêt, une loi zurichoise qui obligeait les élèves de l'école française de passer à l'école publique de langue allemande après deux ou trois ans d'enseignement en français était justifiée par le principe de la territorialité et ne violait ainsi pas la liberté de la langue.

ne s'agit donc pas d'une motivation particulièrement sérieuse qui arriverait à renverser la présomption d'illicéité. Il est d'ailleurs douteux qu'une telle interdiction de l'enseignement privé dans une autre langue soit conforme à la CEDH<sup>244</sup>.

Un problème similaire est celui de savoir si les cantons peuvent obliger les élèves à suivre l'enseignement dans la circonscription. Cette question se pose lorsque des enfants ont la possibilité de suivre l'enseignement public dans leur langue maternelle dans une école d'une circonscription voisine où la langue officielle est différente. Le Tribunal fédéral a récemment jugé qu'une telle obligation viole la liberté de la langue, si les parents sont prêts à assumer les conséquences financières de ce choix, c'est-à-dire à prendre en charge les dépenses liées au changement de cercle scolaire<sup>245</sup>. On ne saurait arriver à une autre conclusion sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>246</sup>. On peut même se demander si, lorsque les moyens des parents sont insuffisants, l'on ne pourrait pas exiger une participation financière de la collectivité publique pour éviter des discriminations des élèves de capacité économique faible (*infra*, n° 345)<sup>247</sup>.

## Section 7

### La situation sociale

335. *Introduction.* – À l'instar de la plupart des constitutions cantonales (*supra*, n° 37), la Constitution fédérale contient dans sa liste le critère de la

---

<sup>244</sup> La Cour européenne des droits de l'homme n'a accepté une législation nationale prévoyant l'enseignement officiel dans la seule langue officielle de la circonscription que dans la mesure où elle n'empêche « point, dans la région unilingue néerlandaise, l'organisation d'un enseignement libre d'expression française » : CourEDH, *Affaire linguistique belge* (note 242), 44 et 50.

<sup>245</sup> ATF 122 I 236, *Jorane Althaus*.

<sup>246</sup> Dans le même sens : BORGHI (note 211), n° 36 ss.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'interdiction de suivre l'enseignement dans une école d'une circonscription voisine viole les garanties de la CEDH, notamment l'art. 2, première phrase, du Protocole additionnel du 20 mars 1952, combiné avec l'art. 14 : CourEDH, *Affaire linguistique belge* (note 242), 61 ss, 70.

<sup>247</sup> Cf. BORGHI (note 211), n° 40 s.

« situation sociale ». Inconnue sous cette forme par le droit international, la notion est plutôt vague et sa portée difficile à déterminer.

### 1. La définition

336. *La capacité économique.* – La situation sociale d'une personne dépend, d'une part, de sa capacité économique, c'est-à-dire de son revenu et de sa fortune<sup>248</sup>. Le critère de la fortune se retrouve notamment dans toutes les normes du droit international qui prohibent, d'une manière générale, la discrimination (*supra*, n° 43 ss).
337. *La position dans la société.* – D'autre part, la situation sociale d'une personne est déterminée par la position qu'elle occupe dans la société, dans « la vie économique, financière, professionnelle, ou même familiale »<sup>249</sup>. Elle dépend ainsi du respect que lui témoigne la société et peut notamment se référer à la profession, à la formation, à la position au sein d'une entreprise, au fait d'exercer ou non une activité lucrative<sup>250</sup>, de revêtir une fonction publique ou privée, etc.<sup>251</sup>.

D'aucuns rangent également le statut de l'enfant (c'est-à-dire l'état civil des parents)<sup>252</sup> ou le fait d'avoir subi une peine privative de liberté<sup>253</sup> dans le champ d'application du critère de la situation sociale. Dans cette étude, nous avons cependant pris ces deux situations comme exemples de critères « suspects » non énumérés par la Constitution (voir *supra*, n° 261).

<sup>248</sup> AMSTUTZ Kathrin, *Das Grundrecht auf Existenzsicherung. Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung*, thèse, Berne, 2002, 350 s. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1048 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 424. Pour AMSTUTZ, *op. cit.*, 351 s., fait notamment partie de la situation sociale le fait de dépendre de l'aide sociale.

<sup>249</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 155.

<sup>250</sup> RHINOW, *Bundesverfassung*, 143.

<sup>251</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 424 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, 346.

<sup>252</sup> Enfants « naturels » : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1050 ; GRISEL, *Egalité*, n° 155 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 425.

<sup>253</sup> Ex-détenus : RHINOW, *Bundesverfassung*, 143.

## 2. La protection juridique

338. *Une présomption à « géométrie variable ».* – Il est assez difficile de déterminer de manière générale la portée juridique de l'interdiction de la discrimination du fait de la situation sociale d'une personne. En principe, et à l'instar de ce qui vaut pour les autres critères énumérés par l'art. 8 al. 2, les distinctions fondées sur la situation sociale sont présumées dépréciatives et donc inconstitutionnelles. Il incombe aux autorités de démontrer leur caractère non dépréciatif. En règle générale, la présomption d'illicéité est très forte : l'Etat ne doit pas établir de distinctions entre les administrés en fonction de leur situation économique ou de leur position dans la société. Toutefois, dans certains domaines, les buts et tâches de l'Etat lui permettent ou lui imposent même de tenir compte de la situation sociale d'une personne. Dans ces domaines, les distinctions en fonction de ce critère « suspect » ne sont pas toujours présumées illicites ; en tout cas, la force de cette présomption est « à géométrie variable » et dépend en première ligne du domaine à régler.

339. *Les distinctions en fonction de la capacité économique.* – Pour ce qui est des distinctions en fonction de la capacité économique des particuliers, la vocation sociale de l'Etat moderne – qui doit pourvoir à « une égalité des chances aussi grande que possible » (art. 2 al. 3 Cst.) – permet aux collectivités publiques de tenir compte de ce critère dans certains domaines du droit. Il s'agit en particulier du droit fiscal et social – domaines dans lesquels la collectivité publique exige une contribution financière des particuliers ou leur accorde une prestation financière. Souvent, l'art. 8 al. 2 (mais également l'art. 8 al. 1) Cst. oblige même les autorités à tenir compte de la situation économique des particuliers, l'interdiction de la discrimination ne prohibant pas seulement les distinctions dépréciatives, mais également les assimilations dépréciatives.

*Exemples.* La différenciation des taux fiscaux (*infra*, n° 342) ; les prestations des assurances sociales (*infra*, n° 343) ou celles de l'assistance sociale (*infra*, n° 344).

Dans les domaines n'ayant pas de lien direct avec la capacité économique des administrés, on voit mal en revanche comment l'Etat pourrait traiter différemment deux personnes en fonction de leur situation économique ; la présomption d'illicéité devient alors très forte.

340. *Des distinctions en fonction de la position dans la société.* – Lorsqu'il s'agit de distinctions établies en fonction d'une position professionnelle, d'une fonction publique ou privée, d'une formation accomplie, ou de tout autre élément de la position sociale d'un individu, la présomption d'illicéité est, en principe, également forte. Il est difficile d'imaginer des situations où, sous l'angle du principe général d'égalité déjà, la position d'une personne dans la société pourrait être un critère pertinent de distinctions. Le caractère discriminatoire de telles distinctions ne ferait, en règle générale, pas de doute ; leur position dans la société ne peut *a priori* pas jouer un rôle dans le traitement des administrés.

Il est évidemment possible d'édicter des règles sur l'accès à certaines professions ou fonctions et sur leur exercice (régimes d'autorisation, règles de déontologie, prescriptions techniques, etc.). De telles réglementations ne s'appliqueront, de par leur nature, qu'aux personnes exerçant (ou voulant exercer) une telle profession ou fonction. Elles ne sont, en soi, pas présumées illicites. Leur constitutionnalité sera examinée en premier lieu sous l'angle de la liberté économique (art. 27 Cst.), pour savoir si leur existence et les conditions qu'elles établissent sont nécessaires pour l'exercice de l'activité en question. Lorsque de telles réglementations exigent des conditions injustifiées qui ont pour but ou pour effet d'exclure une certaine catégorie de personnes, du fait de leurs qualités personnelles qui n'ont aucun lien avec les exigences objectives de la profession ou de la fonction, leurs dispositions peuvent non seulement être contraires à la liberté économique, mais également entrer en conflit avec l'art. 8 al. 2 Cst.

### 3. Les exemples

341. *Les distinctions du fait de la situation sociale : des cas plutôt rares.* – En dehors du droit fiscal et du droit social, qui se rattachent fréquemment à la capacité économique des administrés (*infra*, n° 342 ss), des distinctions en fonction de la situation sociale sont plutôt rares en Suisse. Suite à la prise de conscience sociale au cours des deux derniers siècles, un traitement distinct des différentes couches de la société – en dehors des domaines mentionnés – est devenu difficilement imaginable. Ce seront en général plutôt les distinctions *omises* qui poseront un problème de compatibilité avec l'art. 8 al. 2 (assimilations discriminatoires ; pour un exemple, voir *infra*, n° 345).

*Exemples.* Le cens électoral, exemple « classique » d'une discrimination en fonction de la situation sociale, a été complètement aboli en 1848, après avoir joué un rôle important sous l'Ancien Régime et la Restauration<sup>254</sup>. Sont tout aussi impensables aujourd'hui des privilèges liés à certaines professions ou fonctions publiques ou privées, qui ne seraient pas strictement nécessaires pour l'exercice de la fonction (serait par exemple inadmissible une exonération fiscale de certaines professions ; en revanche, pour un exemple d'une règle qui a un lien étroit avec les besoins de la fonction, voir l'immunité des parlementaires fédéraux et des membres du Conseil fédéral [art. 162 Cst.]).

Pour ce qui est des distinctions indirectes, la contrainte par corps, qui constituait une discrimination indirecte du fait de la capacité économique, a été abolie en Suisse au XIX<sup>e</sup> siècle (art. 59 al. 3 aCst.)<sup>255</sup>. Aujourd'hui, pourraient par exemple entrer en conflit avec l'art. 8 al. 2 Cst. des mesures d'aménagement du territoire ou des prescriptions de construction qui viseraient à exclure systématiquement des couches sociales défavorisées de certaines zones<sup>256</sup>.

Pour Kathrin AMSTUTZ, les règles qui se rattachent à la dépendance d'une personne de l'aide sociale constituent une distinction inadmissible du fait de la situation sociale<sup>257</sup>. En effet, la dépendance de l'aide sociale doit être considérée comme un aspect de la situation sociale, des distinctions qui reposent sur ce fait sont ainsi présumées illicites. Un exemple d'une telle règle est l'art. 10 al. 1, lit. d, LSEE, qui permet d'expulser une personne de nationalité étrangère lorsqu'elle « tombe d'une manière continue et dans une large mesure à la charge de l'assistance publique »<sup>258</sup>. Si cette règle poursuit probablement déjà un *but* dépréciatif (en tant qu'elle vise à éloigner du pays des personnes appartenant à une couche particulièrement défavorisée de la société), elle a sans doute des *effets* dépréciatifs pour les étrangers qui tombent dans le dénuement, les considérant comme étant

---

<sup>254</sup> Cf. AUBERT, *Traité*, n° 34 et 83.

<sup>255</sup> Cf. SCHEFER, *Kerngehälte*, 441. L'art. 59 al. 3 aCst. n'a pas été repris dans la nouvelle Constitution fédérale, la contrainte par corps étant contraire aux garanties des art. 7 et 10, Message Cst., 151.

<sup>256</sup> Voir BERTSCH Martin, *Die Umsetzung von Art. 15 lit. b RPG über die Dimensionierung der Bauzonen : Bundesrecht, föderalistische Realität und ihre Wechselwirkungen*, thèse Zurich, 2001, n° 214.

<sup>257</sup> AMSTUTZ (note 248), 351 s.

<sup>258</sup> Cette disposition doit être appliquée avec retenue ; mais elle permet même d'expulser une personne titulaire d'un permis d'établissement : ATF 119 Ib 81, 87, *M. et N.*

indignes de séjour dans notre pays. Elle est donc difficilement conciliable avec l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>259</sup>.

342. *Le droit fiscal.* – C'est en droit fiscal que nous rencontrerons d'importantes distinctions, admissibles, en fonction de la capacité économique des citoyens. Pour ce qui concerne les impôts sur le revenu et la fortune, il est admis depuis longtemps que le principe d'égalité interdit à la collectivité publique une imposition identique, par tête, des habitants : selon le principe de l'imposition en fonction de la capacité contributive, découlant du principe d'égalité, le montant de l'impôt doit se calculer sur la base de la capacité économique du contribuable<sup>260</sup>. Ce principe oblige non seulement l'Etat à différencier le montant de l'impôt en fonction du revenu, mais il exige même de prévoir des taux différents en fonction de ce dernier (taux progressifs) : une personne qui dispose de moyens importants peut et doit participer de manière proportionnellement plus importante aux dépenses publiques qu'une personne à faible ou moyen revenu. La doctrine est toutefois divisée à propos du caractère impératif du principe de la progression des taux d'impôt ; il n'est en revanche pas contesté que le principe d'égalité *permet* au moins une telle progression<sup>261</sup>.

Ces distinctions sont motivées par un but social, et l'on peut se demander si la progression des taux ne s'impose pas en vertu de l'interdiction de la discrimination. En effet, en demandant à des personnes à capacité économique faible de participer dans la même proportion aux dépenses publiques que les personnes aisées, on ne tient pas compte de différences de fait essentielles. On impose à ces personnes une charge qui réduit d'une manière importante leurs possibilités de s'épanouir dans la société, plus importante que la réduction du train de vie de personnes aisées. Un tel système pourrait ainsi avoir un effet d'exclusion, voire de dépréciation. Aussi l'interdiction des discriminations du fait de la situation sociale ren-

<sup>259</sup> AMSTUTZ (note 248), 352.

<sup>260</sup> Art. 127 al. 2 Cst. ; ATF 114 la 221, 224 s., *Willy Müller* ; HÖHN ERNST, WALDBURGER Robert, *Steuerrecht*, vol. I, 9<sup>e</sup> éd., Berne/Stuttgart/Vienne, 2001, 111 ss ; HUBER Markus Frank, *Rechtsgleichheit und Progression*, thèse, Zurich, 1988, 163 ss ; RYSER Walter, ROLLI Bernard, *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, 4<sup>e</sup> éd., Berne, 2002, 60 ; YERSIN Danielle, *L'égalité de traitement en droit fiscal*, RDS 1992 II, 145 – 297, n° 28 ss et 93 ss.

<sup>261</sup> Selon l'ATF précité (note 260), *Willy Müller*, 225, et HÖHN/WALDBURGER (note 260), 112, l'égalité de traitement permet les taux progressifs, mais ne les impose pas ; selon HUBER (note 260), 165, et YERSIN (note 260), n° 28 ss, la progression s'impose.

force-t-elle la position selon laquelle une différenciation des taux s'impose. Tout au moins, une différenciation des taux selon la capacité économique est compatible avec l'art. 8 al. 2<sup>262</sup>.

Comme indiqué au paragraphe précédent, un traitement différent de certaines professions ou de personnes revêtant une certaine fonction qui n'aurait pas de lien avec leur capacité économique concrète serait incompatible avec l'art. 8, al. 1 et 2, Cst.

343. *Les prestations des assurances sociales.* – Un autre domaine étroitement lié à la capacité économique des citoyennes et des citoyens est le droit social. Ce dernier a pour fonction de prévenir et d'atténuer les conséquences économiques des risques sociaux les plus importants<sup>263</sup>, mais il a également pour but de rendre « 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 »<sup>264</sup>. En fonction de ces objectifs non dépréciatifs, il serait parfaitement admissible, sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., de différencier des prestations sociales en fonction de la capacité économique des personnes et de limiter, par exemple, l'octroi des rentes ou le remboursement de certains frais aux personnes qui en ont besoin.

Or, le droit social suisse n'a – sous réserve de quelques exceptions (voir *infra*, n° 344) – pas opté pour cette voie. Il suit la conception dite « causale », selon laquelle les assurances sociales n'interviennent que si une cause, c'est-à-dire un « risque social », se réalise, et indépendamment de la question de savoir si la personne qui bénéficie de la prestation en a effectivement besoin. En vertu du système d'assurance, les assurances sociales versent des prestations fixées d'avance ; le législateur présume, en quelque sorte, que les assurés ont besoin de ces prestations lors de la réalisation d'un des risques assurés. Formellement, les assurances sociales – financées généralement par des cotisations fixées en fonction du re-

---

<sup>262</sup> En revanche, l'interdiction de la discrimination, combinée avec le principe de la proportionnalité, pose certaines limites à l'agencement de cette progression : RYSER/ROLLI, (note 260), 60.

<sup>263</sup> Notamment la vieillesse, l'invalidité, le décès, les accidents, les maladies et le chômage.

<sup>264</sup> AUBERT Jean-François, *Un droit social encadré*, RDS 1991, 157 – 172, 157.

venu, mais dont le taux est invariable<sup>265</sup> – n'établissent donc pas de distinctions en fonction de la capacité économique des assurés.

344. *Le droit à l'aide sociale.* – Deux exceptions sont toutefois à signaler. En premier lieu, les prestations en vertu de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC<sup>266</sup>) dépendent de la situation économique concrète des assurés et ne sont accordées qu'aux personnes qui n'atteignent pas un certain revenu (art. 3a ss LPC). En deuxième lieu, l'aide sociale – compétence cantonale – n'intervient, évidemment, que dans le cas où une personne en a besoin. Ces deux types de prestations sociales suivent ainsi la conception dite « finale » et ne sont pas des *assurances* sociales proprement dites. Ils établissent des distinctions en fonction de la capacité économique, distinctions qui n'ont toutefois ni un but ni un effet dépréciatif. On peut même considérer que le droit d'obtenir de l'aide sociale dans des situations de détresse (art. 12 Cst.)<sup>267</sup> – s'impose sous l'angle de l'interdiction de la discrimination, qui exige des différenciations lorsqu'un traitement identique de deux situations fondamentalement différentes aurait un caractère dépréciatif<sup>268</sup>.
345. *Les taxes d'écolage.* – Sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., le problème des taxes d'écolage pose des questions délicates. Tout d'abord, une institution publique de formation ne pourrait, en aucun cas, faire dépendre l'accès à des conditions de revenu ou de fortune d'un candidat ou de sa famille et exclure ainsi d'emblée les personnes socialement défavorisées. Il semble en revanche compatible avec l'art. 8 al. 2, d'exiger des élèves ou des étudiants une participation aux frais de l'institution. Cependant, on peut se

<sup>265</sup> A l'exception de l'assurance-maladie, où les primes ne dépendent pas du revenu, de l'assurance-chômage, où les revenus dépassant un certain montant sont soumis à des taux réduits ou exempts de toute cotisation, ainsi que de l'assurance militaire et des prestations complémentaires pour lesquelles aucune cotisation n'est demandée aux assurés.

<sup>266</sup> Du 19 mars 1956, RS 831.30.

<sup>267</sup> Sur ce droit, voir notamment AMSTUTZ (note 248) ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1499 ss ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 166 ss.

Le droit à l'aide dans des situations de détresse a été reconnu par le Tribunal fédéral comme droit fondamental non écrit en 1995 : ATF 121 I 367, V.

<sup>268</sup> La reconnaissance d'un droit à l'aide dans des situations de détresse s'impose aussi en vertu du respect de la dignité humaine : ATF 121 I 367, 373, V. ; AMSTUTZ (note 248), 71 ss et 353 s. ; MASTRONARDI, *Menschenwürde 1978*, 207 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, 344 ss, spéc. 347.

demander si certaines distinctions facilitant l'accès à des personnes de capacité économique faible ne devraient pas s'imposer en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst.

Pour ce qui est de l'enseignement de base, le principe de la gratuité se trouve depuis longtemps ancré dans la Constitution (art. 19 Cst. ; art. 27 al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase, aCst.). Elle s'étend aux frais de déplacement et, éventuellement, lorsque la capacité économique des parents l'exige, au matériel scolaire<sup>269</sup>.

Les taxes d'écolage prélevées par les autres institutions publiques de formation ne devraient-elles pas, pour éviter des discriminations du fait de la situation sociale, être différenciées en fonction de la capacité économique ? Le Tribunal fédéral s'est penché à plusieurs reprises sur la question, lorsque des augmentations ou l'introduction de nouvelles taxes d'écolage étaient en cause<sup>270</sup>. Dans ces arrêts, la Cour suprême a examiné la question sous l'angle de la légalité et d'une éventuelle applicabilité directe de l'art. 13 al. 2, lit. c, Pacte II, mais non pas sous l'angle d'une éventuelle discrimination. Il a toutefois laissé entendre que les taxes universitaires (notamment) ne constituaient qu'une très petite partie des coûts de la formation, raison pour laquelle leur réduction n'aurait pas pour effet de faciliter l'accès des personnes à faible capacité économique<sup>271</sup>. La question pourrait trouver une réponse différente sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., puisque le traitement identique de tous les étudiants, sans tenir compte de leur capacité économique, frappe en tout cas plus fortement les étudiants moins aisés. Toutefois, il est douteux que cet effet soit assez marqué pour qu'on puisse parler d'une assimilation « suspecte » du fait de la situation sociale. Aussi longtemps que les taxes d'écolage restent dans des proportions raisonnables, l'interdiction de la discrimination

---

<sup>269</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1525. Pour la prise en charge des frais de transport, voir : JAAC 2000/64, n° 1 et 56, et HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 926. La question de savoir si le matériel d'enseignement et les fournitures scolaires doivent être remis gratuitement aux écoliers est controversée (les cantons semblent toutefois accorder spontanément ce soutien) : BORGHI Marco, *Commentaire de l'art. 27*, in : AUBERT et al., *Commentaire*, n° 60.

<sup>270</sup> ATF 120 Ia 1, *Verband Studierender der Universität Zürich* ; 121 I 273, *Franziska Friedrich* ; 123 I 254, *Marco Metzler* ; 126 I 240, *A. et B.*

<sup>271</sup> ATF 120 Ia 1, 13, *Verband Studierender der Universität Zürich* ; 126 I 240, 244 s., *A. et B.*

constitue, certes, un argument en faveur d'une différenciation de ces taxes, mais n'impose toutefois pas un telle solution.

## Section 8

### Le mode de vie

346. *Introduction.* – Le « mode de vie » est, à côté de l'âge, le second critère que les Chambres ont ajouté au catalogue proposé par le Conseil fédéral<sup>272</sup>. La notion, même s'il ne fait pas de doute qu'elle couvre au moins l'orientation sexuelle d'une personne, est très large et difficile à saisir. Si certaines constitutions cantonales l'incluent également dans leur énumération, les normes internationales, en revanche, ne la connaissent généralement pas<sup>273</sup>.

#### 1. La notion

347. *Définition.* – Le « mode de vie » est la manière dont une personne mène sa vie, notamment dans les domaines privés et, en particulier, intimes. La notion se réfère avant tout aux relations personnelles et à la sphère privée, donc à l'organisation du « cercle intérieur » des rapports sociaux. Mais elle peut également se référer à l'expression extérieure, vers la société, des choix personnels élémentaires d'un individu.

Ainsi, quasi tout comportement humain durable pourrait être considéré comme un « mode de vie ». Dans le contexte de l'art. 8 al. 2 Cst., nous devons cependant limiter le champ d'application de la notion. Une interprétation trop large la rendrait inutilisable : pour pouvoir servir de base à la présomption d'illicéité, un critère suspect ne peut viser n'importe quel comportement humain. Aussi la notion de mode de vie ne couvre-t-elle que les comportements personnels les plus élémentaires, touchant d'une

---

<sup>272</sup> Les deux Chambres ont accepté dès le début des propositions dans ce sens : *supra*, n° 188.

<sup>273</sup> Voir toutefois les dispositions du droit communautaire qui mentionnent l'orientation sexuelle : *supra*, n° 159 ss.

manière fondamentale et quasiment interchangeable la manière dont ils mènent leur vie<sup>274</sup>.

348. *L'homosexualité*. – En première ligne, la notion vise les personnes homosexuelles. En ajoutant le critère du « mode de vie » au catalogue des critères suspects, l'Assemblée fédérale voulait en effet accorder une protection particulière aux gays et aux lesbiennes ; à cet égard, les travaux préparatoires sont parfaitement clairs<sup>275</sup>. Le critère couvre, évidemment, l'homosexualité se manifestant par la vie en couple, mais il vise de manière générale l'orientation sexuelle d'une personne, indépendamment de la forme dont elle s'affirme vers l'extérieur<sup>276</sup>.

En utilisant l'expression « mode de vie », le Parlement voulait éviter d'utiliser la notion de l'« orientation sexuelle », qui avait également été proposée au cours des délibérations. Le terme « mode de vie » a été jugé comme étant plus large<sup>277</sup>.

<sup>274</sup> Suite à notre définition de la discrimination (*supra*, n° 201), des distinctions dépréciatives du fait de n'importe quel mode de vie sont interdites par l'art. 8 al. 2 Cst., mais seules sont présumées illicites les distinctions en fonction du « mode de vie » au sens de cette définition étroite du terme.

<sup>275</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELLER, *Vol. II*, n° 1052 ; J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 122, et *Grundrechte*, 426 ; RHINOW, *Bundesverfassung*, 143 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, 490. Voir à cet égard les interventions des conseillères et conseillers aux Etats Beerli (BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 33 s.), Leumann (*ibid.*, 34), Spoerry (*ibid.*, 34), Maissen (*ibid.*, 35), Onken (*ibid.*, 35 s.) et Brunner (*ibid.*, 37), des conseillères et conseillers nationaux Pelli (rapporteur de la commission, *ibid.*, N 153, 171 et 414), Thür (*ibid.*, 154 et 411), Aeppli (*ibid.*, 167), Maury Pasquier (*ibid.*, 168 et 410), Vermot (*ibid.*, 169), Hubmann (*ibid.*, 172) et Heim (*ibid.*, 411), ainsi que l'intervention du conseiller fédéral Arnold Koller (*ibid.*, N 415). Vu la clarté des travaux préparatoires, on ne comprend pas très bien les hésitations à cet égard de GRISEL, *Egalité*, n° 156 s.

<sup>276</sup> J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 122.

<sup>277</sup> Cf. les propositions Thür (BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 154 s.) et Grendelmeier (*ibid.*, 413 s.) et l'intervention de M. Pelli, rapporteur (*ibid.*, 414).

Par le choix de l'expression « mode de vie », on voulait aussi éviter que tombent sous le champ d'application de la présomption d'illicéité d'autres « orientations sexuelles », comme l'exhibitionnisme ou la pédophilie : J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 122. Toutefois, le terme « orientation sexuelle » est aujourd'hui largement utilisé pour désigner l'hétéro- et l'homosexualité (voir, par exemple, les art. 13 TCE et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000, sur la non-discrimination, qui énumèrent l'orientation sexuelle parmi les critères « suspects »). En outre, ce choix ne veut pas dire que des discriminations à l'égard des exhibitionnistes ou des pédophiles seraient admissibles (par exemple une interdiction d'exercer une profession dans un domaine où il n'existe aucun risque d'actes préjudiciables pour

349. *Les autres formes de vie en commun.* – La notion de « mode de vie » couvre également les autres formes de vie en commun : le concubinage, les familles monoparentales, la vie en communauté d'habitation et, évidemment, le mariage (protégé, lui, par l'art. 14 Cst.) ; mais elle vise aussi les personnes vivant seules<sup>278</sup>. En utilisant le terme « mode de vie », le constituant voulait en effet assurer l'application de l'art. 8 al. 2 à l'ensemble des modes d'organisation du « cercle intérieur » des relations personnelles<sup>279</sup>.

Plusieurs constitutions cantonales protègent, par ailleurs, expressément la « liberté de choisir une autre forme de vie en commun » que le mariage, protégeant notamment les couples de même sexe et le concubinage<sup>280</sup>.

350. *Les gens du voyage*<sup>281</sup>. – D'aucuns admettent que le critère du « mode de vie » inclut les gens du voyage<sup>282</sup>. Les Tsiganes peuvent toutefois aussi être considérés comme un groupe ethnique, tombant ainsi sous le champ d'application du critère de l'origine (*supra*, n° 267). Dans tous les cas, il ne fait pas de doute que l'art. 8 al. 2 Cst., dans son ensemble, protège les Tsiganes contre les discriminations : les distinctions en fonction de la *vie*

---

l'entourage ou même un traitement à part humiliant d'un pédophile dans un établissement pénitentiaire) : les distinctions *dépréciatives* reposant sur n'importe quel critère sont interdites par l'art. 8 al. 2 Cst.

<sup>278</sup> GRISEL, *Egallité*, n° 156.

<sup>279</sup> Intervention de M. Pelli, rapporteur (BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 153 et 171) et Heim (*ibid.*, 411).

<sup>280</sup> Dans l'ordre chronologique de leur adoption : art. 13 al. 2 de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 (RS 131.212) ; art. 5 al. 2 de la Constitution du canton d'Appenzel Rhodes-Extérieures, du 30 avril 1995 (RS 131.224.1) ; art. 12 al. 2 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (RS 131.233) ; art. 14 al. 2 de la Constitution du canton de Vaud, du 22 septembre 2002 (RS 131.231) ; art. 12 al. 1, lit. c, de la Constitution du canton de Schaffhouse, du 17 juin 2002 (RS 131.223).

Une proposition d'ajouter à la Constitution fédérale une disposition similaire a été refusée par le Conseil national : proposition de la minorité de la commission (Vallender), BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 188 ss.

<sup>281</sup> Le terme « gens du voyage » est devenu habituel. Toutefois, seule une minorité des Tsiganes suisses mène une vie itinérante, raison pour laquelle les Tsiganes eux-mêmes préfèrent de plus en plus l'utilisation de la désignation « Tsiganes » : KREIS Georg, *La troisième catégorie, ou : Joyeuse, la vie de bohème ?*, Tangram. Bulletin de la commission fédérale contre le racisme, 3/1997, 6–8, 6 s.

<sup>282</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 1052 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 426, et *Diskriminierungsverbote*, 122 ; intervention de M. Pelli, rapporteur (BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 153 et 171).

*nomade* tombent sous le champ d'application du critère du « mode de vie », celles en fonction de la seule appartenance à un *groupe ethnique*, notamment aux Yenish<sup>283</sup>, sont couvertes par le critère de l'origine. Dans les deux hypothèses, les distinctions s'y rattachant sont présumées dépréciatives. En accord avec la doctrine et les travaux préparatoires, et en fonction des principaux problèmes qui se posent<sup>284</sup>, la protection accordée par l'art. 8 al. 2 Cst. aux Tsiganes sera donc traitée dans cette section.

## 2. La protection juridique

351. *L'homosexualité*. – L'orientation sexuelle est sans doute un domaine où des formes multiples de discriminations subsistent dans la société<sup>285</sup>. L'interdiction de la discrimination revêt donc une importance considérable dans ce contexte. Des distinctions fondées sur l'orientation sexuelle d'une personne, c'est-à-dire sur son homosexualité, sont présumées dépréciatives en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. La présomption est très forte : on imagine mal des situations où un individu pourrait être soumis à un traitement particulier uniquement à cause de son orientation sexuelle en tant que telle.

La législation suisse ne connaît plus – après la levée des normes particulières du droit pénal<sup>286</sup> – de traitement à part des personnes homosexuelles en tant qu'individus. En revanche, en ce qui concerne les partenariats, des distinctions entre couples de sexes différents et couples de même sexe subsistent en droit suisse. De telles distinctions sont fondées sur le mode

---

<sup>283</sup> La plupart des Tsiganes suisses appartiennent au groupe des Yenish, alors que les Yenish constituent un petit groupe au sein du peuple tsigane dans son ensemble ; les trois grands groupes sont les Rom, les Kalè et les Manouches (ou Sintî) : MICHON Maïté, *Minorité : un concept commode, mais ambigu*, Tangram. Bulletin de la commission fédérale contre le racisme, 3/1997, 17 – 21, 19 s.

<sup>284</sup> Liés généralement au mode de vie nomade, voir *infra*, n° 361 ss.

<sup>285</sup> Cf. intervention de Mme Hubmann, rapporteuse (BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », N 172). Pour des exemples, voir notamment : GERBER Bernhard, HERZ Nadja, BERTSCH Martin, *Toleriertes Unrecht : Die Diskriminierung von Lesben und Schwulen in der Schweiz*, Berne, 1997 ; ILGA-EUROPA (éd.), *Gleichstellung von Lesben und Schwulen. Eine relevante Frage im zivilen und sozialen Dialog*, Bruxelles, 1998, 14 ss.

<sup>286</sup> Révision du titre cinquième du CPS concernant les infractions contre l'intégrité sexuelle, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1992 : RO 1992 1670 ; pour le message du Conseil fédéral : FF 1985 II 1021.

de vie et elles sont donc présumées illicites en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. C'est avant tout cette dernière catégorie de distinctions que la Constitution vise : la vie en couple est l'expression la plus évidente du « mode de vie » des homosexuels. Toute distinction juridique entre couples homosexuels et couples hétérosexuels ne constitue cependant pas nécessairement une discrimination : si d'éventuelles différences de traitement reposent sur des motifs particulièrement sérieux et importants, elles pourraient être admissibles ; en aucun cas, toutefois, des idées traditionnelles et bien établies du rôle de la famille et du couple ne pourraient justifier des inégalités à l'égard des couples homosexuels. Le rôle premier de la norme constitutionnelle interdisant les discriminations est sans doute de remettre en question les stéréotypes et les idées traditionnelles préconçues qui ont pour effet de dénigrer les personnes ayant – délibérément ou par leur nature – choisi un mode de vie différent de celui qui domine la société.

352. *Les autres formes de vie en commun.* – Pour ce qui est des autres formes de vie en commun, la présomption d'illicéité établie par l'art. 8 al. 2 Cst. est moins forte. On peut imaginer plus de raisons qui rendent admissible une différence de traitement, par exemple, entre familles monoparentales et familles où père et mère sont présents, entre concubins et couples mariés. Lorsqu'une distinction a pour fonction de régler des situations de fait différentes – tenant compte, pour reprendre les exemples, du besoin de protection accrue des familles monoparentales ou de la possibilité des couples vivant en union libre de se marier – et lorsqu'elle n'a ni but ni effet dépréciatif, une distinction sera conforme à la Constitution fédérale.
353. *Les gens du voyage.* – La question est plus délicate pour les distinctions du fait du mode de vie des gens du voyage. Des distinctions « directes » se rattachant uniquement à l'appartenance ou non à ce groupe de personnes sont évidemment interdites : ici, la présomption du caractère dépréciatif est quasi absolue. Il s'agit en effet de distinctions du fait de l'appartenance à une ethnie qui ne pourraient être conformes à la Constitution que s'il s'agit de mesures positives de protection (voir *supra*, n° 270). De toute façon, de telles distinctions n'existent en principe pas en droit suisse.

En revanche, les gens du voyage se voient souvent confrontés à des réglementations rendant plus difficile la vie nomade, sans avoir un lien avec l'appartenance à un groupe ethnique. En effet, l'ordre juridique suisse est

construit fondamentalement dans l'optique du mode de vie sédentaire de la majorité de la population, la réalité des gens du voyage n'y est généralement pas prévue<sup>287</sup>. Il est évident que des conflits entre les deux modes de vie peuvent en résulter. Il arrivera même souvent que les difficultés auxquelles se voient confrontés les gens du voyage n'auront pas pour base des distinctions qui se rattacheront directement à leur mode de vie, mais qu'il s'agisse de règles « neutres », ayant, de fait, des effets désavantageux sur eux.

*Exemple.* Si le camping est interdit sur le territoire d'une commune, il l'est de manière générale, peu importe que les campeurs aient ou non un mode de vie nomade. Mais l'interdiction crée des problèmes beaucoup plus importants pour les gens du voyage qu'elle n'en crée pour les sédentaires.

De telles règles « neutres » par rapport au mode de vie peuvent constituer des discriminations indirectes contraires à la Constitution fédérale, si elles ont un caractère dépréciatif pour les gens du voyage. De surcroît, l'interdiction des assimilations discriminatoires, contenue dans l'art. 8 al. 2 (cf. *supra*, n° 204), oblige l'Etat à prévoir des distinctions ou des exceptions en faveur des nomades dans des domaines où de telles règles spéciales s'imposent pour rendre possible le mode de vie des gens du voyage.

Lorsqu'il s'agit de nomades de nationalité suisse, leur mode de vie est, de surcroît, protégé par l'art. 24 Cst., garantissant aux Suisses et aux Suissesses la liberté d'établissement. En effet, selon le Tribunal fédéral, la liberté d'établissement protège le droit de circuler et de s'établir librement sur le territoire de la Confédération, que se soit pour un séjour de longue ou de courte durée<sup>288</sup>. Des mesures qui rendent excessivement difficile le mode de vie nomade peuvent, par conséquent, poser problème par rapport à la liberté d'établissement.

354. *La Convention n° 169 de l'OIT.* – Le Conseil des Etats a rejeté une motion demandant la ratification de la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux, du 27 juin 1989 ; il estimait que le Conseil fédéral devrait d'abord examiner à fond les conséquences juridiques de la ratification et notamment la question de savoir si cette Convention oblige la Suisse à modifier sa législa-

---

<sup>287</sup> GLAUS Urs, *Fahrende in der Schweiz : Gefangen zwischen direkter und indirekter Diskriminierung*, in : KÄLIN, *ethnisch-kulturelle Diskriminierung*, 141 – 147, 142 ss.

<sup>288</sup> ATF 93 I 17, 23, *Storck* ; ZÖRCHER-BERTHER, *Nomades*, 18 ss.

tion en ce qui concerne les conditions de vie des nomades<sup>289</sup>. Cette Convention n'est toutefois pas directement applicable et ne contiendrait pas de droits qui ne seraient pas déjà protégés par l'art. 8 al. 2 Cst. et par la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales (cf. *supra*, n° 329).

### 3. Les exemples

#### a) Les distinctions touchant les homosexuels

355. *L'exclusion des homosexuels de l'institution du mariage.* – Par l'institution du mariage, l'ordre juridique offre aux couples un cadre juridique qui leur permet de régler l'aspect juridique de leur vie commune et d'accéder à une protection étatique de leur union. Cette institution étant réservée aux couples de sexe différent, les couples homosexuels sont placés, même contre leur volonté, sous le régime du concubinage. Ainsi, même des partenaires de longue durée sont considérés, par l'ordre juridique, comme deux personnes célibataires. Cette situation entraîne une série de conséquences défavorables, par exemple en ce qui concerne la protection du survivant en droit successoral, fiscal et social ou en ce qui concerne le droit des étrangers, où le partenaire non suisse n'a pas de droit légal à séjourner dans notre pays<sup>290</sup>. Dans ces domaines, le manque de protection juridique peut avoir des conséquences existentielles pour les couples homosexuels<sup>291</sup>.

<sup>289</sup> La Chambre des cantons a refusé, le 5 décembre 2001, par 28 voix contre 5, la motion de la commission de la politique extérieure du Conseil national, acceptée par ce dernier le 15 décembre 2000 : BO 2001 E 889 s.

<sup>290</sup> Sur la situation juridique des couples de même sexe en général, voir : FREIBURGHANUS Dieter, *Schweiz : Aktueller Stand der Diskussion über eine Gesetzgebung für gleichgeschlechtliche Paare*, PJA 2001, 243 – 251, 244 ss ; HOCHL Karin A., *Gleichheit – Verschiedenheit. Die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe*, St. Gall, 2002, 53 ss ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *La situation juridique des couples homosexuels en droit suisse. Problèmes et propositions de solution*, Berne, 1999, 25 ss ; PULVER, *Union libre*, 43 ss. Sur le droit de séjour du partenaire étranger, voir *infra*, n° 357.

<sup>291</sup> Cf. PULVER, *Union libre*, 148 ss.

Par la volonté du législateur, les personnes homosexuelles n'ont donc pas accès à une protection accordée aux couples hétérosexuels. Cette distinction, fondée sur le mode de vie, est présumée dépréciative en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. La question se pose dès lors de savoir s'il existe des raisons particulières qui pourraient renverser la présomption d'illicéité, démontrant le caractère non dépréciatif de cette réglementation.

Dans certains domaines, il pourrait exister des différences de fait entre couples de même sexe et couples de sexe différent, justifiant éventuellement des distinctions. Tel pourrait être le cas pour le régime des biens, s'il se révèle que les couples de même sexe seraient beaucoup plus souvent composés de deux personnes exerçant chacune une activité lucrative. Toutefois, la seule différence essentielle entre les couples de sexe différent et les couples homosexuels réside dans le fait que deux personnes de même sexe ne peuvent pas avoir d'enfants communs. Cela pourrait justifier des différences de traitement en ce qui concerne les obligations mutuelles de soutien ou en ce qui concerne les assurances sociales, voire dans le domaine de l'adoption<sup>292</sup>.

Pour la plupart des questions à régler, en revanche, il n'existe pas de différences entre un partenariat qui se compose de deux personnes de même sexe et celui qui se compose d'un homme et d'une femme : les deux ont le même lien affectif et ont le même besoin de protection par l'ordre juridique<sup>293</sup>. Par conséquent, il n'existe pas de motifs particulièrement sérieux qui pourraient justifier une différence de traitement en général. De plus, l'exclusion des partenariats homosexuels d'une protection juridique accordée aux couples hétérosexuels a un caractère dépréciatif. Il est évident qu'elle est motivée par un jugement de valeur négatif sur les couples de même sexe, qui, il est vrai, a une longue tradition et qui n'a, pendant longtemps, pas été mis en question. Cette exclusion met les couples de

---

<sup>292</sup> Dans tous ces domaines, et particulièrement dans le domaine de l'adoption, la question de savoir si des différences sont justifiées est controversée. Voir notamment : FTHENAKIS Wassilios E., *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und kindliche Entwicklung*, in : BASEDOW et al., *Rechtsstellung*, 351 – 390, et PULVER Bernhard, *Unverheiratete Paare. Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge*, Bâle/Genève/Munich, 2000, 151 ss.

<sup>293</sup> Cf. GREMPER Philipp, *Ausländische Staatsangehörige als Partner und Partnerinnen nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, in : UEBERSAX Peter, MÜNCH Peter, GEISER Thomas, ARNOLD Martin (éd.), *Ausländerrecht. Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz*, Bâle/Genève/Munich, 2002, 467 – 526, n° 12.1 ; PULVER, *Union libre*, 184 ss.

même sexe sur un pied d'infériorité par rapport aux couples hétérosexuels, sans qu'il existe des motifs particulièrement importants qui justifieraient cette différence. L'art. 8 al. 2, en interdisant de tels traitements dépréciatifs, oblige par conséquent le législateur à accorder aux couples homosexuels une protection juridique équivalente au mariage.

356. *Le partenariat enregistré, un traitement « séparé mais égal » ?* – Afin de garantir aux couples de même sexe une protection juridique équivalente à celle qui est offerte aux couples hétérosexuels par l'institution du mariage, deux voies sont à la disposition du législateur. Il peut soit, tout simplement, ouvrir l'institution du mariage à tous les couples, sans faire de distinction entre couples de même sexe et couples de sexe différent, soit créer, pour les premiers, une nouvelle institution qui assurerait – sous réserve d'éventuelles différenciations justifiées par des différences dans les faits, voir *supra* – la même protection juridique que le mariage.

C'est cette deuxième voie qu'ont entreprise l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, en adoptant en 1999, pour ce qui est du Parlement, une initiative parlementaire demandant une législation sur le partenariat enregistré<sup>294</sup> et en refusant une initiative demandant l'élargissement de l'institution du mariage<sup>295</sup>, et, pour ce qui est du Gouvernement, en soumettant à l'Assemblée fédérale, le 29 novembre 2002, un projet de « loi fédérale sur le partenariat enregistré »<sup>296</sup>. Cette loi prévoit en effet une institution juridique distincte pour les couples de même sexe qui aurait, dans les grandes lignes, les mêmes effets que le mariage. Dans certains domaines, toutefois, des différences considérables sont encore prévues, par exemple en ce qui concerne le nom, le régime des biens, l'adoption ou la naturalisation facilitée.

Une législation sur un partenariat enregistré a d'ailleurs été adoptée par plusieurs pays européens, notamment par le Danemark, la Suède, la Norvège, la Finlande, l'Islande, les Pays-Bas et l'Allemagne ; en revanche, jusqu'à au-

<sup>294</sup> Initiative Jean-Michel Gros « Enregistrement du partenariat », du 30 novembre 1998, à laquelle le Conseil national a donné suite, le 27 septembre 1999, par 105 voix contre 46 : BO 1999 N 1821 ss.

<sup>295</sup> Initiative Ruth Genner « Union de couples de même sexe », du 18 décembre 1998, refusée par le Conseil national le 20 décembre 1999 : BO 1999 2583 ss.

<sup>296</sup> Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, du 29 novembre 2002, FF 2003 1192.

aujourd'hui, seuls les Pays-Bas ont ouvert l'institution du mariage aux couples de même sexe<sup>297</sup>.

Lorsqu'un législateur réserve un traitement à part pour un groupe de la population protégé par l'interdiction de la discrimination, la question de la conformité de cette solution avec la Constitution doit être posée. De tels traitements à part, même dans les cas où ils accordent la même protection juridique, risquent de maintenir des discriminations sociales bien établies. Ils peuvent ainsi avoir un effet dépréciatif sur les personnes touchées. C'est notamment la conclusion qu'en a tirée la Cour suprême des États-Unis lorsqu'elle avait à juger, à plusieurs reprises, de traitements « séparés mais égaux » de Noirs dans la société américaine, notamment dans le domaine des écoles<sup>298</sup>. Comme indiqué, les couples homosexuels ont le même besoin de protection par l'ordre juridique que les couples hétérosexuels. La seule différence entre les couples de même sexe et ceux de sexe opposé est que les premiers ne peuvent pas avoir d'enfants communs. Les autres éléments de leur relation sont identiques (communauté de vie, durabilité, idée du partenariat). Cependant, le fait d'avoir (ou de pouvoir avoir) des enfants n'est pas une condition du mariage. Ce motif peut ainsi justifier des différences de traitement dans des domaines précis (voir *supra*, n° 355), mais il ne peut justifier un refus général de l'accès au mariage. Il est donc difficile de trouver des arguments objectifs et raisonnables qui confèreraient à ce traitement particulier un caractère non dépréciatif. La seule raison de réserver aux couples homosexuels une ins-

---

<sup>297</sup> Pour une présentation de ces différentes réglementations : BASEDOW/HOPT/KÖTZ/DOPFEL, *Rechtsstellung*, 7 ss ; BAUR François, MATTUSSEN Astrid, *Ehe- und Adoptionsrecht für Lesben und Schwule in den Niederlanden*, PJA 2001, 292 – 298 ; BECH Henning, *Elf Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark : Gesellschaftliche Konsequenzen des Gesetzes*, PJA 2001 264 – 268 ; BERTSCHI Martin, PULVER Bernhard, *Les lois nationales permettant aux couples de même sexe d'enregistrer leur partenariat*, PJA 2001, 340 – 349 ; BORRILLO Daniel, *Le Pacte civil de solidarité : Une reconnaissance timide des unions de même sexe*, PJA 2001, 299 – 306 ; MICHEL Jean-Pierre, *Cohabitation non maritale en droit comparé : L'exemple français*, in : GUILLAUME Florence, ARN Raphaël, *Cohabitation non maritale. Évolution récente en droit suisse et étranger*, Genève, 2000, 23 – 32.

<sup>298</sup> Après avoir jugé admissible, en 1896 encore, l'obligation faite aux Noirs d'utiliser des wagons séparés dans les trains (arrêt *Plessy v. Ferguson*, du 18 mai 1896 [163 U.S. 537 / 16 S. Ct. 1138]), la Cour suprême a modifié sa jurisprudence en 1954, en jugeant inconstitutionnel tout traitement à part des Noirs, même si les prestations réservées pour les deux groupes de la population étaient égales : arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*, du 17 mai 1954 (347 U.S. 483 / 74 S. Ct. 686).

Sur cette jurisprudence, voir, par exemple : SCHEFER, *U.S.-Supreme Court*, 52 ss.

titution juridique séparée semble être celle d'un jugement de valeur. Or, un tel jugement ne constitue pas une justification admissible sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst. Par conséquent, la solution du partenariat enregistré reste une demi-solution. Elle réserve, sur la base de préjugés sociaux et sans justification particulièrement sérieuse, un traitement particulier aux personnes d'orientation homosexuelle, propre à maintenir l'attitude dépréciative de la société à leur égard. A long terme, seul l'élargissement de l'institution du mariage pourrait, dès lors, éliminer cette discrimination.

357. *Le droit de séjour du partenaire étranger.* – Jusqu'à ce qu'une solution légale des problèmes présentés soit adoptée, une des difficultés majeures que rencontrent les couples de même sexe est l'absence, dans la législation sur les étrangers, du droit du partenaire étranger de séjourner dans le pays. Pour les couples hétérosexuels, le conjoint étranger acquiert, par le mariage, un droit légal de résider en Suisse<sup>299</sup>. Pour les couples de même sexe, un tel droit n'est pas prévu par la loi<sup>300</sup>. Nombreux sont les couples qui se voient confrontés à des difficultés pour créer un ménage commun ; souvent le partenaire étranger est même obligé de quitter la Suisse<sup>301</sup>. Le refus d'accorder une autorisation de séjour au partenaire étranger pose des problèmes par rapport à la garantie de la vie privée et familiale (art. 13 Cst. et 8 CEDH), par rapport à la liberté d'établissement (du partenaire suisse ; art. 24 Cst.)<sup>302</sup> et par rapport à l'interdiction de la discrimination.

Dans un arrêt *P. et C.*, le Tribunal fédéral a admis, récemment, que le refus d'accorder une autorisation de séjour peut violer le droit au respect de la vie privée<sup>303</sup>. Lorsqu'il existe une relation d'une certaine stabilité<sup>304</sup>, il

<sup>299</sup> En vertu de l'art. 7 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et au prolongement d'une autorisation de séjour et, après un séjour régulier et ininterrompu en Suisse de cinq ans, à l'autorisation d'établissement ; la même chose vaut pour le partenaire d'un ressortissant étranger qui est titulaire d'un permis d'établissement (art. 17 al. 2 LSEE).

<sup>300</sup> En vertu de l'art. 4 LSEE, l'autorité peut statuer « librement » sur l'octroi des autorisations. Sur les limites constitutionnelles de cette marge d'appréciation, cf. *infra*, n° 389.

<sup>301</sup> Sur la question, voir notamment : GREMPER (note 293) ; PULVER, *Aufenthaltsrecht*.

<sup>302</sup> Sur l'examen de l'admissibilité de la mesure sous l'angle de ces deux droits, voir : GREMPER (note 293), n° 12.51 ss ; PULVER, *Aufenthaltsrecht*, 6 ss.

<sup>303</sup> ATF 126 II 425, 432 s., *P. et C.* (couple de même sexe).

<sup>304</sup> Pour apprécier la stabilité de la relation, des indices comme la durée de la relation, des documents prouvant la fréquence des rencontres ou des vacances communes, des témoignages de la famille, des lettres, etc. sont aujourd'hui pris en compte par les autorités ad-

en résulte un droit du partenaire étranger à l'octroi d'une autorisation de séjour ; cette dernière ne peut, selon la Cour suprême, être refusée que si ce refus est proportionné à un intérêt public prépondérant<sup>305</sup>.

Cependant, l'absence d'un droit légal du partenaire étranger à séjourner dans le pays pose également problème par rapport à l'interdiction de la discrimination, et cela même en l'absence d'une relation déjà profondément établie. En effet, par le mariage, les personnes d'orientation hétérosexuelle ont la possibilité d'accéder directement à un tel droit – sans être tenues de prouver l'intensité de leur relation. Les personnes d'orientation homosexuelle, en revanche, sont obligées d'établir un partenariat durable avant de rentrer, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sous la sphère protégée de la vie privée et d'acquérir ainsi un droit de séjour<sup>306</sup> ; elles sont de surcroît obligées de recourir à une procédure d'autorisation dont l'issue n'est, pour le moins, pas certaine.

Existe-t-il des motifs particulièrement sérieux qui justifient cette différence de traitement et qui renverseraient la présomption d'illicéité ? Pour ce qui est du *but* de la distinction, on ne voit pas très bien en quoi la situation des couples homosexuels se distinguerait de celle des hétérosexuels. S'il s'agit de limiter le nombre des étrangers – objectif qui est en principe admissible sous l'angle de l'art. 8 al. 2 (cf. *supra*, n° 283) –, on ne voit aucune raison de limiter de manière plus restrictive l'accès à l'autorisation de séjour pour les homosexuels que pour les hétérosexuels ; s'il s'agit d'éviter des abus, rien ne permet d'affirmer que ce risque est plus grand chez les couples de même sexe que chez les couples hétérosexuels<sup>307</sup>. De surcroît, la distinction a sans doute un *effet* dépréciatif pour les homosexuels : ces derniers se voient empêchés, pour le seul fait de leur orientation sexuelle, de vivre leur relation et de former un ménage commun. L'absence de droit légal du partenaire étranger à l'octroi d'une autorisation de séjour est contraire à l'art. 8 al. 2 Cst.

Les dispositions de la LSEE sont immunisées par rapport à la Constitution fédérale (art. 191 Cst., cf. *supra*, n° 236 ss). Cependant, la loi n'interdit pas

---

ministratives ou judiciaires. Cf. GREMPER (note 293), n° 12.41 ; PULVER, *Aufenthaltsrecht*, 13.

<sup>305</sup> ATF 126 II 425, 434 ss, *P. et C.* En l'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que le refus de l'autorisation respectait ces exigences : 436 ss.

<sup>306</sup> Ce qui, en l'absence justement d'un droit d'un des partenaires de résider dans le pays, peut se révéler difficile.

<sup>307</sup> Cf. PULVER, *Aufenthaltsrecht*, 11.

l'octroi des autorisations aux partenaires étrangers des couples de même sexe, les autorités peuvent – et doivent – par conséquent appliquer cette loi de manière conforme à la Constitution : elles sont obligées d'accorder, sur la base de preuves de l'existence d'une relation stable<sup>308</sup>, des autorisations de séjour. Pour une solution répondant aux exigences de la sécurité de droit, il faudrait, en revanche, attendre l'action du législateur, notamment l'adoption d'une loi sur le partenariat enregistré.

b) Les distinctions touchant l'union libre

358. *Les distinctions entre concubins et couples mariés en général.* – La situation est différente en ce qui concerne les couples hétérosexuels vivant en union libre. Ces derniers sont, certes, moins bien protégés par l'ordre juridique que les couples mariés, le concubinage en tant que tel n'étant pas réglé par la loi<sup>309</sup>. Cependant, l'ordre juridique leur offre l'institution du mariage. Les concubins hétérosexuels ont donc le choix de soumettre ou non leur relation aux règles du droit matrimonial. Il est par conséquent logique qu'il existe des distinctions juridiques entre mariage et concubinage. Ces distinctions ne sont pas, par principe, illicites.
359. *Des distinctions dans le domaine des assurances sociales.* – Cependant, toute différence de traitement entre concubins et conjoints n'est pas d'emblée admissible. On ne saurait refuser toute protection aux couples non mariés en le justifiant par leur refus d'accéder au droit matrimonial. Une analyse des différents domaines du droit montre que certaines distinctions, notamment dans l'octroi des prestations sociales de l'Etat, se

<sup>308</sup> Cf. ATF 126 II 425, 433 s., *P. et C. (couple de même sexe)* ; GREMPER (note 293), n° 12.39 ss ; PULVER, *Aufenthaltsrecht*, 13.

Sous l'angle de l'art. 8 al. 2, on ne pourra toutefois exiger que la relation ait déjà duré plusieurs années, une durée plus courte, par exemple d'une année, devrait en principe suffire, lorsque l'intensité et la stabilité de la relation peuvent être démontrées ; cf. GREMPER, *op. cit.*, n° 12.41 et 12.67.

<sup>309</sup> « L'absence de loi ne signifie toutefois pas l'absence de droit » : DESCHENAUX Henri, TERCIER Pierre, WERRO Franz, *Le mariage et le divorce. La formation et la dissolution du lien conjugal*, 4<sup>e</sup> éd., Berne, 1995, n° 1016, qui relèvent que les règles ordinaires de l'ordre juridique s'appliquent au concubinage. Sur la situation des concubins en droit suisse, voir : PULVER, *Union libre*, 21 ss, et WERRO Franz, *Concubinage, mariage et démariage*, 5<sup>e</sup> éd. de l'ouvrage précité de DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, Berne, 2000, n° 94 ss, tous deux avec d'autres références.

révèlent injustifiées. En particulier, lorsque des prestations accordées au partenaire survivant ont avant tout un lien avec la présence d'enfants, on ne voit pas très bien pourquoi il serait nécessaire de lier l'octroi de ces prestations à l'état civil des assurés<sup>310</sup>. Dans ce domaine, il faudrait donc conclure qu'il n'existe pas de motifs particulièrement sérieux pour traiter différemment les survivants ayant des enfants selon qu'ils étaient ou non mariés avec la personne décédée.

360. *Les successions et l'impôt successoral.* – Un autre domaine où des différences entre conjoints et concubins sont très discutables est celui du droit successoral et de l'impôt successoral. Le concubin survivant n'est pas prévu du tout en droit successoral et il est traité, en ce qui concerne l'impôt successoral, par la plupart des cantons qui connaissent un impôt sur les successions, comme une personne tierce au défunt. Cette différence de traitement n'est pas justifiée par des motifs particulièrement sérieux<sup>311</sup>. Sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral devrait donc modifier sa jurisprudence établie sous l'angle de l'art. 4 aCst.<sup>312</sup>.

c) Les gens du voyage

361. *Des difficultés nombreuses.* – En changeant fréquemment leur lieu de séjour, les gens du voyage peuvent rencontrer de nombreuses difficultés dans notre société sédentaire. Les domaines les plus fortement touchés sont notamment les possibilités de séjour (places fixes ou de passage), l'exercice de l'activité lucrative, la scolarité, ainsi que la prévoyance sociale et l'assistance médicale<sup>313</sup>. La législation portant sur les trois pre-

---

<sup>310</sup> Voir PULVER Bernhard, *Union libre et assurances sociales. Les effets juridiques de l'union libre*, Aspects de la sécurité sociale 4/2000, 36–42, 39 ss.

<sup>311</sup> Pour plus de détails : PULVER, *Union libre*, 168 ss.

<sup>312</sup> Dans l'ATF 123 I 241, C., le Tribunal fédéral a jugé conforme à la Constitution une différence d'imposition de 500 % entre concubin et conjoint survivants : l'impôt, dans le canton de Neuchâtel, était de 6 % pour le conjoint survivant et de 36 % pour le concubin. Pour une critique de cet arrêt, sous l'angle de l'art. 4 aCst. déjà : PULVER, *Union libre*, 122 s.

<sup>313</sup> Rapport de la commission de la sécurité sociale concernant l'initiative parlementaire Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses », du 28 août 1991, FF 1991 IV 449, 450 ; RIEDER, *Fahrende*, 165 ss ; ZÜRCHER-BERTHER, *Nomades*, 17 s. Voir également le numéro spécial, consacré aux Tsiganes suisses, de *Tangram. Bulletin de la commission fédérale contre le racisme*, 3/1997.

niers domaines relève principalement de la compétence des cantons et, souvent, des communes, ce qui a pour conséquence que les gens du voyage se voient confrontés à 26 (ou même, pour ce qui est des communes, à plus de 3 000) réglementations différentes.

362. *Les places de stationnement.* – Les nomades ont besoin d’emplacements pour leurs roulottes (ou leurs tentes ou autres abris). Il peut s’agir soit de places pour y séjourner passagèrement (places de passage), soit de places d’aménagement pour y séjourner pendant une saison, notamment pendant l’hiver (places fixes). Si, autrefois, les possibilités de séjour ne faisaient pas défaut, il en va autrement aujourd’hui, en raison de l’urbanisation croissante de notre société<sup>314</sup>. Ces dernières années, la création de places de stationnement pour les nomades a été refusée à plusieurs reprises lors de votations communales ; d’autres communes, en revanche, ont créé des places réservées aux nomades<sup>315</sup>.

D’une manière générale, les prescriptions cantonales sur les constructions et l’aménagement du territoire ne permettent pas le « camping » à tous les endroits ; beaucoup de communes l’interdisent même sur tout leur territoire. De surcroît, les dispositions et les installations prévues à cet égard visent la population sédentaire qui, lors de vacances, profite passagèrement d’une occasion de vivre l’expérience d’un « domicile mobile » et ne sont guère adaptées aux besoins des gens du voyage<sup>316</sup>. La situation de la population sédentaire et des gens du voyage se distinguant fondamentalement, l’ordre juridique devrait donc prévoir des solutions permettant aux nomades de maintenir leur mode de vie. Tous les terrains publics ne sont évidemment pas appropriés aux besoins des gens du voyage, certaines communes n’ayant peut-être même aucun endroit qui se prête à une telle utilisation. Tout dépendra donc des circonstances de l’espèce pour savoir si une interdiction de séjourner est conforme à l’art. 8 al. 2 Cst.<sup>317</sup>. Pour ce qui concerne l’adaptation nécessaire des législations sur la construction et l’aménagement du territoire, les solutions seront souvent complexes et pourraient poser des questions difficiles dans un pays largement

<sup>314</sup> GLAUS (note 287), 141 ss ; ZÜRCHER-BERTHER, *Nomades*, 21 ss.

<sup>315</sup> Message du Conseil fédéral concernant l’octroi d’un crédit-cadre à la fondation « Assurer l’avenir des gens du voyage suisses » pour les années 2002 à 2006, du 14 février 2001, FF 2001 1490, 1496.

<sup>316</sup> « Nous ne campons pas, nous habitons » : ZÜRCHER-BERTHER, *Nomades*, 11 et 29 ss.

<sup>317</sup> Sur cette question : RIEDER, *Fahrende*, 167 ss.

bâti. Cependant, à la lumière de l'interdiction de la discrimination (et de la liberté d'établissement), la question qui se pose n'est pas celle de savoir *si* les besoins d'espace vital de la minorité nomade devraient être reconnus, mais uniquement *comment* ils peuvent être satisfaits<sup>318</sup>.

363. *Les prescriptions cantonales de police de commerce.* – Les nomades exercent, pour la plupart, des activités lucratives qui ne sont pas rattachées à un endroit fixe. Il s'agit notamment de commerces de marchandises et de prestation de services. La plupart de ces activités est réglée par le droit cantonal et soumise à un régime d'autorisation<sup>319</sup>.

Certains cantons connaissent – ou connaissaient – même des discriminations « directes » à l'égard des nomades, réservant l'exercice de commerces itinérants aux sédentaires<sup>320</sup>. De telles distinctions en fonction du mode de vie sont présumées illicites et il est peu probable que les cantons arrivent à faire valoir des motifs qui les rendraient non dépréciatives.

Les difficultés primordiales des gens du voyage dans l'exercice de leurs activités lucratives résidaient dans l'obligation de se conformer à 26 régimes légaux différents, dans la contrainte d'obtenir des autorisations cantonales et de payer les différents émoluments, ainsi que dans les limites d'âges (souvent de 20 ans) que certains cantons exigent pour l'exercice de commerces itinérants<sup>321</sup>. L'harmonisation de ces dispositions permet d'éliminer ces difficultés. Le 23 mars 2001, l'Assemblée fédérale a en effet adopté une loi fédérale qui a pour objet d'harmoniser, au niveau fédéral, le droit régissant le commerce itinérant<sup>322</sup>. Cette loi, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, remplace le droit cantonal dans ce domaine et facilitera ainsi considérablement le mode de vie des nomades. Elle s'applique à toutes les formes de commerce itinérant (la vente de marchandises, l'offre de services, l'exercice d'une activité foraine ou

---

<sup>318</sup> GLAUS (note 287), 143.

<sup>319</sup> Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur le commerce itinérant, du 28 juin 2000, FF 2000 3849, 3851 ; ZÜRCHER-BERTHER, *Nomades*, 64 ss.

<sup>320</sup> Pour des exemples de telles réglementations, généralement tombées en désuétude : RIEDER, *Fahrende*, 173 ; ZÜRCHER-BERTHER, *Nomades*, 39.

<sup>321</sup> ZÜRCHER-BERTHER, *Nomades*, 38 ss. Pour une présentation des différentes réglementations cantonales, voir : Message précité (note 319), 3853, et ZÜRCHER-BERTHER, *op. cit.*, 64 ss.

<sup>322</sup> Loi fédérale sur le commerce itinérant, du 23 mars 2001, RO 2002 3080 ; message du Conseil fédéral, du 28 juin 2000, FF 2000 3849.

l'exploitation de cirques ; art. 2) et garantit aux personnes qui les pratiquent la possibilité de les exercer sur l'ensemble du territoire suisse. La loi fixe des exigences minimales nécessaires à la protection du public (art. 1 al. 2) et prévoit une autorisation unique, délivrée par un canton et qui donne à son titulaire le droit d'exercer sa profession dans toute la Suisse. Les limites d'âge pour l'exercice d'une telle activité sont désormais déterminées par la loi sur le travail (art. 4 al. 3).

## Section 9

### **Les convictions religieuses, philosophiques ou politiques**

364. *Introduction.* – La Constitution fédérale interdit la discrimination d'une personne du fait « de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ». Il s'agit d'un critère classique des normes interdisant la discrimination, que ce soit au niveau des constitutions cantonales ou des instruments internationaux. Toutefois, la terminologie utilisée varie : à l'instar de la Constitution fédérale, la plupart des constitutions cantonales parlent de « convictions », les instruments internationaux emploient, eux, généralement les termes « religion » et « opinion ».

#### **1. La notion**

365. *La conviction.* – La Constitution fédérale protège les « convictions ». Une conviction est une opinion ferme, voire une certitude, fondée sur des preuves ou sur une expérience<sup>323</sup>. Ainsi, la protection de l'art. 8 al. 2 ne couvre pas toute idée, toute opinion ou information, émise spontanément ou défendue passagèrement. Le critère des « convictions », utilisé par la Constitution fédérale, vise uniquement les conceptions fermes, d'une certaine durée, qu'une personne a du monde ou de la société.

---

<sup>323</sup> *Le Robert micro. Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1995 ; *Duden. Das Bedeutungswörterbuch*, vol. 10, Mannheim/Vienne/Zurich, 1985.

366. *La religion.* – Les convictions peuvent être, tout d’abord, de caractère religieux. Toutes les dispositions cantonales ou internationales<sup>324</sup> qui consacrent une interdiction générale de la discrimination contiennent le critère de la religion. Une religion est une conception spirituelle ou intellectuelle relative aux rapports entre l’être humain et la divinité ou la transcendance<sup>325</sup>. À l’instar de ce qui vaut pour la liberté religieuse<sup>326</sup>, sont non seulement protégées les confessions traditionnelles de la Suisse, mais également les autres religions et croyances philosophiques, indépendamment de leur importance numérique. Toutefois, une conviction religieuse doit correspondre à une vision globale du monde et des rapports de l’homme avec la transcendance, n’importe quelle conception qui s’appellerait elle-même « religion » n’est pas comprise dans cette notion<sup>327</sup>.

Les personnes appartenant à la communauté juive sont ainsi protégées par le critère de la « conviction religieuse ». Cependant, la communauté juive n’est pas seulement une communauté religieuse, mais également un peuple, une ethnie<sup>328</sup> ; elle est donc aussi comprise dans le critère de l’origine.

367. *Les convictions philosophiques.* – Les conceptions philosophiques couvrent des visions plus ou moins globales du monde, de l’individu ou de la société, qui ne se réfèrent pas nécessairement à la transcendance. Constituent notamment une philosophie des visions systématiques et générales, consacrant des réponses aux « questions que l’être humain peut se poser sur lui-même »<sup>329</sup>. Le terme est très large ; cependant, comme nous l’avons vu, la Constitution fédérale ne protège pas n’importe quelle opinion, idée ou sentiment, mais seules des conceptions fermes et durables.

---

<sup>324</sup> Voir, au sujet des dispositions du droit international : GUYAZ, *Discrimination raciale*, 148 ss.

<sup>325</sup> Il s’agit d’avoir sa « propre opinion sur les rapports de l’homme avec la Divinité ; de croire en Dieu, dans celui des chrétiens, catholiques, protestants ou sectaires, dans celui des juifs, dans celui des mahométans ; de croire en plusieurs dieux ; de ne croire en aucun Dieu » : AUBERT, *Traité*, n° 2014. Sur la notion de religion, voir également KARLEN, *Religionsfreiheit*, 7 ss et 200 ss, avec des références.

<sup>326</sup> ATF 119 la 178, 183 s., *A. et M. (cours de natation)*.

<sup>327</sup> Selon le Tribunal fédéral, l’église « Scientology » peut invoquer la liberté religieuse : ATF 125 I 369, 372, *Verein Scientology Kirche Basel*, avec un résumé des différentes positions de la jurisprudence en Europe.

<sup>328</sup> Mais pas une « race » : GEISS, *Rassismus*, 59 ss.

<sup>329</sup> *Le Robert micro. Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1995.

Pourraient constituer des convictions philosophiques l'existentialisme, le marxisme, l'anthroposophie, le végétarisme, la franc-maçonnerie ou le féminisme, pour prendre des idées très différentes les unes des autres. Ces exemples montrent que la délimitation entre convictions religieuses, philosophiques ou politiques est parfois difficile, les limites étant floues – certaines conceptions pouvant être considérées autant comme conviction religieuse que politique.

368. *Les convictions politiques.* – Les convictions politiques sont des conceptions qui répondent aux questions de société, à la manière dont la vie commune des êtres humains devrait être organisée et dont le pouvoir devrait être exercé dans une société organisée<sup>330</sup>. Les visions politiques peuvent ou non se baser sur des convictions religieuses ou philosophiques. Il peut s'agir de convictions répandues, dont les adeptes sont organisés, notamment dans des partis politiques. Mais il peut aussi s'agir de conceptions individuelles sans rattachement à un courant politique.

Constituent par exemple des convictions politiques le libéralisme, le socialisme, le communisme ou l'écologie politique. Des courants radicaux comme l'anarchisme ou le fascisme constituent également des convictions politiques.

369. *Les convictions, un critère particulier.* – Comparée à la plupart des autres critères qui se trouvent à l'art. 8 al. 2, les convictions ont comme particularité d'être modifiables<sup>331</sup>. Si l'origine, la race, le sexe, l'âge et les déficiences, ainsi que, dans une mesure peut-être plus limitée, la langue, la situation sociale et le mode de vie<sup>332</sup> ne peuvent en principe pas être modifiés par l'individu<sup>333</sup>, les convictions, elles – même si elles constituent des visions fermes et stables –, peuvent être modifiées.

<sup>330</sup> Est « politique » ce qui est « relatif à l'organisation du pouvoir dans l'Etat, à son exercice » : *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, tome 8, Paris, 1984 ; la politique étant la « Gesamtheit der Verfahren und Handlungen von Einzelnen, Institutionen und Organisationen, die öffentliche Belange durch Entscheidungen regeln » : *Brockhaus. Die Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden*, 20<sup>e</sup> éd., tome 17, Leipzig/Mannheim, 1998.

<sup>331</sup> D'un point de vue philosophique et psychologique, on peut même espérer qu'un être humain soit intéressé à apprendre, à se développer et à modifier ses idées au cours de sa vie, plutôt qu'à garder, de manière immuable, des convictions une fois acquises.

<sup>332</sup> Du moins en ce qui concerne l'homosexualité.

<sup>333</sup> Toujours sous réserve d'exceptions ; voir, par exemple, la question du changement de sexe, *supra*, n° 297.

Dans la mesure où il s'agit de conceptions durables et très personnelles, les convictions religieuses, philosophiques et politiques forment cependant des qualités étroitement liées à la personnalité. L'histoire a montré, à d'innombrables reprises, qu'il s'agit de qualités qui peuvent donner lieu à des discriminations et des persécutions. En vertu d'un consensus général qui règne dans les sociétés libérales et démocratiques, l'Etat ne peut exiger d'une personne de modifier ses convictions personnelles et ces dernières ne devraient pas pouvoir servir de motif à un traitement défavorable de la part de l'Etat. De la sorte, l'interdiction de la discrimination du fait des convictions consacre un des piliers fondamentaux de l'Etat pluriel et démocratique.

## 2. La protection juridique

370. *Une présomption très forte.* — À l'instar de ce qui vaut notamment pour les critères de l'âge ou de la situation sociale, la présomption d'illicéité des distinctions du fait d'une conviction présente une « géométrie variable ». D'une manière générale, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques des administrés ne devraient en rien influencer leur traitement par l'Etat. La présomption est ainsi très forte.

Aussi, par exemple, les convictions personnelles ne devraient-elles jouer aucun rôle dans l'octroi de prestations étatiques, dans la fiscalité, dans l'exercice des droits politiques, dans la procédure d'autorisation de construire ou dans la fixation des conditions de travail ou de salaire d'un fonctionnaire. Dans ces domaines, les convictions de l'intéressé n'ont strictement aucun lien avec la question à régler.

Dans d'autres domaines, en revanche, comme nous le verrons encore, la prise en compte des convictions est admissible dans l'intérêt même des diverses minorités (voir *infra*, n° 372).

371. *Les rapports entre l'art. 8 al. 2 et les libertés de religion et d'opinion.* — La Constitution fédérale protège les convictions non seulement à l'art. 8 al. 2, mais également dans d'autres dispositions, en particulier aux art. 15 (liberté de conscience et de croyance) et 16 (liberté d'opinion)<sup>334</sup>. Se pose donc la question de savoir si, et dans quelle mesure, les sphères de protec-

---

<sup>334</sup> Concrétisée par d'autres dispositions constitutionnelles, notamment la liberté des médias (art. 17).

tion de l'art. 8 al. 2 et des libertés mentionnées se recouvrent. En effet, la délimitation est difficile, puisque les trois visent un objet similaire et poursuivent des buts presque identiques<sup>335</sup>. Toutefois, quelques différences sont à signaler.

Il existe tout d'abord une différence en ce qui concerne l'*objet* des diverses garanties. Alors que la notion de religion utilisée dans le contexte de la liberté de conscience et de croyance correspond en principe au critère des convictions religieuses et philosophiques de l'art. 8 al. 2 Cst., la liberté d'opinion, elle, couvre un champ plus large. Elle protège « l'ensemble des "produits" ou messages de la pensée humaine, qu'il s'agisse d'un sentiment, d'une réflexion, d'une opinion, de l'observation d'un fait, d'une information ou encore (...) d'une publicité commerciale »<sup>336</sup>; l'interdiction de la discrimination, en revanche, ne vise que les « convictions », c'est-à-dire les conceptions fermes et stables (*supra*, n° 365).

Une deuxième différence se rapporte à la *portée* de ces droits. Les libertés protègent les particuliers à l'encontre des ingérences étatiques, notamment des mesures restreignant la libre formation et communication d'une conviction, la création et l'appartenance à une communauté ou à une organisation à but idéal (art. 15 al. 3 et 23 Cst.) et l'exercice d'actes, en particulier religieux, qui en résultent. Une distinction ne touche donc ces libertés que si elle en restreint l'exercice. L'interdiction de la discrimination, quant à elle, a une sphère de protection à la fois plus large et plus restreinte. Elle est plus restreinte dans la mesure où elle ne vise que les *distinctions* fondées sur les convictions et non pas toute mesure restreignant la liberté religieuse ou d'opinion. Cependant, cette différence n'a guère de portée pratique, puisque des mesures restreignant la communication d'idées ou l'exercice d'une religion pourront généralement être considérées comme une distinction en fonction d'une conviction. Elle est en revanche plus large, puisque *toute* distinction fondée sur une convic-

<sup>335</sup> Notamment la pluralité et le fonctionnement démocratique de la société, la dignité humaine et, pour la liberté religieuse, la paix confessionnelle. Voir, par exemple: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 395 ss, KARLEN, *Religionsfreiheit*, 31 ss, et J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 80 ss, sur la liberté religieuse; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 485 ss et 512 ss, J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 183 ss et 248 ss, et STALDER Christoph, « Preferred Freedoms ». *Das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den anderen Grundrechten*, thèse, Berne, 1977, 13 s., sur la liberté d'opinion.

<sup>336</sup> Message Cst., 160; STALDER (note 335), 11 s.

tion religieuse, philosophique ou politique est présumée illicite, qu'elle restreigne directement ou non les libertés en question. Si, avant 1999, le Tribunal fédéral devait encore se demander s'il entre en matière sur le grief d'une atteinte indirecte à la liberté de religion ou d'opinion, l'art. 8 al. 2 Cst. inclut aujourd'hui cette protection. L'interdiction de la discrimination du fait d'une conviction étend ainsi la protection par les libertés mentionnées, en assurant notamment la protection contre les atteintes indirectes<sup>337</sup>.

Enfin, l'examen de la conformité d'une mesure avec la Constitution n'est pas le même pour les libertés et l'interdiction de la discrimination. Les restrictions aux libertés sont conformes à la Constitution fédérale, si elles respectent les conditions établies par l'art. 36 Cst., c'est-à-dire si elles reposent sur une base légale suffisante, poursuivent un intérêt public prépondérant et respectent tant le principe de la proportionnalité que l'essence même de la liberté en question. Les distinctions en fonction d'une conviction sont en revanche tout simplement interdites, si les autorités n'arrivent pas à prouver leur caractère non dépréciatif. Sur cette question, voir plus haut, n° 212 ss.

### 3. Les exemples

372. *La composition des autorités étatiques.* – Un domaine qui est étroitement lié aux convictions est celui de la composition des autorités étatiques. L'élection des autorités législatives et exécutives, en particulier lorsqu'elle suit le système de la représentation proportionnelle, se fait en fonction des conceptions politiques, voir religieuses ou philosophiques, dont se déclarent partisans les différents candidats ou groupes de candidats (listes). Même les autorités judiciaires et, partiellement, les autorités administratives sont souvent composées en fonction des « couleurs politi-

---

<sup>337</sup> Déjà sous l'empire de l'ancienne Constitution, le Tribunal fédéral est parfois entré en matière sur le grief d'une atteinte indirecte à une liberté. Il a notamment examiné sous l'angle de la liberté religieuse des mesures prises dans des domaines non liés à la religion et qui ne limitaient pas directement l'exercice de cette liberté : ATF 118 Ia 46, 53, *Verein Scientology Kirche Zürich* (la distinction avait pour conséquence un avantage pour un tiers) ; arrêt du 2 septembre 1997, *US S. A.*, publié in : RDAF 1998 I 162, spéc. 175 ss (interdiction d'exploiter une agence de sécurité privée à cause de l'appartenance de l'exploitant à une secte considérée comme dangereuse).

De toute façon, la liberté religieuse exige la neutralité religieuse de l'Etat, et protège ainsi contre des distinctions en fonction d'une religion : KARLEN, *Religionsfreiheit*, 50 s. ; ATF 118 Ia 46, 53, *Verein Scientology Kirche Zürich*.

ques ». Dans ce domaine, le respect des différentes convictions existant dans la société peut justifier la prise en considération des convictions des candidats.

En effet, en Suisse, les autorités sont généralement composées en tenant compte le plus possible des minorités linguistiques, politiques et religieuses. Notre système politique, dominé largement par la proportionnelle<sup>338</sup>, tente de faire participer aux décisions étatiques tous les courants politiques importants du pays. Il assure ainsi, d'une part, le respect et la représentation des diverses convictions ; en garantissant la participation des minorités, il constitue alors un moyen pour éviter des discriminations<sup>339</sup>. D'autre part, ce système permet une amélioration du fonctionnement des autorités<sup>340</sup> et de la qualité de leurs décisions<sup>341</sup>. Par conséquent, dans la composition des autorités étatiques, les distinctions en fonction des convictions ne sont pas contraires à l'art. 8 al. 2 Cst., pour autant que ces convictions jouent un rôle dans les tâches du poste à pourvoir, c'est-à-dire lorsque les convictions politiques peuvent avoir une influence importante sur leurs activités et décisions<sup>342</sup>.

<sup>338</sup> Soit au niveau légal, dans la fixation du système électoral, soit par arrangement entre les acteurs politiques ; RHINOW René, *Grundprobleme der schweizerischen Demokratie*, RDS 1984 II 111 – 273, 237 ss, parle de « 'Durchproportionalisierung' beinahe aller staatlichen (...) Organe, deren Besetzung nach parteipolitischen, regionalen, sprachlichen und z. T. auch konfessionellen Verhältniszahlen erfolgt – und zwar (...) in der Regel auf 'freiwilliger' Basis, ohne rechtliche Verpflichtung » (239).

<sup>339</sup> La participation démocratique en tant que telle peut ainsi être comprise comme un aspect de la dignité humaine : MASTRONARDI, *Menschenwürde 1978*, 242 s. ; RHINOW (note 338), 162 ss.

<sup>340</sup> En faisant participer des opposants potentiels au processus de prise de décision.

<sup>341</sup> Par la prise en compte d'un plus grand nombre d'idées et de points de vue différents.

<sup>342</sup> On pourrait même défendre l'idée que la prise en compte des convictions lors de la composition des autorités s'imposerait en vertu de l'interdiction de la discrimination, pour éviter, justement, la mise à l'écart d'un courant minoritaire. Cependant, on peut imaginer d'autres modes d'élection, notamment pour la composition d'autorités administratives et judiciaires, mais même pour les autorités politiques, qui seraient tout à fait conformes à la protection constitutionnelle contre la discrimination et qui reposeraient plus sur les qualités personnelles et les facultés professionnelles que sur les positions politiques des candidats et des candidats. De surcroît, il est impossible de désigner d'une manière généralement valable le système qui assure le mieux la participation des différents courants de la société. La présence durable de toutes les positions ayant une certaine importance numérique est-elle le meilleur moyen pour assurer cette participation ? Dans l'affirmative, à partir de quel seuil une minorité est-elle « importante » ? L'alternance des majorités ne permet-elle pas également d'assurer l'influence réelle des différentes convictions ? Voilà

En revanche, pour l'attribution de postes pour lesquels les convictions des candidats ne jouent aucun rôle, ces dernières ne doivent pas influencer les décisions d'engager ou non une personne. De surcroît, même pour les postes où la prise en compte de convictions peut en principe se justifier, la proportionnelle ne doit pas avoir des effets dépréciatifs. Aussi l'art. 8 al. 2 Cst. pourrait-il être violé, par exemple, lorsque la prise en compte de la « couleur politique » pour l'engagement des agents publics sert à éliminer systématiquement des candidats appartenant aux courants très minoritaires<sup>343</sup>.

373. *L'interdiction de l'abattage rituel.* – Depuis 1893, suite à une initiative populaire acceptée par le peuple et les cantons, l'abattage rituel des animaux est interdit en Suisse<sup>344</sup>. Selon les partisans de cette interdiction, l'abattage rituel, pratiqué par une partie des juifs et des musulmans, cause des douleurs particulières ; la mesure se justifierait donc par la protection des animaux. Toutefois, à l'époque, l'interdiction se fondait incontestablement aussi sur des motivations d'ordre religieux (antisémitisme) et il est probable que de telles motivations sous-tendent encore aujourd'hui la discussion sur cette question<sup>345</sup>.

---

pourquoi, à notre avis, l'art. 8 al. 2 n'impose en aucun cas la prise en compte des convictions lors de l'élection des autorités étatiques.

<sup>343</sup> Dans tous les cas, la difficulté sera évidemment la délimitation entre les cas où la prise en compte des convictions est admissible et ceux où la conviction n'a pas de lien avec la tâche à effectuer.

<sup>344</sup> L'abattage rituel, c'est-à-dire l'abattage sans étourdissement précédant la saignée, est interdit, aujourd'hui, par l'art. 20 al. 1 de la loi fédérale sur la protection des animaux, du 9 mars 1978 (RS 455). Cette disposition exige l'étourdissement des mammifères avant la saignée ; aucune dérogation en faveur des communautés religieuses n'y est prévue. Sur cette règle, voir notamment GOETSCHEL Antoine F., *Kommentar zum Eidgenössischen Tierschutzgesetz*, Berne/Stuttgart, 1986, 147 ss.

L'interdiction était prévue, avant l'entrée en vigueur de cette loi, au niveau constitutionnel : d'abord à l'art. 25<sup>bis</sup> aCst., lequel avait pour seul objet d'interdire l'abattage rituel ; cet article a été remplacé en 1973 par un article général sur la protection des animaux (à l'heure actuelle l'art. 80 Cst.), qui était assorti d'une disposition transitoire, maintenant l'interdiction jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi fédérale sur la protection des animaux.

<sup>345</sup> Sur l'histoire et les débats autour de cette règle : AUBERT, *Traité*, n° 2066 ss ; KRAUTHAMMER Pascal, *Das Schächtverbot in der Schweiz 1854 – 2000. Die Schächtfrage zwischen Tierschutz, Politik und Fremdenfeindlichkeit*, thèse, Zurich, 2000, spéc 29 ss et 60 ss ; KÄLIN Walter, *Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft*, Zurich, 2000, 192 s. ; KAUFMANN, *Vorfragen*, 260.

Déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, le Conseil fédéral s'était opposé à cette interdiction, estimant qu'elle constituait une violation inadmissible de la liberté religieuse<sup>346</sup>. En 2001, le Gouvernement a entrepris un nouvel essai pour l'assouplir: il a proposé, dans l'avant-projet de révision de la loi sur la protection des animaux, de permettre l'abattage de mammifères sans étourdissement préalable, sous certaines conditions<sup>347</sup>. Toutefois, en mars 2002, suite à des réactions négatives et virulentes dans le cadre de la procédure de consultation, mais également dans des lettres parues à la rubrique « Courriers des lecteurs » des journaux, le département compétent a décidé, dans « l'intérêt de la paix confessionnelle », de renoncer à la modification<sup>348</sup>. Deux initiatives populaires, récemment lancées, proposent par ailleurs de « reconstitutionnaliser » l'interdiction de l'abattage rituel<sup>349</sup>.

Les représentants de la communauté juive en Suisse contestent depuis toujours la justification de cette interdiction et s'efforcent d'en obtenir l'abrogation<sup>350</sup>. En effet, selon le Conseil fédéral et la doctrine, l'intérêt public à protéger les animaux de boucherie n'est pas suffisant pour maintenir la restriction à la liberté religieuse, l'abattage rituel étant un acte religieux important pour les juifs et les musulmans<sup>351</sup>.

<sup>346</sup> Il défendait déjà cette position dans un arrêté du 17 mars 1890, FF 1890 I 890, avec une présentation des positions de la science et de l'état de la législation dans les pays voisins (908 ss et 898 ss); le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale avaient proposé, sans succès, le rejet de l'initiative populaire demandant l'interdiction de l'abattage rituel: arrêté fédéral du 20 juin 1893, FF 1893 III 913.

<sup>347</sup> L'art. 19 al. 4 de l'avant-projet de loi fédérale sur la protection des animaux, soumis à la procédure de consultation le 21 septembre 2001, aurait permis aux autorités cantonales d'autoriser l'abattage sans étourdissement préalable « pour répondre aux besoins de communautés religieuses dont les règles contraignantes prescrivent l'abattage sans étourdissement ».

<sup>348</sup> Communiqué de presse du Département fédéral de l'économie, du 13 mars 2002. Le Département a annoncé cependant que la possibilité d'importer la viande d'animaux abattus selon les rituels juif et musulman sera inscrite expressément dans la loi.

<sup>349</sup> Initiative populaire fédérale « pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!) », FF 2002 472, qui propose de remplacer l'art. 80 Cst. par un nouvel article sur la protection des animaux, contenant notamment l'interdiction de l'abattage sans étourdissement préalable; initiative populaire fédérale « contre l'abattage rituel des animaux sans étourdissement préalable », FF 2002 2454.

<sup>350</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet d'arrêté fédéral qui remplace l'article constitutionnel sur l'abattage rituel par un article sur la protection des animaux (art. 25<sup>bis</sup> cst.), du 15 novembre 1972, FF 1972 II 1473, 1480.

<sup>351</sup> Rapport explicatif sur la révision de la loi sur la protection des animaux, du 21 septembre 2001, 7 et 16 s.; AUBERT, *Traité*, n° 2066 ss; GOETSCHEL (note 344), 147 ss; KÄLIN

Sous l'angle de l'interdiction de la discrimination, on ne saurait arriver à une autre conclusion. La législation sur la protection des animaux contient une série de prescriptions s'appliquant à l'abattage, et notamment sur l'étourdissement des animaux, mais elle ne connaît – à la différence de ce qui vaut pour le droit international et les réglementations en vigueur des pays de l'Union européenne – pas d'exception pour l'abattage rituel<sup>352</sup>. Or, cette réglementation omet une distinction qui s'imposerait en vue des faits à réglementer, cette forme d'abattage étant un acte religieux pour certaines communautés. Dès lors, la règle est présumée illicite en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. Un examen du but et de l'effet de l'interdiction montre qu'il n'existe pas de motivation particulièrement sérieuse qui renverserait cette présomption. Scientifiquement, déjà, il n'est pas prouvé que l'abattage rituel cause plus de douleur aux animaux que les méthodes d'abattage autorisées en Suisse<sup>353</sup>. De plus, l'étourdissement des animaux dans les grands abattoirs se révèle parfois insuffisant et les méthodes utilisées peuvent provoquer des souffrances considérables aux animaux, notamment des états d'angoisse ; par conséquent, dans les faits, les effets des deux méthodes ne sont pas si différents<sup>354</sup>. Enfin, on ne saurait dire qu'il existe un consensus au sein des Etats occidentaux selon lequel l'abattage rituel est effectivement une méthode répréhensible<sup>355</sup>. Il n'est dès lors pas établi que l'interdiction de l'abattage rituel s'impose sous l'angle de la protection des animaux. Pour ce qui est de ses effets, la norme restreint la liberté religieuse d'une minorité souvent persécutée et

(note 345), 196 ss ; KAUFMANN, *Vorfragen*, 260 s. ; voir également STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 208 ss.

<sup>352</sup> Art. 64c ss de l'ordonnance sur la protection des animaux, du 27 mai 1981 (OPAn, RS 455.1).

La Convention européenne sur la protection des animaux d'abattage, du 10 mai 1979, ratifiée par la Suisse et entrée en vigueur dans notre pays le 4 mai 1994 (RS 0.458), prévoit que les animaux doivent en principe être étourdis (art. 12). Les parties contractantes peuvent toutefois autoriser des dérogations aux dispositions relatives à l'étourdissement préalable pour les abattages selon des rites religieux (art. 17 al. 1), dérogations que presque tous les pays de l'Union européenne connaissent : KÄLIN (note 345), 192.

<sup>353</sup> GOETSCHEL (note 344), 148 ; GOETSCHEL Antoine F., *Tierschutz und Grundrechte*, thèse Zurich, Berne/Stuttgart, 1989, 121 ; KÄLIN (note 345), 197, avec d'autres références ; AUBERT, *Traité*, n° 2067. Voir également l'arrêté du Conseil fédéral, précité (note 346), 908 ss.

<sup>354</sup> Voir les références chez KÄLIN (note 345), 197, note 88 ; ainsi que GOETSCHEL (note 344), 149, et GOETSCHEL (note 354), 129 s.

<sup>355</sup> KÄLIN (note 345), 197.

il n'existe pas de doute qu'elle a été adoptée dans un contexte dépréciatif à leur égard. L'interdiction de l'abattage rituel a un effet d'exclusion, signalant aux membres des communautés religieuses concernées que leurs méthodes d'abattage sont considérées, sans preuves scientifiques, comme particulièrement cruelles et barbares, raison pour laquelle l'Etat se voit obligé d'intervenir par une interdiction<sup>356</sup>. Tout cela montre qu'il n'existe pas de motifs particulièrement sérieux pour refuser une exception en faveur d'une minorité religieuse protégée par l'art 8 al. 2. La réglementation se révèle ainsi contraire à l'interdiction de la discrimination.

374. *La suppression de l'article sur les évêchés.* – Suite à une initiative parlementaire, l'Assemblée fédérale a proposé, en 2000, la suppression de l'art. 72 al. 3 Cst. Cet article, repris de la Constitution de 1874, soumettait l'érection des évêchés à l'approbation de la Confédération. Le peuple et les cantons ont accepté la proposition et l'article sur les évêchés a été supprimé le 10 juin 2001<sup>357</sup>. La disposition a été considérée comme une restriction injustifiée de la liberté religieuse ; discriminatoire pour l'église catholique romaine<sup>358</sup>. S'il est vrai que la règle aurait également pu être appliquée à d'autres confessions ayant un système épiscopal<sup>359</sup>, elle visait, de fait, l'église catholique romaine, l'église réformée ne connaissant pas un tel système<sup>360</sup>.

L'art. 72 al. 3 Cst. établissait donc une distinction en fonction des convictions religieuses. L'Assemblée fédérale estimait, à juste titre, qu'il n'existait pas de justification raisonnable et soutenable pour un tel traitement particulier d'une confession déterminée et que ce traitement violait

<sup>356</sup> KALIN (note 345), 197.

<sup>357</sup> Par 1 194 556 voix contre 666 108 : FF 2001 4458 4462 ; RO 2001 2262.

<sup>358</sup> Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur l'initiative parlementaire « Abrogation de l'article sur les évêchés (art. 72, al. 3, Cst.) », du 25 mai 2000, FF 2000 3719 3725 ss.

<sup>359</sup> En effet, la règle avait aussi été appliquée aux catholiques chrétiens, lorsque ceux-ci ont institué, en 1876, leur évêché national : AUBERT, *Traité*, n° 2064 ; KARLEN, *Religionsfreiheit*, 155, spéc. note 156.

<sup>360</sup> Rapport précité (note 358), 3726.

L'autonomie d'organisation des églises fait d'ailleurs partie de la sphère de protection de la liberté religieuse : KARLEN, *Religionsfreiheit*, 48 s. et 239 ; rapport précité (note 358), 3725.

à la fois la liberté religieuse et l'art. 8 Cst.<sup>361</sup>. Si, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, l'exigence de l'approbation fédérale pour la création et la modification d'évêchés servait encore la « paix confessionnelle »<sup>362</sup>, une telle justification ne tiendrait plus aujourd'hui.

375. *L'incrimination pénale des actes racistes.* — Comme nous le verrons encore (*infra*, n° 419), l'art. 261<sup>bis</sup> du Code pénal suisse incrimine l'incitation à la haine ou à la discrimination raciale, la propagation de certaines idéologies racistes et les actes discriminatoires rabaissant des personnes ou des groupes du fait de leur race, de leur ethnie ou de leur religion. La disposition a été insérée dans le Code pour protéger les groupes minoritaires contre des discriminations de la part de particuliers. En interdisant la propagation de certaines idéologies racistes, la disposition établit une distinction en fonction des convictions philosophiques ou politiques et pose dès lors un problème par rapport à l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>363</sup>.

L'art. 261<sup>bis</sup> n'est toutefois pas la seule disposition du Code pénal qui poursuit la propagation de certaines idéologies. Une analyse similaire pourrait être faite notamment pour les art. 275<sup>bis</sup> (propagande subversive), 296 (outrages aux Etats étrangers) ou 297 (outrages à des institutions interétatiques).

Trois facteurs ont pour effet de renverser la présomption d'illicéité qui découle de l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>364</sup>. Tout d'abord, l'art. 261<sup>bis</sup> CPS interdit la propagation de l'idéologie raciste (ainsi que l'incitation à la haine et les actes de discrimination), et non pas le fait qu'une personne se déclare partisane de cette idéologie. Il n'incrimine donc pas l'attitude des racistes en tant que telle ou la communication de cette attitude vers l'extérieur, mais

<sup>361</sup> Rapport précité (note 358), 3725 ss. Elle était en même temps contraire au droit international, notamment aux art. 9 CEDH et 18 et 26 Pacte II.

<sup>362</sup> Rapport précité (note 358), 3726. Sur le contexte historique de la règle, voir KARLEN, *Religionsfreiheit*, 155 s. On pouvait toutefois se demander, au XIX<sup>e</sup> siècle déjà, si la règle n'était pas avant tout une mesure dépréciative à l'égard de la confession catholique.

<sup>363</sup> En vertu du Code pénal, sera puni « celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaïsser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion » (art. 261<sup>bis</sup>, ch. 2, CPS). Ainsi, le code incrimine la propagation de la conviction selon laquelle les personnes appartenant à une autre race (resp. à une autre ethnie ou une autre religion) seraient inférieures, et qu'en raison de leur infériorité il serait normal qu'elles « n'aient pas les mêmes droits, les mêmes situations, les mêmes facilités que la race (...) qui les domine » (AUBERT, *Discrimination raciale*, n° 12).

<sup>364</sup> Sur la conformité de la disposition à la liberté d'opinion, voir AUBERT, *Discrimination raciale*, n° 19 ss ; STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 221 ss.

uniquement des actes qui s'adressent au public pour l'inciter à se joindre à un mouvement qui propage des actes discriminatoires. Ainsi, l'art. 261<sup>bis</sup> CPS protège la société d'actes qui sont dangereux pour les individus et pour la paix publique<sup>365</sup>. Des mesures pénales qui poursuivent un tel but n'ont pas de caractère dépréciatif, pour autant que la peine et l'exécution de celle-ci n'aient pas un tel caractère (voir *supra*, n° 4 et 208) : si l'ordre juridique ne saurait incriminer une conviction en tant que telle, il peut – et il doit – en revanche se défendre contre des comportements qui mettent en danger les particuliers et la paix publique en général. Ensuite, l'interdiction de la discrimination du fait d'une conviction ne protège pas elle-même le droit de discriminer. Les droits fondamentaux trouvent leur limite là où les droits d'autrui sont lésés<sup>366</sup>. C'est le problème des conflits entre les droits fondamentaux, que l'Etat doit ajuster par le droit ordinaire<sup>367</sup>. Autrement dit, l'exercice d'un droit fondamental se heurte ici aux droits fondamentaux des minorités raciales, ethniques et religieuses, et notamment à leur protection contre la discrimination. Enfin, en vertu des obligations positives qui résultent de l'art. 8 al. 2 (*Schutzpflichten*, voir n° 229 et 395 ss), l'Etat est même tenu de protéger ces personnes contre les discriminations de la part d'autres particuliers. Aussi la disposition pénale contre les actes racistes fait-elle partie des mesures qui assurent la réalisation de l'art. 8 al. 2 Cst. dans les relations qui lient les particuliers entre eux (art. 35 al. 3 Cst.). Dans la mesure où il se limite à poursuivre les actes publics incitant à la haine et la discrimination, ou les actes qui rabaisent directement certains groupes, l'art. 261<sup>bis</sup>

<sup>365</sup> En effet, les biens juridiques protégés par cette disposition sont la paix publique et la dignité humaine des personnes visées (voir les références citées au n° 419).

<sup>366</sup> Voir, à ce sujet, l'art. 36 al. 2 Cst. L'idée se trouve déjà dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, du 26 août 1789, qui stipule à son art. 4 que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».

Selon NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, n° 573 ss et 603, la propagation du racisme n'entre pas sous la sphère de protection d'un droit fondamental, et notamment pas sous celle de la liberté d'opinion, puisqu'il n'existe « kein Menschenrecht auf Menschenrechtsverletzung ». Cette position ne peut toutefois pas être suivie. Elle mélange la définition de la sphère de protection des droits fondamentaux (et donc la possibilité d'invoquer ces droits) avec la question de l'admissibilité des restrictions : on ne saurait refuser à des racistes l'invocation de la liberté d'opinion et de l'interdiction de la discrimination, même si la mesure en question peut se révéler conforme à la Constitution.

<sup>367</sup> Voir *supra*, n° 229 ; AUBERT, *Discrimination raciale*, n° 16.

CPS n'a donc pas de caractère dépréciatif et se révèle conforme à la Constitution fédérale.

376. *L'incrimination du « négationnisme »*. – L'art. 261<sup>bis</sup> CPS prohibe également la négation ou minimisation grossière et la justification d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité, qu'on appelle généralement le « négationnisme ». L'examen de la conformité de cette disposition avec l'art. 8 al. 2 Cst. est plus délicat<sup>368</sup>. Deux remarques s'imposent à cet égard.

Premièrement, des théories selon lesquelles les chambres à gaz n'auraient jamais existé et l'ensemble des documents et des témoignages prouvant la *shoa* ne seraient que le résultat orchestré d'un énorme conjuration, constituent-elles des « convictions » au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. ? En effet, il ne s'agit ni d'un ensemble de réponses aux questions que peut se poser l'être humain sur lui-même, ni d'une conception sur la manière dont la vie sociale devrait être organisée (voir la définition des convictions philosophiques ou politiques : *supra*, n° 367 s.). Si de tels propos tombent sous la sphère de protection de la liberté d'opinion<sup>369</sup>, ils n'entrent pas dans le champ d'application de la présomption d'illicéité de l'art. 8 al. 2. Cette disposition énumère, en tant que critères suspects, des qualités personnelles essentielles. Les convictions religieuses, philosophiques ou politiques de base d'une personne en font partie, mais pas n'importe quelle opinion ou attitude.

L'interdiction du « négationnisme » n'établit donc pas une distinction « suspecte » et elle n'est, par conséquent, pas présumée dépréciative. Néanmoins, l'Etat ne saurait en aucun cas punir la communication d'idées, aussi aberrantes qu'elles soient, pour le seul motif qu'il les juge inadmissibles. En revanche, l'art. 8 al. 2 Cst. ne s'oppose pas à ce que l'Etat réprime des comportements nuisibles ou dangereux, tout en jugeant des actes et pas des personnes.

En effet, et c'est la deuxième remarque, la négation du génocide n'est pas simplement une idée, une attitude un peu farfelue. La négation du génocide des Juifs vise à démontrer que la masse de témoignages et de documents prouvant la *shoa* sont faux et qu'ils ne peuvent ainsi qu'être le ré-

---

<sup>368</sup> Voir à ce sujet AUBERT, *Discrimination raciale*, n° 27 ss ; GUYAZ, *Discrimination raciale*, 190 ss.

<sup>369</sup> GUYAZ, *Discrimination raciale*, 193 ; critique : NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, n° 1015.

sultat orchestré d'une énorme conjuration, « et que, derrière cette énorme conjuration, il y a les Juifs – pas eux seulement, bien sûr, mais eux pour une part importante »<sup>370</sup>. Ainsi, les théories du négationnisme ont pour but de nourrir et de maintenir vivantes des attitudes antisémites<sup>371</sup>. De surcroît, en niant le massacre de millions de gens innocents du seul fait de leur religion, elles constituent une atteinte à la dignité de la minorité juive. Inutile de décrire le danger que constitue l'antisémitisme pour les membres de la communauté juive, mais également pour la société dans son ensemble. C'est pour ces raisons que le fait de soutenir des théories niant le génocide des Juifs<sup>372</sup> n'est pas seulement absurde (ce qui ne permettrait pas de l'interdire), mais dangereuse. Aussi l'art. 261<sup>bis</sup> CPS vise-t-il à interdire un acte dangereux, ce qui, à l'instar de ce qui vient d'être dit au paragraphe précédent sur la propagation du racisme, n'a pas de caractère dépréciatif et se révèle conforme à l'art. 8 al. 2 Cst.

L'art. 261<sup>bis</sup> CPS doit cependant être appliqué de manière restrictive. Ne sauraient être incriminées les minimisations et justifications de génocides ou d'autres crimes contre l'humanité que dans les cas où cette attitude constitue effectivement, à cause du contexte historique ou contemporain, un danger ou une humiliation pour les minorités en question ou un danger pour la paix publique. C'est n'est que dans ces cas que la mesure poursuit un but admissible de protection des biens juridiques de tiers.

## Section 10

### La déficience corporelle, mentale ou psychique

377. *Introduction.* – Le dernier des critères énumérés par la Constitution fédérale est celui de la déficience corporelle, mentale ou psychique. En dépit du fait que les instruments internationaux et les constitutions cantonales ne connaissent souvent pas ce motif de discrimination dans leurs catalo-

<sup>370</sup> AUBERT, *Discrimination raciale*, n° 36. Voir aussi : GUYAZ, *Discrimination raciale*, 297 ss.

<sup>371</sup> Voir aussi : NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, n° 1010 ss.

<sup>372</sup> La disposition vise en première ligne l'*holocauste*, mais elle interdit, de manière générale, la minimisation de génocides.

gues respectifs, la présence du critère des déficiences à l'art. 8 al. 2 Cst. n'était pas contestée<sup>373, 374</sup>.

### 1. La notion

378. *Définition.* – Dans le contexte de l'art. 8 al. 2, nous comprenons la déficience comme une insuffisance durable des capacités corporelles, psychiques ou mentales, qui peut être congénitale ou résulter d'une atteinte à la santé<sup>375</sup>. Les notions de déficience et de handicap résultent de la comparaison d'un individu à « l'état normal de l'être humain en bonne santé »<sup>376</sup> et elles dépendent ainsi non seulement de l'état objectif d'une personne, mais également de ce que la société considère comme « l'état normal de l'être humain ».

Les assurances sociales se réfèrent à l'« invalidité ». L'art. 4 al. 1 LAI définit cette dernière en tant que « diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident »<sup>377</sup>. Cette définition ne se recouvre pas avec la notion de déficience au

---

<sup>373</sup> Le critère n'était pas encore présent dans l'avant-projet de Constitution de 1995, mais il faisait partie du catalogue proposé par le Conseil fédéral dans son Message de 1996 : *supra*, n° 22.

<sup>374</sup> Pour un examen plus approfondi des questions juridiques touchant les personnes handicapées, nous pouvons renvoyer à deux thèses et à un message du Conseil fédéral récents : KLEIN, *Handicapés* ; PREVITALI, *Handicap 1998* ; Message Handicapés.

<sup>375</sup> *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, tome 3 et 5, Paris, 1985, et : *Brockhaus. Die Enzyklopädie in 24 Bänden*, 20<sup>e</sup> éd., vol. 3, Leipzig/Mannheim, 1996.

Voir également la définition proposée par le Conseil fédéral dans le projet de loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, Message Handicapés, 1734 (art. 2 al. 1 : « [e]st considéré comme personne handicapée au sens de la présente loi toute personne affectée d'un désavantage corporel, mental ou psychique présumé durable, qui l'empêche d'accomplir les actes de la vie quotidienne, d'entretenir des contacts sociaux, de se mouvoir, de suivre une formation, de se perfectionner ou d'exercer une activité professionnelle, ou qui la gêne dans l'accomplissement de ces activités »), ainsi que les définitions, différentes, dans les législations allemande et américaine, *ibid.*, 1667. Voir aussi : KLEIN, *Handicapés*, 5 ss ; PREVITALI, *Handicap 1998*, n° 60 ss. Sur l'étymologie du mot « handicap », voir KLEIN, *op. cit.*, 5, et PREVITALI, *op. cit.*, n° 69.

<sup>376</sup> Message Handicapés, 1613 ; KLEIN, *Handicapés*, 34 s. ; voir également : *Brockhaus* (note 375), vol. 3.

<sup>377</sup> Critique à l'égard de cette définition : PREVITALI, *Handicap 1995*, 49 ss.

sens de l'art. 8 al. 2 : cette dernière ne se limite pas aux cas où une déficience a une conséquence sur la capacité de gain d'une personne<sup>378</sup>.

La déficience ne doit pas nécessairement avoir une certaine *gravité* pour que la personne qui en souffre bénéficie de la protection de l'art. 8 al. 2 : la Constitution fédérale vise toute distinction en fonction d'une déficience, peu importe son degré<sup>379</sup>. En revanche, l'insuffisance doit avoir une certaine *durée* pour constituer une déficience : toute maladie passagère n'est pas couverte par l'art. 8 al. 2<sup>380</sup>. Cependant, des maladies durables – comme le SIDA – peuvent constituer une déficience au sens de cette disposition ; la délimitation entre maladies et déficiences durables sera cependant parfois difficile à faire<sup>381</sup>.

La gravité d'une déficience dépend du reste beaucoup de la situation individuelle : la même malfonction peut avoir des conséquences extrêmement différentes selon les circonstances (il en résulterait donc un « handicap », un « désavantage » [*Be-hinderung*] différent). Aussi, la perte d'un doigt aurait-elle moins de conséquences pour l'exercice de la profession d'avocat qu'elle n'en aura sur la vie professionnelle d'un violoniste<sup>382</sup>.

379. *Les déficiences « corporelles, mentales ou psychiques »*. – Il existe des formes multiples de déficiences. La Constitution fédérale exprime cette hétérogénéité en parlant de déficiences « corporelles », « mentales » et « psychiques »<sup>383</sup>. Sous déficiences corporelles, nous pouvons regrouper

---

Lors de la 4<sup>e</sup> révision de la LAI, le Conseil fédéral propose de mentionner explicitement dans cette définition les atteintes à la santé *psychique*, couvertes aujourd'hui déjà par la notion d'invalidité en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral : message du Conseil fédéral concernant la 4<sup>e</sup> révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 21 février 2001, FF 2001 3045, 3066 ; KLEIN, *Handicapés*, 15 ss.

<sup>378</sup> KLEIN, *Handicapés*, 34 s. ; Message Handicapés, 1666 s.

<sup>379</sup> KLEIN, *Handicapés*, 36, rend attentif au fait que « [l]e risque de discrimination n'est pas nécessairement proportionnel à la gravité de la déficience ». J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 427, en revanche, pose la question de savoir si l'art. 8 al. 2 ne devait pas être limité aux déficiences d'une certaine gravité.

<sup>380</sup> KLEIN, *Handicapés*, 37.

<sup>381</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 427.

<sup>382</sup> C'est dans ce sens que l'art. 28 al. 2 LAI repose sur la conception économique de l'invalidité, en comparant la capacité résiduelle de gain de la personne invalide au revenu qu'elle aurait pu obtenir sans invalidité.

<sup>383</sup> Le Conseil fédéral avait limité, dans son message, l'énumération aux critères des déficiences corporelles et mentales, l'Assemblée fédérale a ajouté les déficiences « psychiques », pour assurer un parallélisme avec la définition proposée par le Conseil fédéral

les insuffisances organiques des capacités physiques (elles-mêmes extrêmement diverses, allant de défigurations ou d'un manque de membres, à la paraplégie ou à la cécité, et jusqu'aux troubles organiques comme le diabète). Quant aux handicaps mentaux et psychiques, la frontière entre les deux est plus difficile à tracer. Les déficiences mentales doivent être comprises comme des atteintes au développement intellectuel (par exemple la trisomie), les déficiences psychiques comme des troubles des fonctions émotionnelles, sociales et cognitives ou de comportement (par exemple la schizophrénie)<sup>384</sup>.

380. *Déficience et handicap*. – Les textes allemand et italien de l'art. 8 al. 2 parlent de « handicap » (*Behinderung, menomazione*<sup>385</sup>), le texte français parle de « déficience ». Les deux notions ne sont toutefois pas synonymes : si la déficience désigne l'insuffisance individuelle d'une personne, la malfonction concrète dont elle souffre, le « handicap » est une notion plus large, incluant l'insuffisance individuelle, mais aussi la conséquence sociale qui en résulte. Par handicap, on désigne donc aussi les difficultés de l'individu concerné, qui résultent de la confrontation entre son insuffisance et les conditions de la société<sup>386</sup>. Aussi, le terme « handicap » vise-t-il non seulement l'insuffisance « objective » d'une personne, mais également l'aspect social de cette insuffisance<sup>387</sup>.

Il en résulte que le handicap est à la fois un phénomène individuel et social : il est individuel, car la personne handicapée souffre d'une malfonction corporelle, mentale ou psychique qui rend plus difficile ses activités quotidiennes ; il est social dans la mesure où, souvent, cette insuffisance ne constitue un désavantage – un « handicap » – que dans le contexte so-

---

lors de la 4<sup>e</sup> révision de l'AI (*supra*, note 377) : cf. interventions du conseiller aux Etats Brändli et du conseiller fédéral Leuenberger (BO, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 34 et 38), et, au Conseil national, des rapporteurs de commission Pelli et Hubmann (*ibid.*, N 153 et 173) et de M. Jost Gross (*ibid.*, N 157 s.). L'Assemblée fédérale n'a toutefois pas donné de définition de ce qu'elle entendait par déficiences psychiques.

<sup>384</sup> KLEIN, *Handicapés*, 35 s.

<sup>385</sup> Qui signifie également « handicap » : KLEIN, *Handicapés*, 39.

<sup>386</sup> *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, tome 5, Paris, 1985. Selon *Le Robert micro. Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1995, un handicap est « une maladie, une malformation gênante dans les activités courantes », mais également le « désavantage, [l']infériorité qu'on doit supporter ».

<sup>387</sup> Sur cette « absence de symétrie » entre les versions linguistiques, voir KLEIN, *Handicapés*, 39 s.

cial, c'est-à-dire dans une société qui n'est pas adaptée aux besoins spécifiques des handicapés. Dans une certaine mesure, c'est donc la société elle-même qui « handicape »<sup>388</sup>. C'est dans cet ordre d'idées que la conception du handicap développée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) comprend le phénomène du « handicap » comme une interaction des aspects individuels et sociaux<sup>389</sup>.

Dans le contexte de l'art. 8 al. 2 Cst., le critère de la « déficience » doit toutefois être compris dans son sens plus restreint, d'insuffisance ou de malfonction concrète. Non seulement cette interprétation est la seule qui soit conforme aux trois versions linguistiques – tant la notion de déficience que celle du handicap peuvent être comprises dans ce sens –, mais elle correspond également le mieux à la portée de l'art. 8 al. 2 Cst. Cette disposition vise en effet à protéger de traitements dépréciatifs fondés sur une qualité inhérente à la personne, que cette dernière ne peut pas ou que difficilement modifier (discrimination). Le handicap comme phénomène social, en revanche, désigne le résultat de la confrontation entre cette qualité personnelle et la société, résultat qui peut justement consister en une discrimination interdite par l'art. 8 al. 2. Le critère de la déficience désigne la qualité « objective » sur laquelle se base un traitement, et non pas le résultat, l'acte interdit par la Constitution<sup>390</sup>.

## 2. La protection juridique

381. *Une présomption très variable.* – À l'instar de ce qui vaut par exemple pour le critère de l'âge, la présomption d'illicéité des distinctions en fonction d'une déficience est très variable. Dans certains domaines, des dis-

<sup>388</sup> Cf. PREVITALI, *Handicap 1995*, 50 ss, qui est très critique à l'égard de l'approche individuelle.

<sup>389</sup> Sur la classification de l'OMS : Message Handicapés, 1614 ; KLEIN, *Handicapés*, 8 ss ; PREVITALI, *Handicap 1998*, n° 73 ss.

<sup>390</sup> KLEIN, *Handicapés*, 40 : « La notion de "déficience" aurait dû, selon moi, également être adoptée dans les deux autres langues (...), et ce en raison de sa plus grande précision : en effet, la déficience constitue précisément la caractéristique individuelle en raison de laquelle la personne ne doit en aucun cas subir un traitement défavorable qui repose sur des préjugés, ou une stigmatisation. En revanche, le handicap (*Behinderung, menomazione*) ne constitue pas (exclusivement) une caractéristique individuelle : il décrit le résultat de la rencontre entre cette déficience et la société, et peut être de nature réelle ou construite. L'expression "handicap" – contrairement à celle de "déficience" – comprend donc déjà l'élément du rejet social ».

inctions du fait d'une déficience sont inadmissibles, dans d'autres, en revanche, des distinctions s'imposent, même si elles ont un effet préjudiciable pour une personne handicapée.

GRISEL exprime cette difficulté de la manière suivante<sup>391</sup> :

« À l'inverse des précédentes, la clause relative aux handicaps physiques ou psychologiques s'entend dans un sens tout à fait relatif. D'un côté, il est malheureusement inévitable que l'Etat tienne compte de certaines réalités : la Constitution prive elle-même des droits civiques les interdits pour maladie mentale ou faiblesse d'esprit (art. 136) ; les malvoyants ne seront pas autorisés à piloter un avion, la profession de guide de montagne sera réservée aux bien portants. D'un autre côté, les personnes handicapées ont besoin de mesures positives, autant et même plus que d'une défense contre les discriminations juridiques ».

Les deux cas de figure peuvent être proches l'un de l'autre. J. P. MÜLLER, présente, dans ce contexte, l'exemple de l'embauche au service de la police, où le fait de souffrir d'une paraplégie peut évidemment constituer un motif de non engagement en tant qu'agent de police, mais ne constitue, en revanche, pas un motif suffisant pour l'exclure d'un travail dans le service téléphonique de la centrale d'alarme<sup>392</sup>.

382. *Handicap réel et handicap construit.* – La conception de Caroline KLEIN, qui distingue entre handicap réel et handicap construit, éclaire ce phénomène. Pour elle, le « handicap réel » résulte de la conséquence négative de l'insuffisance corporelle, mentale ou psychique qui existe indépendamment de préjugés sociaux<sup>393</sup> :

« La spécificité du handicap par rapport à d'autres caractéristiques telles que celles de la 'race' ou du sexe (...) réside précisément en ce point : ce handicap réel, qui prend racine dans la condition individuelle de la personne avec une déficience et l'inadaptation des structures sociales, est à l'origine de nombreuses situations d'exclusion, et ce même en l'absence de préjugés, de perpétuation de rôles sociaux ou de stigmatisation. La suppression du traitement défavorable, voire de la discrimination subie par la personne concernée en

---

<sup>391</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 160.

<sup>392</sup> J. P. MÜLLER, *Behinderte*, 7.

<sup>393</sup> KLEIN, *Handicapés*, 12 s.

raison du handicap réel nécessite très souvent l'adoption de mesures positives en guise de *compensation*. »

Le « handicap construit », en revanche, est l'exclusion sociale d'une personne en raison de préjugés fondés sur sa déficience. Le handicap construit ne résulte pas de différences objectives entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées, mais de l'attitude de refus de la société.

Aussi, à la différence de ce qui vaut pour la plupart des autres critères qui figurent à l'art. 8 al. 2, même dans un monde « idéal », où des préjugés sociaux sont coroplètement absents, les personnes handicapées se verront-elles confrontées à des difficultés et à des situations d'exclusion. Elles ont par conséquent besoin de mesures positives en leur faveur : en d'autres termes, dans un ordre juridique équitable, certaines distinctions durables en fonction des déficiences s'imposent.

Dans une société « idéale », une personne de couleur différente de la majorité ne se verra confrontée à aucune difficulté supplémentaire de ce fait ; l'ensemble des désavantages qu'elle rencontre aujourd'hui résulte d'une construction sociale, de l'attitude de rejet du groupe dominant. En revanche, une personne aveugle se verra confrontée même dans une société « idéale », qui ne connaît aucun rejet des handicapés, à des difficultés qui résultent de sa déficience, c'est-à-dire du manque de l'information optique sur laquelle se base, partiellement, toute communauté d'êtres humains. La distinction entre handicap réel et handicap construit ne sera pas toujours aisée à faire : les difficultés d'accès aux bâtiments publics que rencontrent les personnes dépendantes d'un fauteuil roulant, par exemple, constituent-elles un handicap « réel » ou « construit » ? La manière dominante de construire des bâtiments n'est certes pas guidée par une attitude de rejet envers les personnes handicapées ; toutefois, le fait de ne pas penser à elles, au stade des projets déjà, reflète une forme d'exclusion sociale.

383. *Les distinctions préjudiciables : une présomption forte.* – Pour déterminer la force de la présomption d'illicéité des distinctions en fonction d'une déficience, il convient de distinguer entre les mesures qui désavantagent les handicapés et celles qui sont adoptées en leur faveur. Lorsqu'une distinction du fait d'une déficience est préjudiciable pour les personnes handicapées, la présomption d'illicéité est très forte. L'autorité devrait apporter des arguments particulièrement sérieux pour renverser cette présomption.

Selon KLEIN, seules sont admissibles les distinctions fondées sur la déficience qui sont justifiées par l'intérêt de la personne handicapée elle-même, d'autres motifs particulièrement sérieux qui renverseraient la présomption du caractère dépréciatif ne seraient pas admissibles<sup>394</sup>. Pour elle, par exemple, l'obligation de fréquenter une école spécialisée ne serait admissible que si cette solution s'imposait pour offrir à l'enfant handicapé une scolarisation adaptée. Cet avis ne peut cependant pas être suivi sous cette forme absolue : d'autres motifs particulièrement sérieux peuvent, le cas échéant, justifier également une distinction, pour autant que celle-ci n'ait pas de caractère dépréciatif. Pour reprendre l'exemple, le fait que le comportement particulièrement difficile de l'enfant handicapé rendrait impossible d'offrir un enseignement suffisant aux autres enfants, peut, selon les circonstances, justifier l'exclusion<sup>395</sup>. Une telle hypothèse ne pourrait cependant être admise que de manière restrictive, dans des cas graves, par exemple lorsqu'une déficience mentale rendrait l'enfant particulièrement agressif. L'exclusion ne pourrait être prononcée que sur la base d'un examen approfondi de la situation, qui assure que la mesure soit objectivement justifiée et ne repose en aucun cas sur des préjugés sociaux.

384. *Les mesures positives.* — D'autres distinctions du fait d'une déficience sont tout à fait admissibles. Il s'agit des mesures en faveur des personnes handicapées, nécessaires dans beaucoup de domaines. En effet, les personnes handicapées ont très souvent besoin d'une protection accrue, voire de soutien matériel. De telles mesures sont adoptées « en guise de compensation »<sup>396</sup> des désavantages qui peuvent résulter du handicap réel et elles n'ont d'effet ni préjudiciable ni dépréciatif pour les handicapés. Aussi sont-elles en général compatibles avec l'interdiction de la discrimination<sup>397</sup>. On pensera notamment aux mesures assurant la couverture des besoins vitaux et/ou de la perte de gain, ainsi qu'aux moyens auxiliaires (voir notamment les dispositions correspondantes de la LAI, la LPP et la

---

<sup>394</sup> KLEIN, *Handicapés*, 55 ss.

<sup>395</sup> Pour un autre exemple, voir l'art. 369 CCS, qui permet l'interdiction d'un malade mental qui « menace la sécurité d'autrui » (al. 1).

<sup>396</sup> KLEIN, *Handicapés*, 13.

<sup>397</sup> Voir, à ce sujet, la deuxième phrase de l'art. 3 al. 3 de la *Grundgesetz* allemande, du 23 mai 1949, dans sa version en vigueur depuis 1994, qui n'interdit que de « désavantager » (*benachteiligen*) les handicapés, contrairement à sa première phrase, qui interdit tout préjudice ou avantage (*benachteiligt oder bevorzugt*) du fait du sexe, de l'ascendance, de la race, de la langue, etc. Voir : KLEIN, *Handicapés*, 154 ss ; J. P. MÜLLER, *Behinderte*, 7 s.

LAA). Il peut également s'agir de mesures visant la formation des personnes handicapées et leur intégration dans le monde du travail<sup>398</sup>.

Certaines distinctions en faveur des handicapés *s'imposent* même en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. Dans certaines situations, en effet, omettre l'adoption de mesures particulières en faveur des personnes déficientes signifierait violer l'interdiction des assimilations discriminatoires (*supra*, n° 204).

385. *L'art. 8 al. 4 Cst.* – À l'art. 8 al. 4, le constituant a donné mandat au législateur de prendre « des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées »<sup>399</sup>. L'alinéa 4 renforce, pour ce qui est des personnes handicapées, les obligations positives qui découlent de l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>400</sup> et tient ainsi compte du fait que ces personnes se verront, du fait de leur handicap réel, toujours confrontées à certaines difficultés et qu'elles auront donc besoin de mesures positives durables.

L'art. 8 al. 4 s'adresse aux législateurs cantonal et fédéral et non pas aux autorités d'application, il ne contient dès lors pas un droit fondamental déductible en justice<sup>401</sup>. En d'autres termes, cette disposition n'est pas « justiciable ».

Théoriquement, on ne pourrait d'emblée exclure que le Tribunal fédéral sanctionne un jour, comme c'était le cas pour le mandat contenu à l'art. 4 al. 2, deuxième phrase, aCst., une éventuelle inactivité ou un retard excessif du lé-

<sup>398</sup> Sur la diversité des mesures positives en faveur des handicapés : KLEIN, *Handicapés*, 89 s.

<sup>399</sup> L'alinéa 4 doit son origine à une initiative parlementaire du conseiller national Marc Suter. Il ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral et son adoption a provoqué plusieurs divergences entre les Chambres : tout d'abord, le Conseil des Etats refusait d'ajouter un alinéa 4 à l'art. 8 (BD, tiré à part « Réforme de la Constitution fédérale », E 39 s.) ; le Conseil national, à son tour, complétait l'art. 8 du mandat législatif en faveur des handicapés (*ibid.*, N 152 ss, 177 s.) ; mandat dont le Conseil des Etats réduisait ensuite, se ralliant au principe proposé par le Conseil national, la portée (*ibid.*, E 155 s.) ; ce dernier adhérait par la suite à la solution de la Chambre des cantons (*ibid.*, N 408 ss, 416 s.).

<sup>400</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 448 : « [w]ird eine mittelbare Diskriminierung festgestellt, folgt aus der Verfassung die Pflicht, diese zu beseitigen. Dies kann Förderungsmassnahmen oder andere formelle Besserstellungen der Benachteiligten erfordern. In diesem Rahmen ist nicht notwendig, dass das Diskriminierungsverbot von einem besondern Förderungsauftrag begleitet ist, wie er etwa mit Bezug auf die Gleichstellung von Frau und Mann in Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BV und Art. 8 Abs. 3 nBV, für Behinderte in Art. 8 Abs. 4 nBV in der Verfassung verankert ist ».

<sup>401</sup> GRISEL, *Egalité*, n° 160. Voir aussi HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 795.

gislateur, en appliquant – après un « délai de grâce » – certains contenus du mandat de l'art. 8 al. 4<sup>402</sup>. Toutefois, dans la mesure où l'art. 8 al. 4 peut exiger l'adoption de mesures complexes ou coûteuses, cette disposition se prête mal à être appliquée par une instance judiciaire. Une sanction de l'inactivité du législateur devrait, par conséquent, rester l'exception et se limiter aux cas les plus évidents. Pour ces derniers, la protection contre les discriminations indirectes, découlant de l'art. 8 al. 2, pourrait toutefois mener, en combinaison avec l'art. 8 al. 4 et après un certain laps de temps, à une sanction par le juge.

*Exemple.* L'inaccessibilité, en fauteuil roulant, de services de l'administration dont la visite est nécessaire pour tous les citoyens (par exemple le contrôle des habitants, le service des passeports) peut constituer une discrimination indirecte, interdite en vertu de l'art. 8 al. 2. L'inactivité totale des autorités en vue d'améliorer la situation pourrait amener un tribunal à faire rembourser aux personnes handicapées les coûts supplémentaires que leur aurait causé l'accès à ce bâtiment (par exemple l'aide par des personnes tierces).

L'Assemblée fédérale a adopté, en concrétisation de l'art. 8 al. 4, une loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées. Voir, sur cette loi, *infra*, n° 434.

L'art. 8 al. 4 ne modifie pas, en faveur du législateur fédéral, le partage des compétences entre Confédération et cantons : voir *infra*, n° 404 ss.

### 3. Les exemples

386. *Des distinctions directes et préjudiciables.* – Les cas où la législation établit des distinctions directes et préjudiciables du fait d'une déficience sont plutôt rares : les lois n'interdisent pas l'accès des aveugles à la profession d'instituteur, aucun règlement n'exclut l'entrée des personnes dépendantes d'un fauteuil roulant à un bâtiment public, etc. Le législateur ne prendra pas, normalement, la déficience en tant que telle comme critère de distinctions qui désavantageraient les handicapés – le caractère discriminatoire de telles mesures serait trop évident. Les exemples pour

---

<sup>402</sup> Pour l'art. 4 al. 2, deuxième phrase, aCst., voir par exemple : ATF 123 I 56, X. *gegen Gemeinde Sils im Domleschg*. Sur la question, voir aussi : WYSS, *gesetzgeberische Massnahmen*, 127.

illustrer les cas de discriminations *directes* des handicapés donnés par la doctrine restent ainsi plutôt théoriques<sup>403</sup>.

Jusqu'en 1999, le Code civil suisse connaissait encore une interdiction générale du mariage pour les malades mentaux, indépendamment de leur capacité de discernement (art. 97 al. 2 CCS, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 1999). Cette interdiction a été levée par la révision du 26 juin 1998<sup>404</sup>; subsistent comme seules conditions de capacité pour le mariage l'âge et la capacité de discernement (art. 94 al. 1 CCS)<sup>405</sup>.

Pour un exemple d'une distinction directe en droit positif, voir *infra* n° 388.

387. *Les distinctions indirectes.* – En revanche, les personnes handicapées, souffrant d'un « handicap réel », c'est-à-dire d'un désavantage concret et « technique » (voir *supra*, n° 382), se verront probablement plus souvent confrontées à des distinctions *indirectes*. Or, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 217), la Constitution fédérale interdit non seulement les distinctions dépréciatives directes, mais également indirectes. Selon le Tribunal fédéral, constitue une discrimination indirecte une réglementation « qui ne désavantage pas directement un groupe particulier protégé par le principe de non-discrimination, [mais] défavorise tout particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe »<sup>406</sup>.

L'Etat établit des distinctions indirectes, lorsqu'il exige, par exemple, des candidats pour l'admission à l'école de police d'être « en bonne santé » et de posséder certaines « qualités physiques et mentales »<sup>407</sup>, ou lorsqu'il soumet le prolongement d'une autorisation de séjour à la condition d'exercer une activité lucrative (voir *infra*, n° 389). Dans les deux cas, les personnes souffrant d'une déficience corporelle, psychique ou mentale sont touchées d'une manière beaucoup plus importante que les personnes non handicapées. Dès lors, de telles distinctions doivent reposer sur des motifs particulièrement sérieux.

<sup>403</sup> Voir, par exemple, ceux donnés par KLEIN, *Handicapés*, 49 et 54, et J. P. MÜLLER, *Behinderung*, 7.

<sup>404</sup> RO 1999 1118.

<sup>405</sup> Sur cette question, voir : KLEIN, *Handicapés*, 61 s.

<sup>406</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 29 juin 2001 (2P.24/2001, non publié), X., cons. 1 d).

<sup>407</sup> Voir, pour le canton de Berne, l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance sur l'admission des aspirants et aspirantes dans la police et les conditions d'engagement pendant l'école de police, du 29 octobre 1997 (RSB 552.211).

Pour reprendre l'exemple des conditions d'admission à l'école de police, il est évident que seules des personnes qui possèdent certaines qualités physiques et mentales peuvent être engagées dans les services de la police. Toutefois, comme le souligne M. MÜLLER<sup>408</sup>, l'art. 8 al. 2 Cst. oblige les autorités à différencier selon les tâches pour lesquelles une personne est engagée : rien n'empêche, par exemple, qu'une personne en chaise roulante puisse être engagée dans le service téléphonique de la police. Pour justifier l'exclusion d'un engagement à un certain poste, la déficience concrète de la personne doit donc présenter un lien étroit avec les tâches à accomplir.

Sur l'élimination des discriminations indirectes qui résultent des difficultés d'accès aux bâtiments publics, voir *infra*, n° 434.

388. *L'exclusion des interdits du droit de vote.* – Une distinction qui se rattache directement à une déficience est l'exclusion du droit de vote des personnes interdites : en effet, en vertu de l'art. 136 al. 1 Cst., ont les droits politiques « [t]ous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus qui ne sont pas interdits pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit ». La solution fédérale a été reprise par la quasi-totalité des cantons, pour ce qui concerne l'exclusion des interdits du droit de vote au niveau cantonal<sup>409</sup> ; sous réserve toutefois de quelques nuances, comme nous le verrons encore.

L'interdiction pour maladie mentale ou faiblesse d'esprit est réglée par l'art. 369 CCS. En vertu de cette disposition, seront pourvus d'un tuteur les majeurs qui, pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, sont incapables de gérer leurs affaires, ne peuvent se passer de soins et secours permanents ou menacent la sécurité d'autrui (art. 369 al. 1 CCS). Selon le Conseil fédéral, dans ces cas, « il faut partir de l'idée que le minimum requis en matière de capacité de discernement pour l'exercice du droit de vote n'est pas réalisé »<sup>410</sup>. Or, « toutes les maladies mentales n'ont pas d'effet sur le discernement politique »<sup>411</sup> et il existe des situations où une personne est interdite en vertu de l'art. 369 CCS sans pourtant être incapable de discernement politique. C'est la raison pour laquelle les nouvelles constitutions des cantons de Neuchâtel et de Vaud prévoient

---

<sup>408</sup> J. P. MÜLLER, *Behinderte*, 7.

<sup>409</sup> HANGARTNER/KLEY, *Demokratische Rechte*, n° 131 ; MAHON, *Citoyenneté*, n° 19.

<sup>410</sup> Message Cst., 366.

<sup>411</sup> MAHON, *Citoyenneté*, n° 20.

pour ces cas une possibilité de « réintégration » dans les droits politiques<sup>412</sup>.

Se pose dès lors la question de savoir si cette exclusion viole l'interdiction de la discrimination. La règle poursuit sans doute un but particulièrement important : elle veut exclure la participation aux scrutins des personnes qui ne peuvent comprendre le contenu et les enjeux des questions qui leur sont soumises. Ce but n'est pas dépréciatif. En se rattachant à l'interdiction, la privation du droit de vote n'a pas non plus un *effet* dépréciatif : c'est l'interdiction en tant que telle qui pourrait, le cas échéant, avoir un effet d'exclusion, lorsqu'elle est prononcée de manière abusive ou discriminatoire, mais non pas la privation du droit de vote qui en résulte<sup>413</sup>. Mais le schématisme de la solution est problématique ; une règle qui permet des exceptions serait sans doute souhaitable<sup>414</sup>.

Néanmoins, la solution reprise par la plupart des constituants ou législateurs cantonaux n'est pas contraire à la Constitution fédérale (qui prévoit cette même règle au niveau fédéral). Certes, une solution qui permettrait, à l'instar des constitutions de Neuchâtel et de Vaud, une réintégration dans les droits politiques, semblerait plus adaptée. Toutefois, le rôle de l'art. 8 al. 2 n'est pas d'interdire des normes cantonales dans les cas où une autre règle paraîtrait plus opportune. Si l'interdiction de la discrimination constitue un mandat aux autorités de ne pas accepter d'emblée des distinctions « suspectes », reposant sur des conceptions sociales dominantes, elle ne doit toutefois pas mener à un contrôle général de l'opportunité des solutions cantonales. Aussi, sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., un assouplissement de l'exclusion des interdits pour maladie mentale, s'il est souhaitable, ne s'impose pas.

<sup>412</sup> Art. 37 al. 2 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (RS 131.233), et art. 4 al. 2 de la Loi neuchâteloise sur les droits politiques, du 17 octobre 1984 (RSN 141), telle qu'elle a été modifiée le 19 juin 2001 ; art. 74 al. 2 de la Constitution du canton de Vaud, du 22 septembre 2002 (RS 131.231, qui, en 2002, n'était pas encore publiée au RS).

<sup>413</sup> L'interdiction, en tant qu'institution, poursuit en première ligne le but de protéger l'interdit lui-même, elle ne peut être considérée, de manière générale, comme une mesure dépréciative. Toutefois, dans des cas particuliers, si elle était prononcée de manière abusive, une violation de l'art. 8 al. 2 Cst. serait évidemment possible. Ces cas poseront toutefois, avant tout, un problème par rapport à leur légalité, c'est-à-dire à leur conformité aux règles du Code civil.

<sup>414</sup> A la différence de ce qui vaut pour les limites d'âge supérieures (*supra*, n° 316), de telles exceptions ne s'appliqueront probablement qu'à une minorité des personnes touchées.

389. *Le non-renouvellement des autorisations de séjour.* – Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a eu à juger de plusieurs affaires où un étranger, bénéficiaire d'une autorisation de séjour, était devenu invalide et se voyait, par la suite, refuser le renouvellement de son autorisation de résider dans le pays<sup>415</sup>. Dans tous ces cas, les autorisations avaient été initialement accordées pour permettre à l'étranger l'exercice d'une activité lucrative en Suisse. La déficience ayant eu pour effet de rendre la personne incapable de continuer à exercer cette activité, le motif pour lequel l'autorisation avait été accordée ne pouvait plus être réalisé. Selon les autorités cantonales, il n'y avait donc plus lieu de la renouveler.

En vertu de l'art. 5 al. 1 LSEE, les autorisations de séjour peuvent être assorties de conditions qui, comme les motifs du séjour indiqués, lient par la suite le bénéficiaire de l'autorisation<sup>416</sup>. Aussi les autorisations sont-elles souvent soumises à la condition d'exercer une activité lucrative<sup>417</sup>. Lorsque le titulaire n'a plus une telle activité en Suisse, les autorités peuvent refuser le renouvellement de l'autorisation. Elles n'y sont cependant pas tenues : en vertu de l'art. 4 LSEE, les autorités statuent « librement ». Dans tous les cas, cependant, les autorités cantonales doivent, dans leurs décisions, respecter les droits fondamentaux et les principes de l'activité étatique, en particulier le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.)<sup>418</sup>.

---

<sup>415</sup> Pour des arrêts ultérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, voir : ATF 126 II 377, *F.A. et A.A.* ; arrêts non publiés du 18 février 2001 (2A.528/2001), *X.* ; du 29 août 2001 (2P.116/2001), *X.* ; du 29 janvier 2002 (2A.471/2001), *X.* ; et du 2 mai 2002 (2A.188/2002), *X.* Sauf l'arrêt du 18 février 2001, ils traitent tous de décisions des autorités zurichoises.

Sur la question, voir SPESCHA Marc, *Das Drama des « erfüllten Aufenthaltszwecks »*. *Bemerkungen zu einer unhaltbaren fremdenpolizeilichen Wegweisungspraxis*, PJA 2000, 49 – 56, et les *Bemerkungen* par rapport à l'ATF *F.A. et A.A.* de METTLER Christoph et BANGERTER Simon, PJA 2001, 589 – 593.

<sup>416</sup> Art. 10 al. 3 du Règlement de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 1<sup>er</sup> mars 1949 (RSEE ; RS 142.201).

<sup>417</sup> Sur tout cela, voir par exemple : SPESCHA, *Ausländerrecht*, 65 ss ; ZÜND Andreas, *Beendigung der ausländerrechtlichen Anwesenheitsberechtigung*, in : EHRENZELLER Bernhard (éd.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, St. Gall, 2001, 127 – 189, spéc 168 s.

<sup>418</sup> Cf. HÄFELIN Ulrich, MÜLLER Georg, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, 1998, n° 344 ss ; KOTTUSCH Peter, *Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken*, ZBI 1990, 145 – 180, 168 ss ; PULVER, *Aufenthaltsrecht*, 3 s. ; SPESCHA, *Ausländerrecht*, 61 s. ; ZÜND (note 417), 168.

Selon le Tribunal fédéral, le refus de renouveler l'autorisation ne constitue pas, dans la situation décrite, une discrimination directe ou indirecte interdite par l'art. 8 al. 2, puisque la cause du non-renouvellement ne repose pas dans la déficience de l'étranger, mais dans son incapacité d'exercer une activité lucrative. Ainsi, la décision de la police des étrangers ne se rattacherait ni directement, ni indirectement, à un critère « suspect », c'est-à-dire au handicap du requérant<sup>419</sup>.

Cette argumentation ne peut être suivie. Il y a discrimination indirecte, selon la définition qu'en donne le Tribunal fédéral, « lorsqu'une réglementation, qui ne désavantage pas directement un groupe particulier protégé par le principe de non-discrimination, défavorise tout particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe »<sup>420</sup> (voir également *supra*, n° 217). En l'occurrence, si la distinction ne se rattache pas directement à la déficience de l'étranger, elle s'y rattache néanmoins indirectement, puisque tous les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour qui deviennent invalides sont confrontés à une incapacité – au moins partielle – d'exercer une activité lucrative et donc au problème décrit, alors qu'une minorité seulement des étrangers non handicapés tombent sous l'empire de cette pratique<sup>421</sup>. Les personnes handicapées sont ainsi « tout particulièrement défavorisées » par la mesure en question. On peut même dire qu'il s'agit d'un cas d'école d'une distinction qui se rattache indirectement à un critère « suspect »<sup>422</sup>.

Il faut donc se demander s'il existe des motifs particulièrement sérieux qui renversent la présomption d'illicéité. Comme nous l'avons vu (*supra*, n° 283), il est parfaitement admissible qu'un Etat limite le nombre des étrangers résidants sur son territoire et qu'il soumette l'octroi des autorisations à certaines conditions, notamment à l'exercice d'une activité lu-

<sup>419</sup> ATF 126 II 377, 393 ss, *F. A. et A.A.* : « führt doch die Bedingung der Aufenthaltsbewilligung durch den Aufenthaltswitzweck (...) im Ergebnis nicht dazu, dass Behinderte anteilsmässig stärker betroffen sind als andere von dieser Regelung erfasste Personengruppen » ; formule à laquelle les arrêts non publiés se réfèrent. Cette argumentation est critiquée par ZÜND (note 417), 168 s. Pour la Cour suprême, le fait que les étrangers invalides sont frappés par cette règle est « dans la nature des choses » (« in der Natur de Sache ») : arrêts non publiés, du 29 août 2001 (2P.116/2001), *X.*, cons. 2. c) bb) ; et du 29 janvier 2002 (2A.471/2001), *X.*, 2. c) bb).

<sup>420</sup> Arrêt du 29 juin 2001 (2P.24/2001, non publié), *X.*, cons. 1 d).

<sup>421</sup> METTLER/BANGERTER (note 415), 592.

<sup>422</sup> Dans le même sens : METTLER/BANGERTER (note 415), 592 ; ZÜND (note 417), 169.

crative. Par conséquent, la pratique litigieuse ne poursuit pas un *but* inadmissible ou dépréciatif. En revanche, il semble évident que l'*effet* de la mesure revêt un tel caractère. Pendant les années où l'étranger peut travailler, l'autorisation est renouvelée, la personne est la bienvenue. En revanche, dès qu'elle souffre d'invalidité – parfois même suite à un accident de travail<sup>423</sup> – et qu'elle « ne profite plus » à l'économie du pays, mais devient à la charge des assurances sociales, voire à celle de l'aide sociale, la personne doit quitter le pays<sup>424</sup>. L'étranger devenu invalide se voit ainsi exclu de la société. Un tel traitement, en particulier après de longues années d'activité lucrative dans le pays, a un caractère dépréciatif, voire dégradant, et viole ainsi l'art. 8 al. 2 Cst.

390. *École « normale » ou école spécialisée ?* – Une autre question qui se pose dans le contexte des distinctions du fait d'une déficience est celle de savoir si, et dans quelle mesure, la scolarisation séparée d'un enfant handicapé peut constituer une discrimination<sup>425</sup>. En effet, lorsqu'un enfant handicapé se voit obligé de fréquenter une école spécialisée, son intégration sociale peut en souffrir. L'exclusion de personnes handicapées de services publics comme l'école est présumée dépréciative en vertu de l'art. 8 al. 2 Cst. et ne saurait être admise que si elle se révèle justifiée par des motifs particulièrement sérieux. Pour J. P. MÜLLER, cette justification particulière devrait se dégager d'une pesée de l'ensemble des intérêts divergents en présence, notamment de la comparaison des possibilités de développement et d'épanouissement de l'enfant dans l'école « normale » et dans l'école spécialisée, ainsi que des besoins de l'école

---

<sup>423</sup> Voir les situations dans les arrêts non publiés du 18 février 2001 (2A.528/2001), X, et du 29 août 2001 (2P.116/2001), X.

<sup>424</sup> Un tel traitement est ressenti par les personnes concernées comme une injustice profonde, ce qui explique leurs recours nombreux (à la différence, par exemple, de ce qui vaut pour le non-renouvellement des autorisations des personnes qui perdent leur emploi pour une autre raison que l'invalidité, où il ne semble pas y avoir de recours devant le Tribunal fédéral pour violation de l'interdiction de la discrimination).

Cf. aussi METTLER/BANGERTER (note 415), 592 s ; SPESCHA (note 415), 54 ss.

<sup>425</sup> Voir, sur cette question : KLEIN, *Handicapés*, 63 ss ; J. P. MÜLLER, *Behinderte*, 7 ss ; ainsi que l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht* allemand, du 8 octobre 1997, où celui-ci a considéré discriminatoire l'exclusion d'un enfant handicapé de l'école ordinaire, si l'enseignement au sein de cette dernière avait été possible sans efforts supplémentaires et que ni des difficultés organisationnelles ni des intérêts dignes de protection de tiers ne s'opposaient à l'intégration de l'enfant dans cette école : BVerfGE 96 288.

« normale »<sup>426</sup>. Il se peut que la fréquentation d'une école spécialisée soit dans l'intérêt de l'enfant (une formation mieux adaptée, voire éventuellement une intégration plus facile<sup>427</sup>), mais il est aussi possible qu'elle s'impose en fonction des besoins impératifs de l'école « normale » (cf. *supra*, n° 383 *in fine*). On ne saurait, *a priori*, dire que la fréquentation d'une école spécialisée constitue un désavantage pour l'enfant handicapé<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> J. P. MÜLLER, *Behinderte*, 9.

<sup>427</sup> Il n'est pas dit dans tous les cas que la fréquentation d'une école « normale » assure le mieux l'intégration sociale d'un enfant handicapé.

<sup>428</sup> J. P. MÜLLER, *Behinderte*, 8 s.

La loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés (cf. *infra*, n° 434) oblige les cantons à veiller « à ce que les enfants et les adolescents handicapés bénéficient d'un enseignement de base adapté à leurs besoins spécifiques » et à encourager l'intégration des jeunes handicapés dans l'école régulière « par des formes de scolarisation adéquates pour autant que cela soit possible et serve le bien de l'enfant ou de l'adolescent handicapé » (art. 20).

---

## CHAPITRE III

# LES CONSECRATIONS LEGALES

391. *Plan.* – L'interdiction de la discrimination constitue avant tout un droit de défense des particuliers vis-à-vis de l'Etat : ce dernier doit s'abstenir de comportements discriminatoires. L'art. 8 al. 2 Cst. peut ainsi être directement appliqué par les autorités et il n'a en principe pas besoin d'être concrétisé par la loi. À deux égards, néanmoins, sa pleine réalisation peut exiger l'intervention du législateur : il s'agit, d'une part, de la protection contre certaines discriminations émanant de particuliers (section 2), et, d'autre part, de mesures positives contre les discriminations de fait dans la société (section 3). Avant de présenter, de manière succincte et non exhaustive, les règles par lesquelles l'ordre juridique suisse aborde ces deux questions, nous esquisserons les bases juridiques de l'intervention du législateur (section 1).

### Section 1

## Les bases de l'intervention du législateur

### 1. La nécessité de l'action étatique

392. *Les discriminations ne résultent pas uniquement d'ingérences étatiques.* – Comme nous l'avons vu (*supra*, n° 227 ss), les droits fondamentaux – et donc également la norme constitutionnelle prohibant la discrimination – sont dirigés contre l'Etat et visent en principe à ce que celui-ci s'abstienne d'intervenir dans la sphère de protection des particuliers. Or, des discriminations au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. ne sont pas le seul fait de l'Etat. Les membres des groupes visés par l'énumération de la Constitu-

tion se voient probablement davantage confrontés à des discriminations qui ne résultent pas d'ingérences *étatiques*. Il suffit de penser, par exemple, à des propos racistes dans la vie quotidienne, aux discriminations des femmes dans le monde du travail ou aux difficultés matérielles que rencontrent les handicapés. De telles discriminations peuvent résulter, d'une part, d'actes dépréciatifs émanant d'autres particuliers ; d'autre part, elles peuvent être le produit des structures de société qui reflètent la dominance générale du groupe majoritaire.

393. *Les limites de la conception « défensive » des droits fondamentaux.* – Dans leur conception de simples droits de défense contre l'Etat, les droits fondamentaux n'accordent pas de protection contre de telles discriminations : ces droits ne sont directement applicables par les autorités que dans les rapports qui lient les particuliers à l'Etat. Aussi ne sont-ils pas, sous réserve d'exceptions, directement applicables dans les rapports « horizontaux » – c'est-à-dire entre particuliers – et n'accordent-ils pas un droit subjectif à des prestations ou des mesures positives de la part de l'Etat<sup>1</sup>. Par conséquent, les membres des groupes désavantagés ne peuvent en principe invoquer l'art. 8 al. 2 Cst. devant une autorité judiciaire pour se défendre contre des particuliers<sup>2</sup> ou pour exiger la prise de mesures étatiques en leur faveur.
394. *La pleine réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique.* – La protection accordée par les garanties constitutionnelles serait toutefois incomplète si elle n'influençait que les rapports entre l'Etat et les particuliers. C'est ainsi que l'art. 35 al. 1 de la Constitution fédérale stipule que « [I]es droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique ». La pleine réalisation de ces droits demande donc une approche plus globale : elle doit notamment tenir compte de leur violation par des particuliers, ainsi que des atteintes de fait qui peuvent résulter des

<sup>1</sup> Exceptionnellement, les droits fondamentaux peuvent contenir des droits subjectifs à des prestations étatiques : voir notamment les art. 12 (droit à l'assistance dans des situations de détresse), 19 (droit à un enseignement de base gratuit) et 29 al. 3 Cst. (droit à l'assistance judiciaire gratuite).

<sup>2</sup> Voir cependant l'exception de l'art. 8 al. 3, troisième phrase, Cst. : *supra*, n° 14. Les droits fondamentaux peuvent toutefois aider le particulier dans un litige qui l'oppose à un autre particulier : lorsqu'elles appliquent la législation, les autorités doivent tenir compte de ces droits (notamment en interprétant les normes légales de manière conforme à la Constitution, voir *supra*, n° 229).

structures de la société. Toutefois, dans la mesure où cette protection vise des situations qui ne touchent pas l'Etat, elle nécessite l'intervention du législateur ; l'application directe des droits fondamentaux en dehors des relations entre l'Etat et le particulier doit rester l'exception.

Ainsi, les droits fondamentaux contiennent, dans certains domaines, un mandat d'adopter des mesures législatives destinées à leur réalisation, soit dans les rapports « horizontaux », soit par l'élimination des atteintes de fait.

## 2. La protection contre les « discriminations horizontales »

395. Les « *Schutzpflichten* » de l'Etat. – Pour ce qui est des rapports dits « horizontaux », donc entre particuliers, les droits fondamentaux obligent l'Etat à protéger les particuliers contre certaines atteintes émanant d'autres particuliers. C'est ce qu'on peut appeler les *Schutzpflichten*, c'est-à-dire les « obligations de protection » de l'Etat. Ces obligations, reconnues depuis longtemps par la jurisprudence et la doctrine<sup>3</sup>, trouvent aujourd'hui leur ancrage à l'art. 35 al. 3 Cst., qui stipule que « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ».

Pour certains droits<sup>4</sup>, on voit mal comment le législateur pourrait ou devrait réaliser leur respect dans les rapports entre particuliers ; pour d'autres, en revanche, une telle protection se révèle même indispensable. Ainsi, le droit à la vie et à la liberté personnelle ou la protection de la sphère privée, pour ne citer que deux exemples, sont des droits fondamen-

---

<sup>3</sup> AUBERT, *Traité* (supplément), n° 1743 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLER, *Vol. II*, n° 126 ; SCHEFER, *Kerngehalte*, 235 ss, spéc. 318 s. ; ATF 126 II 300, 314 s., *Ruth Gonseth*, avec d'autres références.

Pour ce qui concerne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir : PETTITI/DECAUX/IMBERT, *Commentaire*, 55 ; CourEDH, arrêt *Airey*, du 9 octobre 1979, série A, n° 32, §§ 32 s. ; arrêt *X. et Y. contre Pays-Bas*, du 26 mars 1985, série A, n° 91, §§ 22 ss ; arrêt *Botta c. Italie*, du 24 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, 412, §§ 33 s., avec des références.

Sur les obligations positives qui résultent du droit international, voir également : GUYAZ, *Discrimination raciale*, 52 s. ; HELBLING, *Geschlechterdiskriminierung*, 177 ss et 191 ss ; WYSS, *gesetzgeberische Massnahmen*, 117 ; Message *Discrimination raciale*, 285 ss.

<sup>4</sup> Par exemple le droit au mariage ou les garanties de procédure.

taux qui exigent l'adoption de normes protectrices à « effet horizontal », puisque leur sphère de protection est exposée à un risque particulier de violation par des comportements de particuliers.

396. *L'art. 8 al. 2 Cst. exige une intervention du législateur.* — L'interdiction de la discrimination fait partie des droits dont la pleine réalisation exige une intervention au niveau légal. S'il est vrai que l'Etat ne peut contraindre le particulier à respecter, d'une manière générale, le principe d'égalité dans les rapports avec ses semblables<sup>5</sup>, il en va autrement pour l'interdiction de la discrimination. Pour que la société dans son ensemble puisse fonctionner, chacun doit témoigner d'un minimum de respect envers les autres. Un Etat ne saurait donc tolérer des comportements dénigrants et dépréciatifs des particuliers, dans la mesure où de tels comportements risquent de créer des conflits sociaux importants. De plus, les actes discriminatoires constituent des atteintes à la dignité humaine, peu importe qu'ils émanent de l'Etat ou de particuliers.

Aussi l'interdiction de la discrimination exige-t-elle, dans certains domaines, une intervention du législateur. Il convient de distinguer deux situations :

397. *Les cas où les particuliers se trouvent sur un pied d'égalité.* — En principe, les sentiments de préférence ou d'aversion des particuliers font partie de leur liberté individuelle — même lorsqu'ils éprouvent un sentiment de mépris envers quelqu'un du fait de sa race, de son origine ou d'un autre critère énuméré par l'art. 8 al. 2 Cst. Cependant, lorsqu'il en résulte des actes qui lésent les droits des personnes touchées (et notamment leur dignité humaine) ou lorsque la paix sociale est mise en péril, l'intervention du législateur se justifie. Ces situations seront avant tout réglées par des normes pénales.
398. *Les discriminations dans les rapports de force.* — Dans certaines situations, les particuliers se trouvent, certes, formellement sur un pied d'égalité, mais les rapports de fait défavorisent clairement l'une des parties, de sorte que l'égalité juridique ne reflète pas la réalité sociale. Par exemple, en droit du travail ou en droit du bail, l'employeur ou le bailleur

<sup>5</sup> Cf. AUER, *Réfugiés*, n° 15. Pour des cas de figure où le principe général d'égalité pourrait avoir un effet horizontal « indirect », voir STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 246 ss, et ZACH, *Einfluss*, 2 ss.

peut avoir une position tellement forte que ses rapports avec les travailleurs ou les locataires deviennent comparables à ceux qui lient l'Etat et les administrés. La liberté contractuelle laisserait en principe place à l'arbitraire et à des attitudes méprisantes ; il en découle un risque considérable de discriminations et un besoin particulier de protection<sup>6</sup>. Ici, ce seront avant tout des normes civiles – notamment en droit des contrats – qui se révéleront nécessaires.

### 3. Les mesures pour éliminer les discriminations de fait

399. *Les discriminations peuvent résulter des structures de société.* – L'élimination des actes discriminatoires de la part de l'Etat et, dans certaines limites, des particuliers, n'a pas pour effet d'éliminer, quasi « automatiquement », toutes les inégalités, les difficultés et les désavantages auxquels sont confrontées les personnes discriminées. Souvent, les désavantages subis par les groupes protégés par l'art. 8 al. 2 résultent des structures de société et des préjugés sociaux, qui existent depuis longtemps et qui sont particulièrement bien ancrés<sup>7</sup>. Dans certains domaines, l'élimination de telles discriminations de fait peut alors exiger des mesures positives, améliorant, par une intervention « active » de l'Etat – et non seulement par une défense contre des actes discriminatoires –, la situation des groupes défavorisés<sup>8</sup>. De telles mesures peuvent revêtir des formes multiples :
400. *Des mesures visant à réduire les préjugés.* – Un premier type de mesures positives est la lutte contre les préjugés qui sont à l'origine des discriminations. L'éventail est large : l'information de la population dans son ensemble ou de certains groupes, le lancement de campagnes d'information et de sensibilisation, des recherches scientifiques, l'encouragement de

---

<sup>6</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. II*, n° 119 ; J. P. MÜLLER, *Elemente*, 79 ss ; STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 247 s.

<sup>7</sup> J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 447.

<sup>8</sup> Voir *supra* n° 219, avec des références à la doctrine. Les instruments internationaux contre la discrimination permettent généralement les mesures positives (voir, par exemple, l'art. 1 al. 4 de la Convention contre la discrimination raciale et l'art. 5 de la Convention n° 111 de l'OIT) ou obligent même l'Etat à adopter de telles mesures (voir, par exemple, l'art. 2 al. 2 de la Convention contre la discrimination raciale : Message Discrimination raciale, 277). Voir, de surcroît, GUYAZ, *Discrimination raciale*, 38 ; STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 267 ss.

projets d'échanges et de contacts, la création et le soutien d'organismes qui favorisent la rencontre entre le groupe majoritaire et le groupe discriminé, etc.

401. *Des mesures assurant la coordination des activités.* – Un deuxième type de mesures est la coordination des différentes activités d'organismes étatiques ou privés visant à réduire les inégalités de fait. Souvent, l'impact de mesures prises par les différents acteurs est réduit par un manque de coordination ; une concertation des différents efforts peut, en créant des synergies, en améliorer les résultats.
402. *La création d'organismes spécifiques.* – Dans le même ordre d'idée, plusieurs organismes ont été créés aux niveaux fédéral et cantonal pour effectuer un travail de sensibilisation (cf. *supra*, n° 400) ou de coordination des efforts déjà existants (cf. n° 401). Il s'agit notamment des bureaux, commissions ou fondations qui s'occupent des questions se rapportant aux étrangers, au racisme, aux questions féminines resp. à l'égalité entre les sexes, à la jeunesse, à la situation des gens du voyage ou aux handicapés (voir *infra*, n° 423 ss ; il existe donc des organismes spécifiques pour la moitié environ des critères de l'art. 8 al. 2 Cst.). De tels organes sont parfois également chargés de conseiller les victimes de discriminations et d'intervenir en tant que médiateurs.
403. *Des mesures visant l'égalité dans les faits.* – Enfin, un autre type de mesures vise à modifier directement les structures de société et à pourvoir ainsi à l'égalité de fait. Il peut s'agir, d'une part, de mesures d'encouragement, qui stimulent un développement social sans prescrire un certain résultat (par exemple par l'encouragement des femmes dans le monde du travail ou par des subsides accordés à la transformation de bâtiments pour améliorer leur accessibilité pour les handicapés). D'autre part, il peut s'agir de mesures ayant un caractère contraignant, qui tendent à réaliser l'égalité de fait par l'intervention même, en prescrivant un certain résultat (par exemple, pour reprendre les domaines qui viennent d'être évoqués, en fixant des quotas de représentation ou des prescriptions de construction).

#### 4. La question de la compétence

404. *La problématique.* – Comme nous l'avons vu, les droits fondamentaux peuvent contenir un mandat au législateur de pourvoir à leur réalisation. Ce fait incite à se poser la question de savoir si de tels mandats, lorsqu'ils découlent de la Constitution fédérale, contiennent une attribution de compétence en faveur du législateur fédéral. La question a une grande importance, puisque les droits fondamentaux peuvent toucher de larges domaines du droit : si les mandats qui en découlent constituent une attribution de compétence en faveur du législateur fédéral, il pourrait en résulter des conséquences importantes pour la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons.
405. *Les droits fondamentaux ne créent pas de compétences.* – Le partage des compétences, en Suisse, est régi par le principe de l'énumération limitative dans la Constitution fédérale des attributions de compétence en faveur de la Confédération : la Confédération n'est habilitée à légiférer que dans les domaines où la Constitution lui attribue une compétence (art. 3 Cst.)<sup>9</sup>. Ces domaines sont énumérés au titre 3 de la Constitution fédérale. Il ne semble guère conciliable avec la systématique de la Constitution d'interpréter le mandat de la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 Cst.) comme une attribution générale de compétence en faveur de la Confédération. Si la Confédération était habilitée à légiférer dans tous les domaines où cela pourrait se révéler nécessaire pour la réalisation des droits fondamentaux, le système des art. 3 et 42 ss Cst. en serait considérablement bouleversé<sup>10</sup>.

Aussi, les obligations positives et les mandats législatifs qui résultent des droits fondamentaux visent aussi bien le législateur cantonal que le législateur fédéral, chacun dans son domaine de compétence. Ils ne créent pas de nouvelles compétences législatives en faveur de la Confédération : cette dernière ne pourra légiférer, dans le but de réaliser les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers ou en adoptant des mesures positives, que dans la mesure où elle a reçu, par la Constitution fédérale,

---

<sup>9</sup> Sur ce principe, voir par exemple : AUBERT, *Traité*, n° 611 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 945 ss ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 1052 ss.

<sup>10</sup> HANGARTNER, *Kompetenzordnung*, 478.

des compétences particulières dans un domaine déterminé<sup>11</sup>. Dans les matières où la Confédération n'a en revanche pas reçu de compétence, l'action incombe aux cantons.

406. *Les compétences concernant les rapports horizontaux.* – Les rapports entre particuliers sont réglés par la législation ordinaire, en première ligne par le droit privé et le droit pénal. Or, dans ces domaines, la Confédération bénéficie d'une compétence législative générale en vertu des art. 122 et 123 Cst. Le législateur fédéral est donc habilité à réaliser, dans la mesure où cela se révèle nécessaire, la protection des droits fondamentaux dans les rapports entre les particuliers, et notamment à édicter les règles nécessaires pour assurer la protection contre les discriminations dans ce domaine.
407. *La compétence de prendre des mesures positives.* – La question de savoir dans quels domaines la Confédération peut adopter des mesures positives est en revanche plus délicate. En principe, comme indiqué, la Confédération ne peut agir que dans les matières où la Constitution lui accorde une compétence particulière.

Mais qu'en est-il des mandats précis où la Constitution fédérale charge le législateur de prendre des mesures législatives en faveur d'un groupe désavantagé (art. 8 al. 3, deuxième phrase, et art. 8 al. 4) ? En fonction de la systématique de la Constitution fédérale (qui énumère en principe les compétences fédérales dans un seul titre) et de l'importance fondamentale du principe de l'attribution des compétences, on doit interpréter ces mandats comme s'adressant tant au législateur fédéral que cantonal, dans leurs domaines respectifs de compétence. Ces mandats ne modifient donc pas le partage des compétences entre la Confédération et les cantons et ne constituent pas, en eux-mêmes, une attribution de compétence en faveur de la Confédération. L'intervention du législateur fédéral doit se fonder, dans ces domaines aussi, sur une attribution de compétence particulière<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> AUBERT, *Traité* (supplément), n° 699 ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 1070 ; HANGARTNER, *Grundzüge II*, 55 ; HANGARTNER, *Kompetenzordnung*, 476 ss ; Message Handicapés, 1708 s.

J. P. MÜLLER, *Elemente*, 127, a laissé la question ouverte, voir toutefois ses prises de position ultérieures, citées à la note 12.

<sup>12</sup> Message LEg, 1236 ; HANGARTNER, *Kompetenzordnung*, 478 s ; J. P. MÜLLER, *Diskriminierungsverbote*, 127, et *Grundrechte*, 449.

Dans la mesure où une telle attribution fait défaut, l'action incombe aux cantons.

## Section 2

### Les rapports horizontaux : la législation ordinaire

#### 1. Le droit privé

##### a) En général

408. *La problématique.* – Le droit privé suisse ne connaît pas de norme générale prohibant explicitement les actes discriminatoires dans les rapports entre particuliers, que ce soit notamment en droit de la famille, en droit des successions ou en droit des contrats. En vertu de l'autonomie individuelle, et, plus particulièrement, de la liberté contractuelle<sup>13</sup>, « chaque individu a la possibilité d'organiser ses relations juridiques comme bon lui semble »<sup>14</sup>. Les particuliers sont ainsi libres de conclure et de dissoudre des contrats et d'en fixer les clauses ; l'exercice de ces droits est laissé au bon vouloir des parties, qui peuvent suivre leurs préférences individuel-

---

Contrairement à ce qu'il soutenait encore pour l'art. 8 al. 3, deuxième phrase, Cst. (Message LEg, 1236), le Conseil fédéral semble admettre que l'art. 8 al. 4 constitue une attribution de compétence en faveur de la Confédération, qui habiliterait cette dernière à légiférer, dans le but d'éliminer les inégalités frappant les personnes handicapées, même dans des domaines de compétence cantonale (notamment le droit des constructions et l'offre de prestations de la collectivité publique) : Message Handicapés, 1709 s. Cette position est critiquée par HANGARTNER, *op. cit.*, 476 ss.

<sup>13</sup> Qui forme un aspect de la liberté économique : ATF 113 Ia 126, 139, *Giovanna Armenogol* ; Message Cst., 179 ; AUBERT, *Traité*, n° 1928 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLER, *Vol. II*, n° 620 ss ; HÄFELIN/HALLER, *Bundesstaatsrecht*, n° 630 ; J. P. MÜLLER, *Grundrechte*, 645. Selon WOLF Burkard J., *Vertragsfreiheit – das verkannte Verfassungsrecht*, PJA 2002, 8 – 11, la liberté contractuelle devrait être reconnue comme droit fondamental indépendant non écrit, car elle constitue une condition nécessaire de l'exercice d'une série d'autres libertés écrites, notamment les libertés personnelle, religieuse, de l'art, d'information et de réunion.

<sup>14</sup> ZUFFEREY-WERRO Jean-Baptiste, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, thèse, Fribourg, 1988, 7.

les. Aussi un employeur peut-il en principe refuser l'engagement de personnes d'une certaine conviction ou d'une certaine race, un promoteur immobilier peut-il refuser la vente d'appartements à des couples non mariés, un restaurateur peut-il refuser de servir des personnes âgées, etc.

409. *Les limites générales, notamment la protection de la personnalité.* – Toutefois, la liberté contractuelle et l'autonomie individuelle ne sont pas illimitées. En vertu des dispositions générales du Code des obligations, l'objet d'un contrat ne peut être librement déterminé que « dans les limites de la loi » : les conventions ou les clauses qui sont contraires aux règles impératives de la loi, aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité sont nulles (art. 19 et 20 CO). Ainsi, la protection de la personnalité découlant des art. 28 ss CCS pose certaines limites à la liberté contractuelle. De surcroît, « [l']abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi » (art. 2 al. 2 CCS).

Le droit privé ne permet donc pas tout acte discriminatoire. Selon les circonstances, et notamment dans les cas les plus flagrants, des actes ou des clauses contractuelles discriminatoires pourraient constituer des atteintes à la personnalité de la partie discriminée<sup>15</sup> ou même être contraires à l'ordre public suisse<sup>16</sup>. Ils pourraient, de surcroît, être considérés comme l'exercice d'un droit à des fins contraires aux principes de base de l'ordre juridique, et constituer alors un abus de droit au sens du Code civil<sup>17</sup>.

On pourrait imaginer, par exemple, la résiliation d'un contrat motivée uniquement par la race ou le sexe du co-contractant, des instructions particulièrement difficiles ou défavorables données par un employeur à un travailleur

<sup>15</sup> STRAUSS, *Rassendiskriminierung*, 248 ss ; WILDHABER LUZIUS, *Gedanken zu Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht*, ZBI 1971, 465 – 471, 468 ; ZÄCH, *Einfluss*, 25 s.

<sup>16</sup> Voir *supra*, n° 116 s.

<sup>17</sup> HONSELL Heinrich, VOGT Nedim Peter, GEISER Thomas, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, n° 35 ad art. 2 CCS, définissent l'abus de droit comme une « Inanspruchnahme einer Berechtigung bzw. eines Vorgehens (...), die sich mit grundlegenden Prinzipien einer Rechtsordnung nicht verträgt ». L'abus de droit ne devrait cependant constituer qu'une *ultima ratio* : BAUMANN Max, *ad art. 2 CCS*, in : *Berner Kommentar*, vol. 1 I, Zurich, 1998, n° 349 ss, spéc. 349 et 354 ; HONSELL/VOGT/GEISER, *op. cit.*, n° 35 ss ad art. 2 CCS, spéc. n° 37. En particulier, l'abus de droit est « keine Grundlage für eine 'allgemeine Vertragsgerechtigkeit' » : BAUMANN, *op. cit.*, n° 349.

dont il a découvert l'homosexualité ou des clauses testamentaires désavantageant de manière dépréciative un descendant devenu handicapé<sup>18</sup>.

En particulier, selon certains auteurs, la protection de la personnalité peut constituer le fondement d'une obligation de conclure un contrat (*Kontrahierungszwang*), lorsque le refus de contracter constituerait une discrimination du fait d'une qualité inhérente à la personnalité de l'autre partie qui n'a aucun lien avec le rapport à régler<sup>19</sup>. Cependant, l'application des art. 28 ss et 2 al. 2 CCS devrait se limiter aux cas de discrimination les plus graves ; en tout cas, il n'existe pas de jurisprudence établie à cet égard<sup>20</sup>.

#### b) Le droit du travail en particulier

410. *Introduction.* – Le droit du travail est particulièrement sensible aux cas de discrimination, du fait du rapport de force qui existe très souvent entre employeur et travailleur. Le droit du travail suisse connaît deux normes spécifiques protégeant les travailleurs contre des actes discriminatoires : il s'agit, d'une part, de l'art. 336 CO, qui protège les travailleurs contre les congés abusifs (*infra*, n° 411), et, d'autre part, de la loi sur l'égalité qui prévoit une protection contre les discriminations sexuelles dans l'ensemble des rapports de travail (*infra*, n° 412). Dans les domaines non couverts par ces deux normes, il n'existe en revanche pas de protection spécifique des travailleurs contre les discriminations qui irait au-delà des normes générales présentées au paragraphe précédent<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Pour d'autres exemples, tirés de la jurisprudence, voir ZÄCH, *Einfluss*, 2 ss.

<sup>19</sup> GAUCH Peter, SCHLUEP Walter R., SCHMID Jörg, REY Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 7<sup>e</sup> éd., Zurich, 1998, n° 1111 ss ; PREVITALI, *Handicap* 1998, n° 267 ss. Voir aussi : MERZ Hans, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2<sup>e</sup> éd., Fribourg, 1992, 145 ss, spéc. 149 s.

<sup>20</sup> Voir toutefois les exemples jurisprudentiels donnés par ZÄCH, *Einfluss*, 6 ss.  
Sur le problème de l'application difficile de la norme générale sur l'abus de droit (art. 2 al. 2 CCS) qui a mené à l'adoption de l'art. 336 CO : Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, 600 et 622.

<sup>21</sup> Dans les rapports de travail qui lient la collectivité publique, l'art. 8 al. 2 Cst., dirigé contre l'Etat, accorde évidemment une protection générale contre les actes de discrimination.

411. *L'art. 336 CO, prohibant les congés abusifs.* – L'art. 336 CO protège les travailleurs contre les congés abusifs. Introduite en 1988, cette disposition constitue une concrétisation de l'art. 2 al. 2 CCS, prohibant l'abus de droit, en matière de résiliation des rapports de travail<sup>22</sup> : elle énumère, dans une liste non exhaustive, les cas où un congé est réputé abusif. Pour ce qui intéresse notre étude, un congé est notamment abusif lorsqu'il est donné par une partie « pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie » (art. 336 al. 1, lit. a, CO).

En 1984 déjà, le Conseil fédéral présentait, dans son message relatif à l'art. 336 CO, des exemples de motifs abusifs qu'on retrouve, aujourd'hui, parmi les critères de l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>23</sup> :

« Ce sont en particulier le sexe, le statut familial, l'origine, la race et la nationalité. Est aussi compris dans cette catégorie le congé donné par exemple pour cause d'homosexualité, d'âge ou d'antécédents judiciaires. »

L'art. 8 al. 2 Cst. énumère sans doute des « raisons inhérentes à la personnalité » qui doivent être considérées comme motifs abusifs au sens de l'art. 336 CO.

Pour qu'il y ait congé abusif, il faut « que la qualité propre à la personne congédiée ne présente *aucun rapport avec le contrat de travail*, en particulier avec l'obligation de travailler et le devoir de fidélité du travailleur »<sup>24</sup>. Aussi l'art. 336 CO considère-t-il comme abusifs les congés donnés pour un motif inhérent à la personnalité de la partie congédié, « à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise » (al. 1, lit. a). Autrement dit, les congés donnés du fait uniquement de l'origine, de la race, du sexe, de l'âge, de la langue, de la situation sociale, du mode de vie, des convictions ou d'une déficience d'un travailleur sont illicites si ce critère n'a pas d'influence directe sur les rapports de travail et notamment sur l'exécution du travail<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Selon BAUMANN (note 17), n° 354, l'art. 336 va toutefois au-delà d'une concrétisation de l'art. 2 al. 2 CCS.

<sup>23</sup> Message précité (note 20), 622.

<sup>24</sup> Message précité (note 20), 622 s.

<sup>25</sup> Sur la résiliation abusive en général et le rôle des critères de l'art. 336 al. 1, lit. a, CO, voir : BRUNNER Christiane, BÜHLER Jean-Michel, WAEPPER Jean-Bernard, *Commentaire du contrat de travail*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne, 1996, n° 4 ad art. 336 ; REHBINDER Manfred,

Le Code ne donne toutefois pas au travailleur le droit d'être réintégré dans les rapports de travail. Le congé abusif reste valable, mais la partie qui a résilié le contrat doit verser à l'autre une indemnité. Cette indemnité peut s'élever jusqu'à l'équivalent de six salaires mensuels (art. 336a CO).

412. *La LEg, protection spéciale contre les discriminations sexuelles.* – Depuis 1996, une norme spéciale accorde aux travailleurs une protection contre les discriminations sexuelles dans l'ensemble des rapports de travail. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)<sup>26</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996, interdit la discrimination directe ou indirecte des travailleurs à raison du sexe, notamment dans les domaines de l'embauche, de l'attribution des tâches, de la rémunération, de la promotion, de la formation ou de la résiliation des rapports de travail (art. 3). Cette loi s'applique tant aux rapports de travail de droit public (fédéral, cantonal ou communal) qu'aux rapports de travail régis par le droit privé.

La loi contient en particulier certaines règles éliminant des difficultés procédurales que pourraient rencontrer les victimes de discriminations. Tout d'abord, l'art. 6 renverse le fardeau de la preuve : l'existence de la discrimination est présumée lorsqu'une personne la rend « vraisemblable », il incombe par la suite à l'employeur d'établir l'absence de discrimination<sup>27</sup>. Ce renversement du fardeau de la preuve ne vaut toutefois pas pour les discriminations à l'embauche (pour la question du harcèlement sexuel, voir l'art. 5 al. 3 LEg). Ensuite, la loi reconnaît à certaines organisations la qualité pour agir, les travailleuses ne doivent par conséquent pas se plaindre elles-mêmes d'une discrimination salariale, par exemple. La loi prévoit également une procédure de conciliation facultative, que les cantons peuvent déclarer obligatoire. Enfin, et à la différence de ce qui vaut pour l'art. 336 CO, le juge peut non seulement accorder une indem-

---

*Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15<sup>e</sup> éd., Berne, 2002, 327 ; REHBINDER Manfred, *Commentaire ad art. 336 CO*, in : *Berner Kommentar*, vol. VI/2, Berne, 1992, n° 3 s. ; WYLER Rémy, *Droit du travail*, Berne, 2002, 398 ss ; ZOISS Marie-Gisèle, *La résiliation abusive du contrat de travail. Etude des articles 336 à 336b CO*, thèse, Lausanne, 1996, 159 ss ; ainsi que la jurisprudence citée par ces auteurs (notamment les ATF 127 III 86, 88, *M.*, et l'arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1993, Semaine Judiciaire 1995, 798 [motivation raciste]).

<sup>26</sup> Sur cette loi, voir notamment : BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN, *Commentaire* ; KAUFMANN Claudia, *Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz)*, PJA 1993, 1349 – 1356.

<sup>27</sup> Cf. ATF 127 III 207, 212 ss, *K.*

nité en cas de congé abusif, mais réintégrer un travailleur dans les rapports de travail pendant la procédure de conciliation et même annuler les congés dits « de représailles » (art. 10).

De surcroît, la loi oblige l'employeur à prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir les cas de harcèlement sexuel dans l'entreprise (art. 4 et 5 al. 3).

c) Les réformes possibles

413. *Une protection insuffisante.* – Nous l'avons dit, le droit privé suisse ne connaît qu'une faible protection contre les discriminations. Toutefois, notamment en droit du travail et dans d'autres domaines du droit des contrats, le risque de discriminations est considérable. Or, l'art. 35 al. 3 Cst. demande au législateur de veiller à ce que l'interdiction de la discrimination, dans la mesure où elle s'y prête, soit réalisée dans les rapports entre les particuliers. On doit donc se demander si, et dans quelle mesure, d'autres normes anti-discriminatoires devraient être adoptées en droit privé suisse.

414. *Une norme anti-discriminatoire générale ?* – Deux solutions pourraient être envisagées. Une première voie serait celle de l'adoption d'une norme protectrice générale en droit privé, interdisant explicitement les comportements discriminatoires du fait d'une qualité inhérente à la personnalité de l'autre partie (le sexe, l'âge, la race, l'ethnie, le mode de vie, etc.). Une telle norme devrait viser notamment la conclusion des contrats offerts publiquement, la résiliation abusive de contrats et les clauses contraires à la protection de la personnalité. Elle concrétiserait ainsi, à l'instar de ce que fait l'art. 336 dans un domaine du droit du travail, les règles générales du Code civil et du Code des obligations (art. 2 al. 2 et 28 ss CCS, art. 19 s. CO)<sup>28</sup>.

Deux types de sanctions des comportements discriminatoires sont imaginables : soit la partie discriminée peut obtenir une indemnité, soit le juge peut imposer la conclusion du contrat ou certaines clauses de celui-ci. Une telle obligation de contracter consisterait toutefois une ingérence importante dans la liberté contractuelle. Se poserait en outre le problème

<sup>28</sup> Une proposition concrète d'une telle norme se trouve chez PREVITALI, *Handicap 1998*, n° 286.

de la preuve : sans renversement du fardeau de la preuve, les personnes s'estimant victimes d'une discrimination auraient de la peine à prouver l'existence d'une discrimination et la protection de la norme anti-discriminatoire n'irait alors pas vraiment au-delà de celle qui existe déjà en droit positif par le biais des normes générales du droit privé, notamment les art. 19 et 20 CO et les art. 2 al. 2 et 28 ss CCS (cf. *supra*, n° 409)<sup>29</sup>. En revanche, un allègement ou un renversement du fardeau de la preuve, à l'instar des règles établies par la LEg, aggraverait encore l'ingérence dans la liberté contractuelle.

Aussi ces questions incitent-elles à penser qu'une telle règle, plutôt étrangère au droit privé suisse, pourrait poser des problèmes délicats d'application ou qu'elle n'irait, finalement, pas au-delà de ce que permettent, déjà à l'heure actuelle, les normes protégeant la personnalité. Dès lors, il est peut-être préférable d'adopter d'abord des normes protectrices plus ciblées, limitées à certains domaines précis du droit, ce qui permettrait d'analyser les expériences faites sur cette base.

La province canadienne de l'Ontario connaît, depuis 1981, une norme générale anti-discriminatoire en droit privé : le « Code des droits de la personnalité » instaure une protection contre les discriminations qui s'applique aux rapports de droit privé et aux rapports de droit public<sup>30</sup>. Dans le même ordre d'idées, le Gouvernement allemand a annoncé, au printemps 2002, son intention de soumettre au Parlement un projet de loi contre les discriminations dans la vie économique. Cette loi permettrait une action en justice en vue de la conclusion du contrat ou du paiement de dommages-intérêts et prévoirait un renversement du fardeau de la preuve. Elle viserait les discriminations du fait du sexe, de la race, de l'origine ethnique, de la religion ou des convictions philosophiques, d'une déficience, de l'âge ou de l'identité sexuelle dans la conclusion de contrats offerts publiquement<sup>31</sup>.

415. *Des normes anti-discriminatoires dans des domaines précis ?* – Une autre solution consisterait à adopter des normes spécifiques dans des domaines

---

<sup>29</sup> Sur cette question, voir aussi : WYSS, *gesetzgeberische Massnahmen*, 134 ss.

<sup>30</sup> Sur cette loi, voir TRACHSLER Herbert, *Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot. Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB*, thèse, St. Gall, 1991, 103 ss et 247 ss.

<sup>31</sup> *Minderheiten können künftig Vertragsabschluss einklagen*, in : Frankfurter Allgemeine Zeitung, 8 mars 2002, 13. Le projet n'a pas encore été soumis au *Bundestag*, malgré les intentions formulées par le Gouvernement allemand : DEUTSCHER BUNDESTAG, procès-verbal de la 14<sup>e</sup> législature, séance n° 232 du 24 avril 2002, 23074 s.

où le risque de discrimination est élevé (domaines où il existe très souvent un rapport de force, notamment en droit du travail et en droit du bail ; cf. *supra*, n° 398). Ces normes pourraient régler certaines questions précises ou accorder une protection générale ; elles pourraient viser la discrimination du fait d'un éventail de critères ou se limiter à la protection d'un groupe particulier.

C'est cette dernière voie que le législateur suisse a choisie, lorsque le Conseil national a donné, en 1998, mandat au Conseil fédéral d'examiner l'adoption d'une norme interdisant les discriminations en raison de l'âge sur le marché du travail<sup>32</sup>. Ce mandat se limite donc à un groupe particulier dans un domaine précis du droit. Dans le cadre des travaux législatifs, il serait toutefois judicieux d'examiner non seulement les problèmes auxquels se voient confrontées les personnes âgées sur le marché du travail, mais également ceux d'autres groupes souvent discriminés. Notamment les minorités ethniques ou raciales, les homosexuels ou les handicapés, pour ne prendre que les exemples les plus évidents, auraient également besoin d'une protection accrue, en droit du travail et en dehors de ce domaine.

Plusieurs pays ont pris au sérieux le problème de la discrimination dans le monde du travail en adoptant des normes protectrices visant des groupes particulièrement exposés. Le législateur américain, par exemple, a adopté des lois accordant une protection accrue aux personnes âgées et aux handicapés. En 1967, il a adopté une loi contre les discriminations des personnes âgées dans l'emploi<sup>33</sup>. La loi interdit le licenciement et le non-emploi du fait de l'âge d'une personne, ainsi que les mises au concours avec des limites d'âge supérieures et toute autre forme de discrimination dans le monde du travail. Elle s'applique aux personnes âgées de plus de 40 ans, qu'elles soient employées dans le secteur privé ou public. Le législateur américain a également adopté, en 1990, le « American with Disabilities Act (ADA) », qui interdit la discrimination des personnes handicapées dans les domaines de l'embauche

<sup>32</sup> Motion Remo Gysin, « Egalité des chances et non-discrimination sur le marché du travail en raison de l'âge », du 29 avril 1998, transmis comme postulat le 26 juin 1998 : BO 1998 N 1521 s.

Pour une proposition de disposition de même type pour le droit du travail allemand, voir : FENSKE, *Altersdiskriminierung*, 339 ss.

<sup>33</sup> Age Discrimination in Employment Act (ADEA), entré en vigueur le 12 juin 1968. Sur cette loi et notamment sur la riche jurisprudence qu'elle a provoquée, voir FENSKE, *Altersdiskriminierung*, 27 ss.

et de l'emploi (mais également dans d'autres domaines de la vie publique)<sup>34</sup>. Pour ce qui concerne les handicapés, plusieurs pays européens connaissent des normes visant à garantir leur intégration sur le marché du travail (voir *infra*, n° 435).

416. *Une norme spéciale protégeant les handicapés.* – Pour les personnes handicapées, le projet de loi sur l'égalité pour les handicapés contient une norme interdisant tout traitement discriminatoire par des personnes privées qui fournissent des prestations au public (art. 6)<sup>35</sup>. Constitue un traitement discriminatoire, au sens de cette disposition, une inégalité dépréciative ou particulièrement choquante ; la loi n'oblige cependant pas les particuliers, d'une manière générale, à adopter des comportements égalitaires ou à adapter leurs prestations aux besoins des handicapés<sup>36</sup>. Par prestations, sont « principalement visées les prestations du commerce de détail, des restaurants, des hôtels, des piscines, ainsi que les prestations culturelles telles que les spectacles »<sup>37</sup>. La personne discriminée pourra demander au tribunal le versement d'une indemnité. Ainsi, le droit privé suisse connaîtra probablement bientôt une disposition spéciale contre les discriminations d'un certain groupe de la population.

---

<sup>34</sup> Sur cette loi, voir KLEIN, *Handicapés*, 189 ss ; PREVITALI, *Handicap 1998*, n° 354 ss.

<sup>35</sup> FF 2002 7640, 7642. Sur cette loi, voir *infra*, n° 434.

<sup>36</sup> Message Handicapés, 1671 : « Cet article pose le principe selon lequel l'interdiction de la discrimination au sens de l'art. 8, al. 2, Cst. ne vaut pas seulement dans les relations entre l'Etat et les particuliers, mais aussi dans celles qui lient les particuliers entre eux (effet horizontal). La discrimination est une inégalité qualifiée, c'est-à-dire une différence de traitement manifeste ou particulièrement choquante qui peut avoir une connotation dépréciative. Appliqué à une personne privée, le principe de non discrimination n'entraîne cependant pas pour cette personne l'obligation de prendre des mesures particulières (positives) pour éliminer des inégalités de fait. Elle ne l'oblige pas davantage à adopter des comportements égalitaires et ne lui interdit pas de différencier ses prestations en fonction de ses clients. En d'autres termes, cette disposition a pour but de prévenir des comportements ségrégationnistes graves qui tendent à exclure les personnes handicapées de certaines activités de peur que leur seule présence ne trouble la quiétude ou les habitudes sociales de la clientèle habituelle ». (Suivent plusieurs exemples d'obligations qui pourraient découler ou non cette norme.)

<sup>37</sup> Message Handicapés, 1672.

## 2. Le droit pénal

417. *Absence de norme protectrice générale.* – À l'instar de ce qui vaut pour le droit privé, le droit pénal suisse ne connaît pas de norme générale incriminant les comportements discriminatoires. Il existe en revanche des normes spécifiques, interdisant des discriminations dans certaines situations précises. Il s'agit d'une part des dispositions sur les infractions contre l'intégrité physique et l'honneur, qui peuvent trouver application pour certains comportements discriminatoires (*infra*, n° 418). D'autre part, il s'agit de la norme spéciale incriminant la discrimination raciale (art. 261<sup>bis</sup> CPS ; *infra*, n° 419).

Cependant, les attitudes discriminatoires peuvent non seulement viser les minorités raciales et elles peuvent aussi revêtir des formes plus subtiles que celles qui sont visées par les règles protégeant l'intégrité physique et l'honneur. On peut penser, par exemple, à des remarques dépréciatives et blessantes contre un handicapé, à des prises de position publiques contre les personnes homosexuelles ou à des discriminations de personnes de capacité économique faible dans le cadre de prestations offertes au public<sup>38</sup>. Contre des actes de ce type, le Code pénal ne connaît pas de protection.

418. *Les normes protégeant l'intégrité physique et l'honneur.* – Les dispositions du Code pénal sur les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle (art. 111 ss CPS) s'appliquent lorsque des comportements discriminatoires de particuliers prennent la forme d'actes de violence. Dans certaines autres situations, les normes incriminant les atteintes à l'honneur (art. 173 ss) peuvent trouver application. Aussi le Code pénal protège-t-il contre les discriminations les plus flagrantes, lorsque l'attitude dépréciative contre certaines personnes ou groupes de personnes se transforme en actes qui violent des biens juridiques protégés par d'autres droits fondamentaux, notamment la liberté personnelle et l'intégrité physique (art. 10 Cst.).
419. *La norme incriminant la discrimination raciale : l'art. 261<sup>bis</sup> CPS.* – Dans un domaine précis, le législateur suisse a adopté une norme spé-

<sup>38</sup> Par exemple dans des restaurants ou dans le cadre des rapports de travail ou de bail.

ciale : depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995<sup>39</sup>, l'art. 261<sup>bis</sup> CPS prévoit une protection contre la discrimination du fait de l'appartenance à une race, à un groupe ethnique ou à une religion. Sous l'intitulé « discrimination raciale », cette disposition incrimine les comportements qui ont pour objet de propager publiquement des attitudes discriminatoires ou de dénigrer des personnes à cause de leur race, leur ethnicité ou leur religion.

Sont en particulier érigés en infraction<sup>40</sup> :

- 1° L'incitation publique « à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse » (ch. 1).
- 2° La propagation publique des idéologies racistes et les actions de propagande raciste (ch. 2 et 3)
- 3° L'abaissement et la discrimination publique d'une personne ou d'un groupe contraires à la dignité humaine, par la parole, l'écriture l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière (ch. 4 *in initio*)
- 4° La diffusion de théories niant, minimisant ou justifiant un génocide ou un autre crime contre l'humanité (ch. 4 *in fine*).
- 5° Le refus, pour des motifs racistes, de prestations destinées à l'usage public (ch. 5).

Les biens juridiques protégés par l'art. 261<sup>bis</sup> CPS sont, d'une part, la paix publique et, d'autre part, la dignité humaine des groupes discriminés ainsi que le respect général des droits de l'homme<sup>41</sup>.

L'adoption de l'art. 261<sup>bis</sup> CPS était une conséquence de la ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimi-

---

<sup>39</sup> La modification du CPS a été acceptée, suite à un référendum, en votation populaire du 25 septembre 1994, par 1 132 662 oui contre 939 975 non (FF 1994 V 521).

<sup>40</sup> Pour plus de détails, voir par exemple : CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, Berne, 2002, 294 ss ; GUYAZ, *Discrimination raciale*, spéc. 251 ss ; NIGGLI, *Rassendiskriminierung*.

<sup>41</sup> ATF 123 IV 202, 206, P. ; 127 IV 203, 208, Gaston-Armand Armaudruz ; Message Discrimination raciale, 304 ; CORBOZ (note 40), 298 ; NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, n° 112 ss ; TRECHSEL Stefan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 1997, n° 6 ad. art. 261<sup>bis</sup>. La disposition se trouve dans le titre douzième du Code, qui vise les infractions contre la paix publique. Pour NIGGLI, *op. cit.*, toutefois, le bien juridique visé est uniquement le respect général de la dignité humaine et des droits de l'homme.

nation raciale : la disposition a été adoptée au moment où notre pays a ratifié cette Convention<sup>42</sup>. En effet, la Convention impose aux Etats parties d'adopter une série de mesures législatives, entre autres des mesures pénales (art. 4, lit. a) et des mesures assurant le plein accès de tous aux lieux et services destinés à l'usage du public et aux activités culturelles (art. 5, lit. e et f).

Sur l'art. 261<sup>bis</sup> CPS, voir également *supra*, n° 375 s.

420. *De lege ferenda : une norme anti-discriminatoire générale ?* – L'absence de norme incriminant les formes plus subtiles de discrimination à l'égard d'autres minorités protégées par l'art. 8 al. 2 Cst. incite à se demander si le droit pénal suisse ne devrait pas être complété par une norme anti-discriminatoire générale. À l'instar de l'art. 261<sup>bis</sup>, une telle norme pourrait punir les agitations publiques, les prises de position dépréciatives et même les refus de contracter à l'égard des personnes protégées par l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>43</sup>. On étendrait ainsi le champ d'application de l'actuel art. 261<sup>bis</sup> CPS, en le faisant correspondre à celui de l'art. 8 al. 2.

Plusieurs pays européens, dont l'Allemagne, la France, les Pays-bas et les pays scandinaves, connaissent des normes pénales anti-discriminatoires protégeant non seulement contre les discriminations raciales, mais également contre d'autres discriminations, notamment du fait du sexe, de la situation de famille et de l'orientation sexuelle<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Message Discrimination raciale, 296 ss. Voir, à ce sujet, *supra*, n° 72 ss. L'adjonction de l'art. 261<sup>bis</sup> au CPS a permis d'ailleurs à la Suisse de retirer la réserve qu'elle avait émise par rapport à l'art. 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : RO 1993 I 747, 797 ; Message Discrimination raciale, 296.

<sup>43</sup> Sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'art. 261<sup>bis</sup> CPS pourrait s'appliquer aux discriminations à l'égard d'autres minorités, voir NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, n° 485 ss. Selon cet auteur, la discrimination des homosexuels pourrait, dans certaines circonstances, tomber sous le coup de l'art. 261<sup>bis</sup> CPS : NIGGLI, *op. cit.*, n° 522 ss, spéc. 538.

<sup>44</sup> Cf. NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, n° 526.

A part la norme générale du § 130 du Code pénal allemand (incitation à la haine contre des parties de la population), la plupart des Codes pénaux qui ne se limitent pas à la protection contre la discrimination raciale contiennent une liste de qualités personnelles : voir le § 266b du Code pénal danois (race, couleur de la peau, origine, religion et orientation sexuelle), le chap. 9 § 11 du Code pénal finlandais (race, nationalité, couleur de la peau, langue, sexe, âge, liens familiaux, orientation sexuelle, religion, activités politiques, professionnelles ou syndicales), l'art. 225 du Code pénal français (origine, sexe, situation de famille, état de santé, handicap, mœurs, opinion politiques, activités syndicales, appartenance à une ethnique, nation, race ou religion), les art. 137c ss du Code pénal néerlandais

Toutefois, on peut demander si les formes « subtiles » de discrimination doivent effectivement être incriminées par le droit pénal. Il est clair que l'Etat doit intervenir lorsque des biens juridiques comme l'intégrité physique, la liberté ou l'honneur sont touchés. En revanche, tous les comportements dépréciatifs ne doivent pas nécessairement être incriminés par des normes pénales. Les prises de position publiques contre des groupes minoritaires ou les attitudes méprisantes, aussi intolérables soient-elles, doivent faire l'objet d'un débat politique et social et non pas de jugements pénaux. Pour ce qui concerne la discrimination raciale, en revanche, l'histoire a montré le danger particulier que constituent les conflits raciaux pour la paix publique et la démocratie, raison pour laquelle une norme particulière, incriminant cette forme de discrimination, est justifiée.

### Section 3

## Les efforts pour éliminer les discriminations de fait

421. *Des exemples.* – Les discriminations de fait revêtent des formes extrêmement multiples. En conséquence, un large éventail de mesures positives est à disposition du législateur (voir *supra*, n° 400 ss). L'élimination des discriminations étant une tâche de l'ensemble de la législation et des activités étatiques (cf. art. 35 al. 1 Cst.), des mesures favorisant l'égalité dans les faits peuvent se trouver dans maints domaines de la législation. Il est dès lors parfois difficile de distinguer entre les mesures qui sont uniquement prises en vue d'éliminer des discriminations de fait (« mesures positives » au sens étroit, en quelque sorte) et les mesures qui, dans le cadre d'autres tâches de l'Etat ou visant principalement un autre but, contribuent entre autres à l'égalité dans les faits et à la lutte contre les discriminations.

---

(race, religion, conviction, sexe, orientation homo- ou hétérosexuelle), le § 135a du Code pénal norvégien (religion, race, couleur de la peau, origine nationale ou ethnique, orientation homosexuelle), ainsi que le chap. 16 § 9 du Code pénal suédois (race, couleur de la peau, origine nationale ou ethnique, religion, orientation homosexuelle). Des traductions de ces dispositions se trouvent notamment chez NIGGLI, *op. cit.*, 371, et M. BERTSCHI, *Rechtsordnung*, annexe.

Dresser une liste exhaustive de mesures positives, destinées à pourvoir à l'égalité des chances et à l'élimination des discriminations de fait en droit suisse dépasserait le cadre de cette étude. Ainsi, cette section se limitera à une brève présentation de quelques exemples typiques de mesures positives qui contribuent à la réalisation des objectifs de l'art. 8 al. 2 Cst. Ces exemples seront présentés dans l'ordre de l'énumération des critères « suspects » dans la Constitution.

422. *L'origine (I) : les mesures d'intégration.* – On ne saurait garantir l'égalité des chances de toutes les personnes résidant dans notre pays sans assurer l'intégration des ressortissants étrangers et des personnes de provenance culturelle ou raciale différente. Éviter l'exclusion dans la vie quotidienne signifie contribuer à l'égalité, à l'intégration et à une cohabitation pacifique dans le pays. Ainsi, selon le Conseil fédéral, la promotion de l'intégration constitue une « tâche de dimension politique nationale »<sup>45</sup>.

À l'instar des efforts entrepris par nombre de communes et de cantons<sup>46</sup>, la Confédération a adopté quelques dispositions légales permettant une politique active de l'intégration des étrangers. Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1999, la Confédération peut notamment accorder des subventions à des projets de promotion de l'intégration sociale des étrangers, dans la mesure où un canton, une commune ou des tiers participent de manière adéquate aux frais du projet (art. 25a al. 1 LSEE). Plus récemment, dans son projet de loi fédérale sur les étrangers (LEtr), le Conseil fédéral propose des dispositions réglant les principes de la politique de l'intégration, ainsi que des mesures d'encouragement dans ce domaine (art. 51 – 57)<sup>47</sup>. Selon le Conseil fédéral, « l'intégration constitue une tâche globale et commune qui doit permettre aux étrangers séjournant légalement et durablement dans notre pays de jouir de l'égalité des chances dans les domaines éco-

<sup>45</sup> Message concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 4 décembre 1995, FF 1996 II 1, 33.

<sup>46</sup> Message précité (note 45), 35. Pour un exemple, voir la loi neuchâteloise sur l'intégration des étrangers, du 26 août 1996 (RSN 132.04), et son règlement d'exécution, du 5 février 1997 (RSN 132.041), qui instaurent une communauté de travail pour les étrangers et un(e) délégué(e) aux étrangers, ayant pour tâche notamment de promouvoir l'intégration, d'assurer l'information entre Suisses et ressortissants étrangers et de soutenir les associations d'étrangers dans le canton.

<sup>47</sup> Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers, du 8 mars 2002, FF 2002 3469, 3552 ss et 3616 ss.

nomiques, sociaux et culturels »<sup>48</sup>. Le projet prévoit en particulier des contributions financières aux mesures d'intégration (art. 54) et l'information appropriée des étrangers concernant les conditions de vie et de travail, leurs droits et obligations et les offres d'encouragement de l'intégration (art. 56).

423. *L'origine (II) : la Commission fédérale des étrangers.* – En 1970 déjà, le Conseil fédéral a créé une Commission consultative pour les questions liées aux étrangers (Commission fédérale des étrangers, CFE)<sup>49</sup>. Aujourd'hui, cette commission est ancrée à l'art. 25 al. 1, lit. i, LSEE. Les tâches et la structure de la Commission fédérale des étrangers ont été fixées dans l'Ordonnance sur l'intégration des étrangers (OIE)<sup>50</sup> : en vertu de l'art. 4 al. 1 de cette ordonnance, la Commission traite des questions d'ordre social, économique, culturel, politique, démographique et juridique soulevées par la présence des étrangers en Suisse, « en vue de faciliter la coexistence entre populations suisse et étrangère ». Elle informe les étrangers sur les conditions de vie et de travail en Suisse, mais elle a également pour tâche de sensibiliser la population suisse sur la situation particulière des étrangers<sup>51</sup>. La CFE encourage les offres spécifiques de formation, elle peut intervenir en tant que médiatrice et émettre des avis et des recommandations. Aussi la Commission est-elle compétente pour tout ce qui touche l'intégration des étrangers<sup>52</sup>.
424. *La race (I) : les mesures contre le racisme.* – Dans le domaine de la prévention et de la lutte contre le racisme, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>53</sup> oblige les Etats contractants à prendre des mesures efficaces « pour lutter contre les préjugés conduisant à la discrimination raciale et favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre nations et groupes raciaux ou ethn-

---

<sup>48</sup> Message précité (note 47), 3515.

<sup>49</sup> Message précité (note 45), 34.

<sup>50</sup> Du 13 septembre 2000 (RS 142.205). La moitié des 28 membres de la Commission doivent être des étrangers (art. 13 al. 1 OIE). Le secrétariat de la CFE est rattaché à l'Office fédéral des étrangers.

<sup>51</sup> Pour un exemple d'un manuel que la Commission a co-édité avec la Fédération suisse des bourgeoisies et corporations, l'Association des Communes Suisses et l'Union des villes suisses : *Les étrangers dans la commune*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1989.

<sup>52</sup> Pour un bref aperçu des activités de la CFE, voir le message précité (note 45), 34 s., ainsi que le site internet de la Commission : [www.eka-cfe.ch](http://www.eka-cfe.ch).

<sup>53</sup> RS 0.104. Voir *supra*, n° 72 ss.

ques » (art. 7). Dans son message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention, le Conseil fédéral dresse le tableau des mesures positives qui sont prises par la Confédération et les cantons pour lutter contre le racisme, notamment dans le domaine de l'instruction, de la culture et dans le cadre de la politique de la jeunesse<sup>54</sup>. Le Gouvernement annonce, dans ce message, une intensification des efforts, et notamment la création d'une Commission fédérale contre le racisme (voir *infra*, n° 425)<sup>55</sup>. Depuis 2001, une ordonnance du Conseil fédéral, adoptée notamment sur la base de l'art. 7 de la Convention, prévoit en outre la possibilité d'accorder des subsides fédéraux à des projets « visant à sensibiliser l'opinion publique aux droits de l'homme ou à prévenir l'antisémitisme, le racisme et la xénophobie »<sup>56</sup>. Les subsides sont octroyés par le Département fédéral de l'intérieur, notamment dans le domaine de l'école, de la formation, de la prévention ou du conseil aux victimes.

425. *La race (II) : la Commission fédérale contre le racisme.* – La Commission fédérale contre le racisme (CFR) a été mise sur pied le 23 août 1995<sup>57</sup>. Composée de 19 membres, elle dispose d'un secrétariat rattaché au secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur<sup>58</sup>. La Commission s'occupe de discrimination raciale, s'emploie à promouvoir une meilleure entente entre les personnes de races différentes et à contribuer à prévenir le racisme. Elle lance des campagnes d'information, prend position dans des procédures de consultation et par des communiqués de presse et publie des rapports<sup>59</sup>. Le président et le secrétariat de la CFR

<sup>54</sup> Message Discrimination raciale, 311 ss.

<sup>55</sup> Message Discrimination raciale, 316.

<sup>56</sup> Art. 1 de l'Ordonnance sur l'aide aux projets de sensibilisation et de prévention en faveur des droits de l'homme et de la lutte contre l'antisémitisme, le racisme et la xénophobie, du 27 juin 2001 (Ordonnance sur les projets en faveur des droits de l'homme et de la lutte contre le racisme ; RS 151.21).

<sup>57</sup> Décision du Conseil fédéral, du 23 août 1995. Dans un communiqué de presse, du 6 mars 1995, le Département fédéral de l'intérieur annonçait préalablement l'abandon de l'idée de réunir la Commission fédérale des étrangers et la Commission fédérale pour les questions des réfugiés avec celle contre le racisme, estimant que des commissions indépendantes seraient « mieux à même d'assumer de façon optimale les tâches multiples et très spécifiques relevant de ces trois domaines ».

<sup>58</sup> Art. 3 al. 2, lit. c, de l'Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur, du 28 juin 2000 (Org DFI ; RS 172.212.1).

<sup>59</sup> Pour des exemples : COMMISSION FEDERALE CONTRE LE RACISME, *L'antisémitisme en Suisse. Rapport sur les manifestations historiques et actuelles avec recommandations*

peuvent, de surcroît, conseiller les personnes qui s'estiment victimes de discriminations ou intervenir, en cas de conflit, en tant que médiateurs<sup>60</sup>. La Commission fédérale contre le racisme est ainsi un moyen important dans la prise de conscience et la prévention de la discrimination raciale en Suisse<sup>61</sup>.

426. *Le sexe (I) : les mesures visant le monde du travail.* – Même plus de vingt ans après l'adoption de l'article constitutionnel consacrant l'égalité entre femmes et hommes (art. 4 al. 2 aCst., aujourd'hui art. 8 al. 3 Cst.), qui donne explicitement aux législateurs fédéral et cantonaux le mandat<sup>62</sup> de pourvoir à l'égalité de droit et de fait, « en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail » (cf. *supra*, n° 14 et 18), l'égalité matérielle entre les sexes est encore loin d'être réalisée dans la société. Notamment dans le monde du travail, domaine particulièrement sensible à des discriminations structurelles, les femmes subissent encore des désavantages considérables<sup>63</sup>. Aussi l'Assemblée fédérale a-t-elle adopté, en 1995, la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)<sup>64</sup>, qui contient notamment des dispositions contre les discriminations dans les rapports de travail (art. 2 à 15, voir *supra*, n° 412). Cette loi prévoit de surcroît que la Confédération peut allouer des aides financières à des organisations qui mettent sur pied des programmes visant à favoriser la réalisation de l'égalité dans le monde du travail, ainsi qu'aux services de consultation destinés à conseiller les femmes dans la vie professionnelle et à assister les personnes qui ont interrompu leur activité lucrative pour se consacrer aux tâches familiales (art. 14 et 15 LEg)<sup>65</sup>.

Dans un domaine précis, la Confédération a adopté, récemment, des mesures particulières pour encourager l'égalité des chances entre femmes et hommes : dans le cadre du programme d'encouragement de la formation,

---

*d'action*, Berne, 1998 ; COMMISSION FEDERALE CONTRE LE RACISME, *Des classes séparées ?*.

<sup>60</sup> Sur les tâches de la CFR, voir le mandat du Conseil fédéral, du 3 août 1995.

<sup>61</sup> Sur les activités de cette commission, voir son site internet : [www.ekr-cfr.ch](http://www.ekr-cfr.ch).

<sup>62</sup> Ce mandat ne contient, en lui-même, pas d'attribution de compétence à la Confédération : Message LEg, 1236 ; GRISEL, *Egalité*, n° 214.

<sup>63</sup> Message LEg, 1166 ss ; sur l'inégalité des salaires, voir également *supra*, n° 305.

<sup>64</sup> Du 24 mars 1995 (RS 151).

<sup>65</sup> Voir à ce sujet l'ordonnance relative aux aides financières prévues par la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 22 mai 1996 (OEG ; RS 151.51), commentée dans BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN, *Commentaire*, 319 ss.

de la recherche et de la technologie 2000 à 2003, le Conseil fédéral a adopté une série de mesures d'encouragement des femmes dans le domaine universitaire<sup>66</sup>. En effet, si « [l]es disparités entre femmes et hommes dans le domaine de l'éducation générale se sont sensiblement estompées au cours des dernières décennies, (...) une forte disparité au détriment des femmes persiste à tous les échelons » dans les universités : les femmes représentent 43 % des étudiants, mais elles ne représentent que 19 % du corps intermédiaire supérieur, et elles ne sont que 5,7 % dans le corps professoral<sup>67</sup>. Aussi, une enveloppe de 16 millions de francs a été affectée à encourager les universités, par un système de bonus, à engager des femmes comme professeurs, à des programmes destinés à soutenir les diplômantes et les doctorantes par un système de *mentoring* et à l'exploitation de crèches au sein des universités<sup>68</sup>. Ces mesures visent à doubler la proportion de femmes dans le corps professoral jusqu'en 2006<sup>69</sup>.

427. *Le sexe (II) : les bureaux de l'égalité et la Commission fédérale pour les questions féminines*. – La Confédération a créé, à l'instar de la majorité des cantons et d'un certain nombre de grandes communes<sup>70</sup>, un organisme spécifique au sein de l'administration, qui est chargé d'encourager la réalisation de l'égalité entre les sexes. Il s'agit du Bureau fédéral de

<sup>66</sup> Message relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de la technologie pendant les années 2000 à 2003, du 25 novembre 1998, FF 1999 271, 304.

<sup>67</sup> Message précité (note 66), 304.

<sup>68</sup> Message précité (note 66), 304 s.

<sup>69</sup> Message précité (note 66), 304. Ces mesures ont été critiquées par la Faculté de droit de l'Université de Genève : *Anreize zur Förderung der Gleichstellung an den Universitäten. Professorinnen-Prämien und weniger kontroverse Massnahmen*, NZZ, 23 octobre 2002, 77, et par AUER, *Digressions*, 186, spéc. note 6, pour qui l'allocation de primes aux universités qui nomment des femmes professeurs est « un retour indécent à une conception qui traite les femmes comme une marchandise et qui fait intervenir dans la procédure de nomination des professeurs un élément étranger, à savoir l'argument financier, qui risque de fausser le débat et qui pourrait même constituer une source de discrimination ».

<sup>70</sup> 16 cantons (Argovie, Appenzell Rhodes-Extérieures, Berne, Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Fribourg, Genève, les Grisons, le Jura, Lucerne, Neuchâtel, St. Gall, le Tessin, le Valais, Vaud et Zurich) et quatre villes (Berne, Lausanne, Zurich et Winterthur) ont également créé un bureau de l'égalité. Pour un exemple des bases juridiques d'un bureau cantonal de l'égalité, voir l'art. 28 de la loi bernoise portant introduction de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 16 novembre 1998 (LiLEg ; RSB 152.072), et les art. 15 ss de l'ordonnance sur l'organisation et les tâches de la Chancellerie d'Etat, du 18 octobre 1995 (Ordonnance d'organisation CHA, OO CHA ; RSB 152.211).

l'égalité entre femmes et hommes, créé en 1988, et ancré aujourd'hui à l'art. 16 de la loi sur l'égalité<sup>71</sup>. Ce bureau a pour tâche d'encourager la réalisation de l'égalité entre les sexes dans tous les domaines et à s'employer à éliminer toute forme de discrimination directe ou indirecte (art. 16 LEg). Il contribue, notamment par un travail d'information du public, de conseils, d'études et de recommandations, à l'amélioration de la situation de fait des femmes dans la société<sup>72</sup>.

En 1976 déjà, le Conseil fédéral avait institué une Commission fédérale pour les questions féminines. Cette commission était longtemps la seule instance de politique institutionnelle en matière d'égalité au niveau national. Elle a pour but de participer à la construction de – et à accompagner – la politique suisse en matière d'égalité, notamment en conseillant le Conseil fédéral et les départements, en éditant des publications<sup>73</sup>, en organisant des colloques et en procédant à l'analyse de questions de fond touchant la politique de l'égalité entre femmes et hommes<sup>74</sup>.

428. *Le sexe (III) : les quotas.* – Une des mesures positives contraignantes les plus discutées est celle des quotas de représentation, notamment ceux visant la représentation équitable des femmes dans les autorités. Cette mesure permet de garantir un certain résultat, c'est-à-dire une représentation minimale des deux sexes. Confédération et cantons ne connaissent cependant pas cet instrument pour leurs autorités. La question des quotas a été largement abordée par la doctrine juridique et elle a donné lieu à deux arrêts du Tribunal fédéral. En droit constitutionnel suisse, le problème de la compatibilité des quotas aux droits fondamentaux ne doit cependant pas être examiné sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., mais sous l'angle de l'art. 8

---

<sup>71</sup> Le bureau existait déjà avant l'entrée en vigueur de la LEg, sur la base d'une ordonnance du Conseil fédéral, voir : SCHULZ Patricia, n° 1 *ad. art. 16*, in : BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN, *Commentaire*.

<sup>72</sup> Pour une présentation succincte du travail du bureau fédéral de l'égalité, voir : SCHULZ (note 71), n° 30 ss, ainsi que le site internet du bureau de l'égalité : [www.equality-office.ch](http://www.equality-office.ch).

<sup>73</sup> Voir, par exemple, les rapports *Prenez place, Madame. La représentation politique des femmes en Suisse*, Berne, 1990, et *Des acquis – mais peu de changements ? La situation des femmes en Suisse*, Berne, 1995. La commission édite, en outre, depuis 1978, la revue « Questions au féminin ».

Voir aussi le site internet de la commission : [www.frauenkommission.ch](http://www.frauenkommission.ch).

<sup>74</sup> Sur l'activité de cette commission, voir, par exemple : VIOLI Enrico, KELLER Elisabeth, *Les 25 ans de la Commission fédérale pour les questions féminines*, Questions au féminin 1/2001, 1 – 4.

al. 3, qui constitue une disposition spéciale applicable aux distinctions du fait du sexe (sur cette norme, voir *supra*, n° 299), raison pour laquelle cette question n'est pas approfondie dans cette étude<sup>75</sup>.

Il convient cependant de rappeler que l'art. 8 al. 2, quant à lui, ne s'opposerait pas aux quotas pour autant qu'ils n'aient pas de caractère dépréciatif à l'égard des personnes qui n'en bénéficient pas. Les quotas n'auront généralement pas de caractère dépréciatif s'ils constituent une mesure nécessaire pour assurer une représentation équitable des différents groupes sociaux au sein des autorités.

Sur les quotas assurant la représentation des communautés linguistiques au sein de l'administration fédérale, voir *supra*, n° 331 ; sur l'obligation d'embaucher des personnes handicapées, voir *infra*, n° 435.

429. *La langue : le soutien aux langues minoritaires.* – La Constitution fédérale donne à la Confédération la compétence de soutenir « les mesures prises par les cantons des Grisons et du Tessin pour sauvegarder et promouvoir le romanche et l'italien » (art. 70 al. 5 Cst.). Le législateur fédéral a usé de cette compétence en adoptant, en 1995, la loi fédérale sur les aides financières pour la sauvegarde et la promotion des langues et des cultures romanche et italienne<sup>76</sup>. Sur la base de cette loi et de son ordonnance d'exécution<sup>77</sup>, la Confédération soutient les mesures générales de sauvegarde, ainsi que les organisations et institutions de sauvegarde et de promotion desdites langues, lorsque les cantons des Grisons ou du Tessin accordent, eux, une aide financière à un projet. La Confédération peut, de surcroît, soutenir l'édition et la presse romanche. L'art. 2 de l'Ordonnance prévoit notamment un soutien aux organisations *Lia Rumantscha* et *Pro Grigioni Italiano* (art. 2). Deux langues minoritaires, exposées à des difficultés existentielles dans leurs régions, sont ainsi soutenues pour pouvoir faire face à une pression considérable de la langue allemande.
430. *La situation sociale : le droit social (rappel).* – Pour ce qui concerne les discriminations sur la base de la situation sociale d'une personne, on peut dire que l'ensemble du droit social vise à établir une égalité matérielle

<sup>75</sup> Pour des références à la doctrine et à la jurisprudence, voir *supra*, n° 219.

<sup>76</sup> Du 6 octobre 1995 (RS 441.3).

<sup>77</sup> Ordonnance sur les aides financières pour la sauvegarde et la promotion des langues et des cultures romanche et italienne, du 26 juin 1996 (RS 441.31).

minimale et à assurer une certaine égalité des chances. Aussi le droit social fait-il partie des efforts qui visent à éliminer les discriminations de fait. Voir, sur cette question, *supra*, n° 343 s.

431. *Le mode de vie (I) : la loi fédérale sur le partenariat enregistré (renvoi).* – Fin 2002, le Conseil fédéral a soumis à l'Assemblée fédérale un projet de loi fédérale sur le partenariat enregistré, qui permettra aux couples de même sexe d'accéder à une protection juridique de leur union à peu près équivalente à celle du mariage. Voir *supra*, n° 356.
432. *Le mode de vie (II) : la fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses ».* – Lors des discussions politiques sur les difficultés que rencontrent dans la vie quotidienne les gens du voyage dans notre pays<sup>78</sup> et suite à la révélation du scandale de l'œuvre d'entraide des « Enfants de la Grand-route », il est apparu qu'un des problèmes majeurs des nomades en Suisse est l'absence de coordination et d'échange d'informations entre les différents organismes concernés<sup>79</sup>. En effet, aucune institution, ni privée ni publique, n'avait les moyens d'aborder les problèmes des gens du voyage et de coordonner les efforts, fournis à plusieurs niveaux, pour réduire leurs difficultés.

Suite à une initiative parlementaire de la commission de la sécurité sociale du Conseil national, l'Assemblée fédérale a créé, en 1994, la fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses »<sup>80</sup>. Le but de cette fondation, soutenue financièrement par la Confédération<sup>81</sup>, est d'assurer et d'améliorer les conditions de vie et de préserver l'identité culturelle de la population nomade. La fondation a pour tâches d'encourager la collaboration intercantonale et intercommunale touchant la population nomade de Suisse, notamment dans les domaines de l'exercice de l'activité lucrative, de la création des places de stationnement et de la scolarité<sup>82</sup>. La

---

<sup>78</sup> Voir *supra*, n° 361 ss.

<sup>79</sup> Rapport de la commission de la sécurité sociale concernant l'initiative parlementaire Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses », du 28 août 1991, FF 1991 IV 449, 452 ; avis du Conseil fédéral y relatif, du 16 septembre 1991, FF 1991 IV 460.

<sup>80</sup> Loi fédérale concernant la fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses », du 7 octobre 1994, RS 449.1.

<sup>81</sup> Art. 3 al. 1 de la loi précitée.

<sup>82</sup> Art. 2 de l'Acte de fondation, FF 1991 IV 457. L'acte a été modifié par l'Assemblée fédérale et ne prévoit plus que la fondation elle-même peut mettre à disposition et gérer des places de stationnement, comme il avait été initialement prévu : BO 1993 N 1 1059 ss,

fondation a commencé son activité en 1997 ; son travail a été jugé indispensable par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale<sup>83</sup>.

433. *Le mode de vie (III) : la loi fédérale sur le commerce itinérant (renvoi).* – Un des problèmes majeurs des gens du voyage résidait dans l'existence de 26 réglementations cantonales différentes sur la police du commerce. En 2001, l'Assemblée fédérale a adopté une loi fédérale sur le commerce itinérant qui remplace le droit cantonal dans ce domaine et facilite ainsi considérablement le mode de vie des nomades. Sur cette loi, voir *supra*, n° 363.
434. *Les déficiences (I) : la loi sur l'égalité pour les handicapés.* – Sur la base de l'art. 8 al. 4 Cst. (voir *supra*, n° 385), le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale l'adoption d'une loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand)<sup>84</sup>. Cette loi a été adoptée par le Parlement le 13 décembre 2002<sup>85</sup>. Par des règles contraignantes et par des mesures d'encouragement, elle vise à promouvoir l'égalité dans les faits des personnes handicapées.

La loi définit le handicap comme « un désavantage corporel, mental ou psychique » qui constitue un obstacle aux activités de la vie quotidienne (art. 2 al. 1). Elle vise en première ligne à éliminer les obstacles techniques que rencontrent les handicapés dans les constructions et dans les aménagements des transports publics, à garantir un accès non discriminatoire à toutes les prestations offertes en public et à promouvoir un enseignement de base adapté aux besoins spécifiques des handicapés. La loi prescrit que soient adaptés aux besoins des personnes handicapées toutes les constructions et installations accessibles au public, les habitations collectives de plus de huit logements et les bâtiments de plus de 50 places de

---

1994 E 864 ss et 1994 N II 1676 s. Voir également : HOFMANN Christine, *Die Bundesverwaltung und die Fahrenden : die Stiftung « Zukunft für Schweizer Fahrende »*, Tangram. Bulletin de la Commission fédérale contre le racisme, 3/1997, 14 – 16, 15.

<sup>83</sup> L'Assemblée fédérale a prolongé le soutien financier en 2001 : arrêté fédéral concernant l'octroi d'un crédit-cadre à la fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » pour les années 2002 à 2006, du 20 septembre 2001 : FF 2001 5505 ; sur les activités de la fondation et leur appréciation par le Conseil fédéral, voir le message du Conseil fédéral relatif à ce crédit-cadre, du 14 février 2001, FF 2001 1490, 1495.

<sup>84</sup> Message Handicapés, 1734 ss.

<sup>85</sup> FF 2002 7640.

travail qui seront construits ou rénovés après l'entrée en vigueur de la loi (art. 3, lit. a, c et d). Pour les équipements et les véhicules des transports publics, la loi ne se limite pas à prescrire l'accessibilité des objets nouveaux et rénovés, mais également l'adaptation des aménagements existants (art 3, lit. b)<sup>86</sup>. Pour répondre à cette obligation, elle accorde aux entreprises concernées un délai de vingt ans (art. 22 ; dix ans pour les systèmes de communication et d'émission de billets) ; la Confédération contribuera, durant cette période, au financement des mesures nécessaires jusqu'à concurrence d'un montant de 300 millions de francs<sup>87</sup>. La loi interdit également les inégalités dans l'accès aux prestations offertes au public par des personnes privées, des collectivités publiques ou des entreprises concessionnaires (art. 3, lit. e, et 2 al. 4).

L'art. 6 de la loi interdit en outre tout traitement discriminatoire des handicapés par des personnes privées qui fournissent des prestations au public. Voir, à ce sujet, *supra*, n° 416.

Pour ce qui est du domaine de l'enseignement, la loi oblige les cantons à veiller à ce que les jeunes handicapés bénéficient d'un enseignement de base adapté à leurs besoins spécifiques, notamment en leur permettant d'apprendre, le cas échéant, une technique de communication adaptée à leurs difficultés (art. 20).

Enfin, la loi permet à la Confédération de mettre sur pied une série de mesures en faveur de l'intégration des personnes handicapées, notamment dans les domaines de la formation, de l'activité professionnelle, du logement, du transport, de la culture et du sport (art. 14, 16 et 17), ainsi que des campagnes d'information et de sensibilisation aux besoins des personnes handicapées (art. 18). Les Chambres ont, de surcroît, prévu la création d'un bureau de l'égalité des personnes handicapées, qui, à l'instar du bureau de l'égalité entre femmes et hommes, coordonnera ces efforts (art. 19)<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> En vertu de l'art. 51 al. 2, lit. e, de la loi fédérale sur les chemins de fer, du 20 décembre 1957 (LCdF, RS 742.101), la Confédération, les cantons et les entreprises de transports doivent, à l'heure actuelle déjà, tenir compte des besoins des handicapés dans la détermination de l'offre des prestations.

<sup>87</sup> Art. 23 LHand et arrêté fédéral relatif au financement des mesures prises dans le domaine des transports publics en faveur des personnes handicapées : Message Handicapés, 1743.

<sup>88</sup> Art. 13a, ajouté par les Chambres.

Les personnes qui subissent une inégalité dans l'accès à une construction ou une installation, publique ou privée, pourront demander à l'autorité compétente que le propriétaire ou le prestataire élimine l'inégalité ; le même droit existe pour les personnes qui subissent une inégalité dans l'accès à une prestation fournie par une collectivité publique ou une entreprise concessionnaire (art. 7 s.). L'élimination ne sera toutefois pas ordonnée si elle se révèle disproportionnée (art. 11). Pour les inégalités dans l'accès à une prestation offerte par un particulier ou pour les traitements discriminatoires émanant de particuliers, la personne touchée peut demander au tribunal le versement d'une indemnité (art. 8 al. 3). Sous certaines conditions, les organisations d'aide aux personnes handicapées pourront également agir, notamment lorsqu'une inégalité touche un nombre important de personnes (art. 9).

La loi constitue un contre-projet indirect à l'initiative populaire « droits égaux pour les personnes handicapées ». Cette initiative propose la modification de l'art. 8 al. 4 Cst., de sorte que celui-ci ne se limiterait plus à un mandat législatif, mais garantirait, à l'exemple de l'art. 8 al. 3, troisième phrase, Cst., un droit subjectif, directement applicable tant dans les rapports avec l'Etat que dans ceux entre les particuliers. Ce droit garantirait aux personnes handicapées « l'accès aux constructions et aux installations ou le recours à des équipements et à des prestations destinés au public »<sup>89</sup>.

La LHand contient des prescriptions qui touchent le droit des constructions et l'enseignement de base. Ces domaines relèvent en principe de la compétence des cantons, ce qui incitait d'aucuns à se demander si cette loi est conforme à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Voir, sur cette question, *supra*, n° 404 ss.

435. *Les déficiences (II) : une obligation d'embaucher des personnes handicapées ?* – Comme nous l'avons vu à plusieurs reprises, le monde du travail est un domaine particulièrement sensible au risque de discriminations. Ainsi, les personnes handicapées se voient souvent exclues du marché du travail et ne peuvent dès lors pas se faire reconnaître dans une activité professionnelle<sup>90</sup>. C'est pourquoi plusieurs Etats européens ont adopté des normes visant à garantir l'intégration des handicapés sur le marché du

<sup>89</sup> Message Handicapés, 1646 ss, spéc. 1653. L'initiative sera soumise au peuple et aux cantons le 18 mai 2003.

<sup>90</sup> Cf. KLEIN, *Handicapés*, 46 ; Message Handicapés, 1684.

travail, en obligeant les entreprises ayant un certain nombre de salariés (en général à partir de 15 ou 25 travailleurs) à embaucher des personnes handicapées, à raison d'un quota fixe ou échelonné selon la taille de l'entreprise ; les Etats-Unis et le Canada, quant à eux, ont adopté des règles générales contre la discrimination des handicapés dans le monde du travail<sup>91</sup>.

La législation suisse ne connaît pas une telle obligation d'embaucher des personnes handicapées et elle ne contient pas non plus de clause anti-discriminatoire en droit du travail (cf. *supra*, n° 410 ss). La loi sur l'égalité pour les personnes handicapées (*supra*, n° 434) ne prévoit pas non plus de disposition de ce type. Elle permet toutefois à la Confédération de mettre sur pied des programmes destinés à améliorer l'intégration des personnes handicapées dans l'activité professionnelle (art. 12 LHand). De surcroît, elle oblige la Confédération, en sa qualité d'employeur, à utiliser « tous les moyens dont elle dispose pour assurer des chances égales aux personnes handicapées », notamment lors de l'engagement de son personnel (art. 9).

Le Conseil fédéral a cependant annoncé l'examen de mesures législatives complémentaires pour réaliser le mandat de l'art. 8 al. 4 Cst. dans le domaine de l'emploi et du travail<sup>92</sup>.

En le faisant, notre pays se conformerait aux engagements qu'il a pris lors de la ratification de la Convention n° 159 de l'Organisation internationale du travail, concernant la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées<sup>93</sup>. En effet, cette Convention exige des Etats signataires de formuler, mettre en œuvre et revoir périodiquement une politique nationale concernant la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, notamment dans le dessein de promouvoir les possibilités d'emploi sur le marché du travail (art. 2 et 3).

---

<sup>91</sup> Voir la présentation des différentes lois dans le Message Handicapés, 1628 ss. En Europe, il s'agit notamment de l'Allemagne, de l'Autriche, de l'Espagne, de la France, de la Grande-Bretagne et de l'Italie. Sur les lois allemande (*Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft*, du 24 avril 1974 [*Schwerbehindertengesetz* ; *Bundesgesetzblatt I* 1974 1006]) et américaine (*American with Disabilities Act of 1990* [ADA ; partiellement reproduit dans : MURER, *Eingliederung*, 153 ss]), voir : REINHARD Hans-Jürgen, *Ausländische Anreiz- und Zwangsmodelle zur vermehrten Einstellung von Behinderten, insbesondere in Deutschland und in den USA*, in : MURER, *op. cit.*, 72 – 105, 72 ss et 97 ss ; ainsi que KLEIN, *Handicapés*, 177 ss et 189 ss.

<sup>92</sup> Message Handicapés, 1684 s.

<sup>93</sup> Du 20 juin 1983, RS 0.822.725.9.

## CONCLUSIONS

---

## CONCLUSIONS

436. L'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 stipule que « [n]ul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique ». Cette norme constitue une innovation de la nouvelle Constitution : aucune disposition de la Constitution fédérale de 1874 ne contenait explicitement une telle règle.
437. À la différence de ce qui vaut pour le principe d'égalité – défini par la maxime aristotélicienne de traiter des situations semblables de manière semblable et les situations différentes de manière différente –, la notion de « discrimination » n'a pas encore reçu une définition bien établie en droit suisse. Toutefois, dans la doctrine et la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la discrimination est généralement comprise comme un traitement inégal qualifié, ayant un caractère dépréciatif ou d'exclusion et se rattachant à un critère qui porte sur un élément essentiel de l'identité de l'individu. De telles distinctions doivent faire l'objet d'une justification particulièrement sérieuse. L'idée que le concept de « discrimination » vise les distinctions qui reposent sur un critère « suspect » et qui doivent en conséquence être soumises à un examen particulièrement strict, se dégage également d'une analyse du droit international et des droits allemand, français et américain.
438. Sur la base de ces inspirations et suite à une interprétation selon les méthodes ordinaires, cette étude propose de définir la « discrimination » au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. comme *une distinction ou une assimilation qui a pour but ou pour effet de déprécier une personne, c'est-à-dire de la dénigrer, de l'abaisser dans sa valeur en tant qu'être humain ou de l'exclure en tant que membre à part entière de la société*. Les distinctions (ou assimilations) dépréciatives, donc discriminatoires, constituent une atteinte à la dignité humaine et elles ne sont en aucun cas admissibles : l'Etat doit,

dans tous les cas, poursuivre ses objectifs par des moyens respectueux de la dignité des êtres humains.

439. Pour être conforme à l'art. 8 al. 2 Cst., il ne suffit donc pas qu'un acte étatique soit fondé sur une justification raisonnable ou qu'il soit proportionné à un intérêt public prépondérant. Encore faut-il qu'il soit dépourvu de tout caractère dépréciatif. Ainsi, l'interdiction de la discrimination pose des limites autant aux distinctions admissibles sous l'angle de l'art. 8 al. 1 Cst. qu'aux restrictions d'autres droits fondamentaux. Protégeant le respect de la valeur intrinsèque de tout être humain, cette norme est étroitement liée à la protection de la dignité humaine (art. 7 Cst.).
440. Le rôle particulier des critères de distinction suscite quelques remarques :
- Tout d'abord, pour constituer une discrimination interdite par la Constitution, il n'est pas nécessaire qu'une distinction repose sur l'un des critères explicitement énumérés par l'art. 8 al. 2 : toute mesure étatique qui a un caractère dépréciatif – quel que soit le critère sur lequel elle repose – est discriminatoire et, par tant, contraire à la Constitution fédérale.
  - En revanche, en faisant figurer dans la Constitution un certain nombre de critères de distinction « suspects », le constituant a voulu rendre attentif au risque élevé de discrimination qu'encourent certains groupes sociaux. Aussi la liste de l'art. 8 al. 2 Cst. a-t-elle pour fonction d'accorder une protection accrue aux personnes appartenant à ces groupes : les actes étatiques qui se rattachent – directement ou indirectement – à l'un de ces critères sont présumés être dépréciatifs et, par conséquent, inconstitutionnels. Ils sont donc soumis à un examen strict de leur constitutionnalité et seule une justification particulièrement sérieuse, qui démontre leur caractère non dépréciatif, peut renverser cette présomption d'inconstitutionnalité.
  - Il en ressort que la Constitution fédérale n'interdit pas toute distinction reposant sur l'un des critères de l'art. 8 al. 2 Cst. Seules les distinctions *dépréciatives* sont interdites. Aussi l'art. 8 al. 2 ne constitue-t-il pas une exigence d'égalité formelle, absolue. La disposition ne fait donc pas obstacle à l'adoption de mesures positives, destinées à améliorer la situation des grou-

pes désavantagés – pour autant que ces mesures n'aient pas d'effet dépréciatif pour ceux qui n'en bénéficient pas.

- Enfin, même si l'interdiction de la discrimination vise en première ligne la protection de certains groupes sociaux, l'art. 8 al. 2 Cst. est un droit fondamental individuel. Sa protection ne se limite donc pas aux membres de ces groupes. Les personnes appartenant au « groupe dominant » peuvent aussi, le cas échéant, se voir confrontées à des traitements discriminatoires et invoquer la protection de cette disposition (même si, certes, les discriminations à leur égard constitueront l'exception).

441. Sur le plan procédural, force est de constater que l'interdiction de la discrimination est une règle tellement fondamentale qu'elle doit être considérée comme un droit indépendant, accordant à lui seul qualité pour agir devant le Tribunal fédéral.
442. Les critères « suspects » énumérés par la Constitution fédérale sont de nature extrêmement diverse. Ils ont pour dénominateur commun de constituer tous des qualités très personnelles, que l'individu ne peut pas modifier – ou qu'il ne pourrait que difficilement modifier – ou dont la modification ne peut pas être exigée de lui, en vertu de valeurs fondamentales de la Constitution. Pour le reste, ces qualités sont très différentes les unes des autres. Certaines d'entre elles, par exemple la race ou le sexe, ne peuvent en principe jamais justifier une différence de traitement, d'autres, comme l'âge ou la situation sociale, en revanche, peuvent constituer le fondement de distinctions admissibles ou même nécessaires dans un ordre juridique équitable. Ainsi, la force de la présomption d'illicéité varie d'un critère à l'autre, raison pour laquelle il n'est guère possible de développer des règles d'application uniformes pour l'ensemble de la sphère de protection de l'art. 8 al. 2 Cst. Chaque critère – et parfois même les différents aspects d'un critère – possède ses spécificités propres et appelle une analyse propre. La véritable portée de l'interdiction de la discrimination ne se dégagera donc que d'une analyse de cas concrets.
443. Suite à l'analyse d'exemples dans la troisième partie de l'étude, il convient d'insister sur deux des aspects spécifiques de la nouvelle norme :

- 1° Le nouvel art. 8 al. 2 renforce l'aspect individuel des droits fondamentaux vis-à-vis des intérêts de la collectivité. Il étend la protection du principe d'égalité, en posant une limite aux distinctions qui pourraient se révéler admissibles sous l'angle du seul art. 8 al. 1 Cst. Mais l'interdiction de la discrimination renforce également la protection qu'accordent les libertés, en s'opposant, dans un certain nombre de cas, à des mesures qui pourraient être justifiées par un intérêt public prépondérant.

On peut notamment renvoyer aux exemples concernant le droit des étrangers, les limites d'âge, les mesures en faveur de langues minoritaires, l'exclusion des homosexuels du mariage ou la question de l'interdiction de l'abattage rituel.

- 2° À travers un catalogue de critères de distinction « suspects », le constituant a déclaré certaines qualités personnelles des êtres humains comme étant *a priori* inaptes à justifier une différence de traitement. Les mesures se rattachant à un tel critère sont présumées dépréciatives et soumises à un examen particulièrement strict. Aussi l'art. 8 al. 2 constitue-t-il un mandat aux autorités de ne pas se contenter de justifications qui reprennent les conceptions sociales dominantes, semblant « aller de soi ». L'interdiction de la discrimination exige une intervention, lorsque des personnes se voient traitées de manière dépréciative ou exclues. En adoptant la nouvelle norme prohibant les discriminations, le constituant a tiré les leçons de l'insuffisance du principe d'égalité, qui ne s'oppose qu'aux distinctions « déraisonnables ». Il a adopté une norme dynamique qui permet et qui oblige les autorités judiciaires en particulier à procéder à un contrôle plus strict et à intervenir, le cas échéant, dans les rapports sociaux.

444. Il convient de terminer par une observation concernant les consécutions légales de l'art. 8 al. 2. En effet, les discriminations du fait de l'origine, de la race, du sexe, de l'âge, de la langue, de la situation sociale, du mode de vie, des convictions et des déficiences ne pourraient être combattues d'une manière efficace par la seule élimination de normes et de comportements discriminatoires émanant des collectivités publiques. Plus que

dans le contexte d'autres droits fondamentaux, les atteintes à l'interdiction de la discrimination résultent – comme on vient de le souligner – des structures de la société. La pleine réalisation de l'art. 8 al. 2 Cst. exige par conséquent l'intervention du législateur. Cette intervention doit viser, d'une part, l'adoption de règles de droit civil et de droit pénal ayant pour effet de prévenir – dans la mesure du possible – les actes discriminatoires des particuliers. D'autre part, elle aura pour objet l'adoption de mesures positives, destinées à éliminer les discriminations de fait, telles que des programmes d'intégration, des campagnes d'information, la création d'organismes de conseil et de coordination ou des mesures visant l'égalité des chances par exemple dans le monde du travail. Ce n'est qu'en adoptant des mesures qui profitent aux plus défavorisés de la société que l'Etat répondra au défi que posent l'égalité et l'idée de la justice sociale.

---

## SCHLUSSFOLGERUNGEN

445. Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 bestimmt :  
«Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung ». Diese Norm ist neu, in der Verfassung von 1874 findet sich keine entsprechende Formulierung.
446. Im Gegensatz zum allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1) – verstanden im Sinne Aristoteles' Maxime, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln – kennt der Begriff "Diskriminierung" heute noch keine allgemein anerkannte Auslegung in der schweizerischen Rechtsordnung. Die neuere Lehre und die Rechtsprechung sehen allerdings im Begriff Diskriminierung vorwiegend eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung, welche eine Herabwürdigung oder Ausgrenzung von Menschen darstellt, indem sie an Unterscheidungsmerkmale anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Person ausmachen. Deshalb unterstehen solche Ungleichbehandlungen einem besonders strengen Rechtfertigungsmaßstab. Auch im internationalen Recht und in den Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten finden sich zahlreiche Anhaltspunkte, den Begriff Diskriminierung auf Ungleichbehandlungen zu beziehen, welche an verdächtige Kriterien anknüpfen und deshalb einer besonderen Rechtfertigung bedürfen.
447. Diese Erkenntnisse, sowie eine Auslegung nach den herkömmlichen Auslegungsmethoden führen uns dazu, den Begriff Diskriminierung (im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV) zu verstehen als *eine Ungleichbehandlung – oder eine Gleichbehandlung –, welche eine Herabwürdigung einer Person zum Ziel oder zur Folge hat, sie also in ihrer Würde verletzt,*

*erniedrigt oder aus der Gesellschaft ausgrenzt.* Solche diskriminierenden Differenzierungen stellen einen Angriff auf die Menschenwürde dar und sind in keinem Falle zulässig. Der Staat hat seine Aufgaben jederzeit in einer Weise zu erfüllen, welche die Menschenwürde respektiert.

448. Um mit Art. 8 Abs. 2 BV vereinbar zu sein, müssen staatliche Handlungen also nicht nur auf vernünftigen Gründen beruhen oder einem überwiegenden öffentlichen Interesse entsprechen. Vielmehr dürfen sie auch keinen herabwürdigenden Charakter aufweisen. Damit stellt das Diskriminierungsverbot eine Grenze für die nach Art. 8 Abs. 1 zulässigen Ungleichbehandlungen auf und definiert zugleich eine Leitplanke für alle Grundrechtseinschränkungen. Indem die neue Verfassungsbestimmung den Schutz des jedem Menschen innewohnenden, gleichen Wertes bezweckt, steht sie in enger Verbindung zum Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV).
449. Die besondere Funktion der von der Bundesverfassung aufgezählten Unterscheidungsmerkmale verlangt einige erläuternde Bemerkungen:
- Zunächst gilt es festzuhalten, dass nicht nur diejenigen Ungleichbehandlungen eine verbotene Diskriminierung darstellen können, welche an eines der von der Verfassung explizit aufgezählten Merkmale anknüpfen. Vielmehr sind alle staatlichen Ungleichbehandlungen, die herabwürdigenden Charakter haben – unabhängig ihres Anknüpfungskriteriums – diskriminierend und damit verfassungswidrig.
  - Durch die in Art. 8 Abs. 2 erfolgte Aufzählung bestimmter Persönlichkeitsmerkmale hat der Verfassungsgeber aber ein besonderes Augenmerk auf besonders diskriminierungsgefährdete gesellschaftliche Gruppen gelenkt. Ziel ist es, den erwähnten Gruppen einen besonderen Schutz zu gewähren: staatliche Handlungen, welche direkt oder indirekt an ein in Art. 8 Abs. 2 aufgeführtes Merkmal anknüpfen, stehen im Verdacht der Rechtswidrigkeit. Sie unterstehen einem besonders strengen Rechtfertigungsmaßstab; nur durch besonders triftige und ernsthafte Gründe, welche deren nicht-herabwürdigenden Charakter nachweisen, können die Behörden die Vermutung der Verfassungswidrigkeit umstossen.

- Die Bundesverfassung verbietet also nicht jede rechtliche Differenzierung, welche auf einem der in Art. 8 Abs. 2 aufgezählten Merkmale beruht. Die Bestimmung stellt kein formelles und absolutes Gleichheitsgebot auf. Das Diskriminierungsverbot stellt damit auch kein Hindernis für positive Gleichstellungsmassnahmen dar, solange diese nicht zu einer Herabwürdigung der davon nicht profitierenden Bevölkerungsgruppen führen.
  - Schliesslich ist zu erwähnen, dass das Diskriminierungsverbot, obwohl es in erster Linie zum Schutz besonders gefährdeter sozialer Gruppen erlassen wurde, ein individuelles und nicht ein kollektives Grundrecht darstellt. Der Schutz von Art. 8 Abs. 2 begrenzt sich nicht auf die Mitglieder benachteiligter Gruppen. Auch Angehörige der „dominierenden Gruppe“ könnten allenfalls Opfer einer Diskriminierung werden und sich auf diese Bestimmung berufen. Es liegt hingegen auf der Hand, dass Diskriminierungen von Angehörigen der „dominierenden Gruppe“ die Ausnahme darstellen dürften.
450. Auf der Verfahrensebene gilt es festzuhalten, dass das Diskriminierungsverbot eine derart grundlegende Norm darstellt, dass es auf jeden Fall als eigenständiges Grundrecht zu betrachten ist. Art. 8 Abs. 2 legitimiert somit für sich allein zur staatsrechtlichen Beschwerde vor dem Bundesgericht.
451. Die von der Verfassung aufgezählten „verdächtigen“ Merkmale sind äusserst unterschiedlicher Natur. Ihr gemeinsamer Nenner ist, dass sie alleamt persönliche Eigenschaften bezeichnen, welche für die Identität der betroffenen Person besondere Bedeutung haben und die nicht oder nur schwer verändert werden können oder deren Änderung aufgrund grundlegender Werte der Verfassung nicht zumutbar ist. Im Weiteren enthält die Liste jedoch unter sich sehr verschiedene Merkmale. So sind beispielsweise Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse oder des Geschlechts in praktisch keinem Fall zulässig; umgekehrt sind Regeln, welche an das Alter oder an die soziale Stellung einer Person anknüpfen, in einer gerechten Staatsordnung oftmals zulässig oder gar notwendig. Dementsprechend ist die Vermutung der Widerrechtlichkeit je nach Merkmal unterschiedlich stark und es ist kaum möglich, für alle Merk-

male eine einheitliche Dogmatik zu entwickeln. Jedes Merkmal – und oft sogar die einzelnen Aspekte eines Merkmals – hat seine eigenen Besonderheiten und verlangt nach einer eigenen Analyse. Der wirkliche Gehalt des Diskriminierungsverbotes lässt sich damit letztlich erst aufgrund einer fallweisen Analyse erkennen.

452. Aufgrund der im dritten Teil der Arbeit erfolgten Untersuchung einzelner Beispiele ist schliesslich auf zwei besondere Aspekte der neuen Verfassungsnorm hinzuweisen:

1° Der neue Art. 8 Abs. 2 verstärkt die individuelle Seite der Grundrechte gegenüber den Interessen der Öffentlichkeit. Er erweitert den Schutz des Gleichheitssatzes, indem den zulässigen Differenzierungen Grenzen gesetzt werden. Das Diskriminierungsverbot verstärkt aber auch den Schutz durch die klassischen Freiheitsrechte, da es einigen Regelungen, welche durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt wären, entgegensteht.

In diesem Zusammenhang sei etwa auf die Beispiele im Rahmen des Ausländerrechts, auf die Frage der Altersgrenzen, auf die Untersuchung von Massnahmen zum Schutz von Minderheitensprachen, auf die Analyse des Eheverbots gleichgeschlechtlicher Paare oder auf die Überlegungen zum Schächterverbot hingewiesen.

2° Durch die Aufzählung verdächtiger Kriterien in Art. 8 Abs. 2 hat der Verfassungsgeber staatliche Ungleichbehandlungen dieser Gruppen als *a priori* unzulässig und einem ganz besonders strengen Rechtfertigungsmassstab unterliegend bezeichnet. Damit stellt das Diskriminierungsverbot einen Auftrag an alle staatlichen Institutionen dar, gewisse, auf herrschenden gesellschaftlichen Auffassungen beruhende und sozusagen “in der Natur der Sache” zu liegen scheinende Ungleichbehandlungen ganz besonders zu hinterfragen. Der Verfassungsgeber hat damit den Gestaltungsspielraum der Behörden in der Frage der sachlichen Rechtfertigung von rechtlichen Differenzierungen eingeschränkt. Art. 8 Abs. 2 BV erlaubt keine Zurückhaltung, wenn Menschen aufgrund ganz persönlicher Merkmale in ihrer Würde beeinträchtigt oder aus der Gesellschaft

ausgegrenzt werden. Diese dynamische Norm will heute noch wissenschaftlich oder unreflektiert vorgenommene Benachteiligungen gesellschaftlicher Gruppen korrigieren und stellt damit ein Auftrags dar, verändernd in die gesellschaftlichen Verhältnisse einzugreifen.

453. Eine letzte Bemerkung betrifft die gesetzliche Umsetzung des Diskriminierungsverbots. Diskriminierungen aufgrund der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der Überzeugung oder einer Behinderung können nicht allein durch den Abbau staatlicher Benachteiligungen aus der Welt geschafft werden. Mehr noch als dies bei anderen Grundrechten gilt, so ist eine echte Gleichstellung letztlich nur durch die Veränderung gesellschaftlicher Strukturen zu erreichen. Art. 8 Abs. 2 erfordert deshalb auch gesetzgeberische Massnahmen. Dabei geht es einerseits darum, durch privat- und strafrechtliche Regelungen private Diskriminierungen im Rahmen des Möglichen zu verhindern. Andererseits sind positive Massnahmen zum Abbau tatsächlicher Diskriminierungen notwendig, etwa Integrationsprogramme, Informationskampagnen, die Schaffung beratender und koordinierender Organe oder Massnahmen zur Verbesserung der Chancengleichheit beispielsweise in der Arbeitswelt. Erst durch solche Anstrengungen, also durch Ungleichbehandlungen zugunsten der sozial Schwächsten, kann unser Staatswesen letztlich den Ideen der Gleichheit und der sozialen Gerechtigkeit entsprechen.

## **ANNEXES**

---

## BIBLIOGRAPHIE

Les références à des ouvrages n'ayant pas de lien direct avec l'interdiction de la discrimination en droit suisse et qui ne sont cités qu'à l'intérieur d'une seule section se trouvent dans les notes de bas de page.

### 1. Messages du Conseil fédéral

Les messages du Conseil fédéral sont cités par l'abrégié indiqué entre parenthèses.

Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de *discrimination raciale* et la révision y relative du Code pénal, du 2 mars 1992, FF 1992 III 265 (Message Discrimination raciale).

Message concernant la loi fédérale sur l'*égalité* entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, du 24 février 1993, FF 1993 I 1163 (Message LEg).

Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de *discrimination à l'égard des femmes*, du 23 août 1995, FF 1995 IV 869 – 950 (Message Convention femmes).

Message relatif à une *nouvelle constitution fédérale*, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 – 658 (Message Cst.).

Message du Conseil fédéral concernant le *droit de la nationalité* des jeunes étrangers et révision de la loi sur la nationalité, du 21 novembre 2001, FF 2002 1815 (Message Nationalité).

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*, du 11 décembre 2000, FF 2001 1605 - 1743 (Message Handicapés).

## 2. Ouvrages de doctrine

Les ouvrages de doctrine sont cités par le nom de l'auteur et l'abrégé du titre indiqué entre parenthèses.

ALBRECHT Andreas C., *Der Begriff der gleichwertigen Arbeit im Sinne des Lohngleichheitsgrundsatzes « Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit » (Art. 4 Abs. 2 BV)*, thèse, Bâle, 1998 (Lohngleichheit).

ARIOLI Kathrin, *Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen*, thèse, Zurich, 1992 (Erwerbsleben).

– *Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung*, PJA 1993, 1327 ss (indirekte Diskriminierung).

– (éd.), *Frauenförderung durch Quoten*, Bâle, 1997 (Quoten).

AUBERT Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967, + supplément 1982 (Traité).

– *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Bâle/Francfort, 1991 et 1995.

– *L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale*, PJA 1994, 1079 – 1086 (Discrimination raciale).

– *L'Islam à l'école publique*, in : EHRENZELLER, Festschrift Hangartner, 479 – 495.

- AUBERT Jean-François et al. (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874*, Bâle, 1996 (Commentaire).
- AUER Andreas, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle, 1983 (Juridiction constitutionnelle)
- *Les « mesures positives » en faveur des femmes en droit américain*, in : MORAND Charles-Albert, *L'égalité entre hommes et femmes. Bilan et perspectives*, Lausanne, 1988, 229 – 252 (Droit américain).
  - *La prohibition de la discrimination des requérants d'asile et des réfugiés*, in : KÄLIN Walter (éd.), *Droit des réfugiés, Enseignement de 3e cycle de droit* 1990, Fribourg, 1991, 269 – 284 (Réfugiés).
  - *Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst.*, PJA 1993, 1336 – 1348 (Mesures positives)
  - *Constitution et politique d'immigration; la quadrature des trois cercles*, PJA 1996, 1230 – 1243 (Trois cercles)
  - *Digressions sur l'égalité entre hommes et femmes*, in : AUER et al., *Mélanges Morand*, 183 – 192 (Digressions).
- AUER Andreas, DELLEY Jean-Daniel, HOTTELIER Michel, MALINVERNI Giorgio (éd.), *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich, 2001 (Mélanges Morand).
- AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse, volume I: L'Etat – volume II: Les droits fondamentaux*, Berne, 2000 (Vol. I, Vol. II).
- AUER Andreas, MARTENET Vincent, *Les quotas, la démocratie et le fédéralisme*, Semaine judiciaire 1997, 629 – 656 (Quotas).
- BAYEFSKY Anne F., *The Principle of Equality and Non-Discrimination in International Law*, Human Rights Law Journal (HRLJ) 11/1990, 1 – 34 (Equality).
- BASEDOW Jürgen, HOPT Klaus J., KÖTZ Hein, DOPFEL Peter (éd.), *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, Beiträge zum ausländischen und internationalen

- Privatrecht 70, Tübingue, 2000 (Rechtsstellung).
- BERNARD Nicolas, *What are the purposes of EC discrimination law ?*, in : DINE/WATT, *Discrimination Law*, 77 – 99 (EC Discrimination Law).
- BERTSCHI Martin, *Schützt die Rechtsordnung vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung?*, Berne, 1997 (Rechtsordnung).
- BERTSCHI Susanne, *Frauen-Konvention soll vor Diskriminierung schützen*, plaidoyer 6/1993, 22 – 24 (Frauen-Konvention).
- BESSON Samantha, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers*, thèse, Fribourg, 1999 (Egalité horizontale).
- BIGLER-EGGENBERGER Margrith, KAUFMANN Claudia (éd.), *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne, 2000 (Commentaire).
- BOSSUYT Marc, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, 1976 (Discrimination).
- BRINER Robert, *Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit*, thèse, Zurich, 1948.
- BUSER Denise, *Die Zulässigkeit der Quotierung von Parlamentsmandaten*, PJA 1994, 330 – 337 (Quoten).
- BUSER Denise, POLEDNA Thomas, *Politische Quoten auf dem Schafott - Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur „Solothurner Quoteninitiative“*, PJA 1997, 981 – 989 (Quoten).
- COMMISSION FEDERALE CONTRE LE RACISME, *Des classes séparées ? Dossier sur les demandes politiques de ségrégation des enfants parlant une langue étrangère à l'école*, Berne, 1999 (Des classes séparées?).
- COSSALI Monique, *L'interdiction de discriminer en raison du sexe dans la vie professionnelle, au regard du droit suisse et du droit communautaire*, in : KLETT Kathrin, YERSIN Danielle (éd.), *L'égalité entre hommes et femmes – un mandat politique pour le législateur*, Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, 59 – 83 (Vie professionnelle).
- DELBRÜCK Jost, *Diskriminierung*, in : WOLFRUM Rüdiger (éd.), *Handbuch*

- Vereinte Nationen, 2<sup>e</sup> éd., Munich, 1991, 85 – 89.
- *Die Konvention der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau von 1979 im Kontext der Bemühungen um einen völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte*, in: VON MÜNCH, Festschrift Schlochauer, 247 – 270 (Konvention).
- DINE Janet, WATT Bob, *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, London/New York, 1996 (Discrimination Law).
- EHRENZELLER Bernhard et al. (éd.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner*, St.Gall/Lachen SZ 1998 (Festschrift Hangartner).
- EPINEY Astrid, RAFAEL Nora (éd.), *Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht*, Berne, 1997.
- ERMACORA Felix, *Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbot in der Arbeit der Vereinten Nationen*, Vienne/Stuttgart, 1971.
- FARER Tom J., *Reflections on affirmative action on the American Constitution*, in : AUER et al., *Mélanges Morand*, 207 - 229.
- FENSKE Antje, *Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht*, thèse Münster, Berlin, 1998 (Altersdiskriminierung).
- FLEINER Fritz, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tubingue, 1923 (Bundesstaatsrecht).
- FORREST Martin Francisco, SCHABLY Stephen J., SLYE Ronald C., WILSON Richard, FALK Richard, SIMON Jonathan S., KOREN Edward, *International Human Rights Law and Practice. Cases, Treaties and Materials*, Le Hague, 1997 (Human Rights).
- FROWEIN Jochen, PEUKERT Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Kehl/Strasbourg/Arlington, 1996 (EMRK-Kommentar).
- GEISS Imanuel, *Geschichte des Rassismus*, Francfort-sur-le-Main, 1988, (Rassismus).
- GRISEL Etienne, *Egalité des sexes et quotas de représentation*, in:

- EHRENZELLER, Festschrift Hangartner, 537 - 550.
- *Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Berne, 2000 (Egalité).
- GUYAZ Alexandre, *L'incrimination de la discrimination raciale*, Berne, 1996 (Discrimination raciale).
- HAEFLIGER Arthur, *Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu anderen verfassungsmässigen Rechten und zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel, 1983, 79 – 93 (Verhältnis).
- *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Berne, 1985 (Alle Schweizer).
- HAEFLIGER Arthur, SCHÜRMANN Frank, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1999 (Menschenrechtskonvention).
- HÄFELIN Ulrich, HALLER Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich, 2001 (Bundesstaatsrecht).
- HANGARTNER Yvo, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, vol. I: *Organisation*, vol. II: *Grundrechte*, Zurich, 1980 - 1982 (Grundzüge I, Grundzüge II).
- *Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare*, PJA 2001, 252 – 263 (Partnerschaft).
- *Grundrechtliche Gesetzgebungsaufträge und bundesstaatliche Kompetenzordnung*, PJA 2001, 476 – 480 (Kompetenzordnung).
- HANGARTNER Yvo, KLEY Andreas, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich, 2000 (Demokratische Rechte).
- HAUSAMMAN Christina, SCHLÄPPI Erika, *Menschenrechte und Frauenrechte: Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz*, PJA 1995, 32 – 46 (UNO-Übereinkommen).

- HELBLING Gianfranco, *Das völkerrechtliche Verbot der Geschlechterdiskriminierung in einem plurikulturellen Kontext. Das Beispiel des Schutzes der Menschenrechte muslimischer Frauen in westlichen Ländern*, thèse, Zurich, 2001 (Geschlechterdiskriminierung).
- KÄLIN Walter, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1994 (staatsrechtliche Beschwerde).
- *Ausländerdiskriminierung*, in: EHRENZELLER, Festschrift Hangartner, 561 – 583 (Ausländerdiskriminierung).
  - (éd.), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung*, RDS, supplément 29, Bâle/Genève/Munich 1999 (ethnisch-kulturelle Diskriminierung).
  - *Die Bedeutung der neuen Bundesverfassung für das öffentliche Verfahrensrecht*, in: ZIMMERLI, Berner Tage, 267 – 291 (Verfahrensrecht).
- KÄLIN Walter, BOLZ Urs, *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Berne, 1995 (Handbuch).
- KÄLIN Walter, CARONI Martina, *Diskriminierungsverbot und Familiennachzug. Eine Studie zur Frage der Diskriminierung von Ausländerinnen und Ausländern im schweizerischen Recht*, Berne, 1998 (Familiennachzug).
- *Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft*, in: KÄLIN Walter (éd.), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung*, RDS, supplément 29, Bâle/Genève/Munich 1999, 67 – 94 (Verbot).
- KÄLIN Walter, MALINVERNI Giorgio, NOWAK Manfred, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Francfort/Bruxelles, 1997 (Pactes).
- KARLEN Peter, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1988 (Religionsfreiheit).
- KAUFMANN Otto K., *Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte. Vorfragen eines Beitritts der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen

- Juristentag 1965, Berne, 1965, 245 – 262 (Vorfragen).
- KISCHEL Uwe, *Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union*, EuGRZ 1997, 1 – 11 (Gleichheitssatz).
- KIENER Regina, *Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren*, recht 2000, 213 – 225 (Einbürgerungsverfahren).
- KLEIN Caroline, *La discrimination des personnes handicapées*, thèse, Berne, 2002 (Handicapés).
- KLEY Andreas, *Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung*, RSJB 1999, 301 – 347 (Grundrechtskatalog).
- KNAPP Blaise, *Les principes constitutionnels et leurs relations*, in: HÄFELIN Ulrich, HALLER Walter, MÜLLER Georg, SCHINDLER Georg (éd.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurich, 1981, 167 – 190 (Principes).
- KOLLER Heinrich, *Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung*, PJA 1999, 656 – 665 (Einleitungstitel).
- *Les discriminations positives : Suisse*, Annuaire international de justice constitutionnelle (13), Paris, 1997, 239 – 248.
- LEGER Philippe (éd.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bâle/Genève/Munich/Paris/Bruxelles, 2000 (Commentaire).
- LERNER Natan, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1991.
- MAHON Pascal, *La citoyenneté active en droit public suisse*, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Droit constitutionnel*, 335 – 347 (Citoyenneté).
- MALINVERNI Giorgio, *Le Pacte relatif aux droits civils et politiques et le principe de l'égalité des sexes en droit suisse*, in: *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève, Bâle 1991, 153 – 166.
- *La Convention européenne des droits de l'homme : les droits et libertés garantis, XV, L'interdiction de la discrimination (art. 14)*, Fiches juridiques suisses N° 1384, Genève, 1991.

- 
- *La Convention européenne des droits de l'homme et son interprète principal*, in : ZEN-RUFFINEN/AUER, *Mélanges Aubert*, 405 – 417.
  - MARGALIT Avishai, *La société décente*, Castelnau-le-Lez, 1999.
  - MARTI Ursula, *Verfassungsartikel gegen Diskriminierung*, plaidoyer 5/02, 18 – 20.
  - MASTRONARDI Philippe Andrea, *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, thèse Berne, Berlin, 1978 (Menschenwürde 1978).
  - *Menschenwürde als materielle « Grundnorm » des Rechtsstaates*, in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Droit constitutionnel*, 233 – 246 (Menschenwürde 2001).
  - MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Paris, 1999 (Dignité humaine).
  - MEYER Paul, *Das Prinzip der Rechtsgleichheit in historischer und dogmatischer Betrachtung*, thèse, Zurich, 1923 (Rechtsgleichheit).
  - MORAND Charles-Albert, *L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes*, in : MORAND Charles-Albert, *L'égalité entre hommes et femmes. Bilan et perspectives*, Lausanne, 1988, 73 – 107 (L'érosion).
  - MÜLLER Georg, *Commentaire ad art. 4*, in: AUBERT et al., *Commentaire (Commentaire)*.
  - MÜLLER Jörg Paul, *Einleitung zu den Grundrechten*, in: AUBERT et al., *Commentaire (Einleitung)*.
  - *Grundwerte der demokratischen Verfassung*, *Geschichte und Gegenwart* 1994, 78 – 92.
  - *Diskriminierung behinderter Personen de constitutione lata et ferenda*, in: MURER, *Eingliederung*, 1 – 46 (Behinderte).
  - *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 1999 (Grundrechte).

- *Menschenrechte – Demokratie – Wissenschaft. Résumé de l'allocation prononcée le 19 novembre 1999 à l'Aula de l'Université de Berne lors de la remise du Prix Marcel Benoist-Preis 1999*, in: OFFICE FEDERAL DE L'ÉDUCATION ET DE LA SCIENCE, Rapport annuel de la Fondation Marcel Benoist 1999, Berne, 1999, 15 – 22 (Prix Benoist).
  - *Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8, Abs. 2 der neuen Bundesverfassung*, in: ZIMMERLI, Berner Tage, 103 – 129 (Diskriminierungsverbote).
  - *Verfassung und Gesetz : Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB*, recht 2000, 119 – 128 (Verfassung und Gesetz).
  - *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Droit constitutionnel, 621 – 645 (Bemerkungen).
- MÜLLER Stefan, *Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen*, thèse Berne, Diessenhofen, 1981.
- VON MÜNCH Ingo (éd.), *Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht. Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag*, Berlin/New York, 1981 (Festschrift Schlochauer).
- MURER Erwin (éd.), *Eingliederung vor Rente. Eingliederung in die Sackgasse?*, Berne, 1998 (Eingliederung).
- NIGGLI Marcel Alexander, *Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG*, Zurich, 1996 (Rassendiskriminierung).
- NOWAK Manfred, *U. N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1993 (Commentary).
- PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1999 (Commentaire).
- PRAETORIUS Inge, SALADIN Peter, *Die Würde der Kreatur (Art. 24novies Abs. 3 BV)*, Schriftenreihe Umwelt Nr. 260, Bern, 1996 (Kreatur).
- PREVITALI Adriano, *Droit et handicap: une symphonie inachevée*, plaidoyer 3/1995, 47 – 52 (Handicap 1995).

- *Handicap e diritto*, thèse, Fribourg, 1998 (Handicap 1998).
- PULVER Bernhard, *L'union libre. Droit actuel et réformes nécessaires*, Lausanne, 1999 (Union libre).
- *Das Aufenthaltsrecht ausländischer Partner in binationalen Partnerschaften*, Fampra.ch 2001, 1 – 19 (Aufenthaltsrecht).
- RAMCHARAN Bertrand G., *Equality and Nondiscrimination*, in: HENKIN Louis (éd.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 1981, 246 – 269 (Equality).
- RAWLS John, *Théorie de la justice*, Paris 1987 et 1999.
- REHBINDER Manfred, *Die Diskriminierung : Ihre Ursachen und ihre Bekämpfung*, in : REHBINDER Manfred, *Abhandlungen zur Rechtssoziologie*, Berlin, 1995, 11 – 30.
- RHINOW René, *Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung*, Bâle/Genève/Munich, 2000 (Bundesverfassung).
- RIEDER Andreas, *Indirekte Diskriminierung – das Beispiel der Fahrenden*, in : KÄLIN, *ethnisch-kulturelle Diskriminierung*, 149 – 175 (Fahrende).
- *Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns*, thèse, Berne, 2003.
- ROUILLER Claude, *Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi*, in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Droit constitutionnel*, 677 – 690 (Protection).
- SCHEFER Markus, *Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S.-Supreme Court. Zur sprachlichen, historischen und demokratischen Argumentation im Verfassungsrecht*, Berlin, 1997 (U.S.-Supreme Court).
- *Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne, 2001 (Kerngehalte).
- SCHWANDER Claus, *Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten*, Berne, 1995.
- SPESCHA Marc, *Handbuch zum Ausländerrecht*, Bern/Stuttgart/Vienne, 1999 (Ausländerrecht).

- STAMPE Michèle, *Das Verbot der indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts. Konzept / Tatbestand / Verfassungsrechtliche Zuordnung unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen und europäischen Rechtsentwicklung*, thèse, Zurich, 2001 (indirekte Diskriminierung).
- STARCK Christian, *Artikel 3*, in : VON MANGOLDT Hermann, KLEIN Friedrich, STARCK Christian, *Das Bonner Grundgesetz*, 4<sup>e</sup> éd., vol. I, Munich, 1999 (Artikel 3).
- STEINER Henry J., ALSTON Philip, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford, 2000 (Context).
- STRAUSS Roland, *Das Verbot der Rassendiskriminierung. Völkerrecht, Internationales Übereinkommen und schweizerische Rechtsordnung*, Zurich, 1991 (Rassendiskriminierung).
- SUDRE Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2001 (Droits de l'homme).
- THÜRER Daniel, AUBERT Jean-François, MÖLLER Jörg Paul, *Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001 (Droit constitutionnel).
- TSCHANNEN Pierre, KIENER Regina, *Rechtsgleiche Behandlung von Gehörlosen im Telefonverkehr*, PJA 1996, 403 – 414 (Gehörlose).
- TOBLER Christa, *Quoten und Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke*, in: ARIOLI, Quoten, 49 – 134 (Quoten).
- TOMUSCHAT Christian, *Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in: VON MÜNCH, Festschrift Schlochauer, 692 – 716 (Equality).
- *Der Gleichheitssatz nach dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, EuGRZ 1989, 37 – 38 (Gleichheitssatz).
- VILLIGER Mark E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 1999 (Handbuch).
- VIERDAG Egbert Willem, *The Concept of Discrimination in International*

- Law*, La Haye, 1973 (Discrimination).
- VISINI Sandro, *Die rechtliche Gleichbehandlung von Bürgern und Einwohnern anderer Gebietskörperschaften mit den eigenen Bürgern und Einwohnern*, thèse, Zurich, 1983 (Gleichbehandlung).
- WACHSMANN Patrick, *Les droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 2002 (Droits de l'homme).
- WALDMANN Bernhard, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz. Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits*, Berne, 2003.
- WEBER-DÜRLER Beatrice, *Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung*, thèse Zurich, Berne, 1973 (Rechtsgleichheit 1973).
- *Aktuelle Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, RSJB 1992, 357 – 380 (Aspekte).
  - *Rechtsgleichheit*, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Droit constitutionnel*, 657 – 675 (Rechtsgleichheit 2001).
- WILDHABER Luzius, *Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht*, ZBl 1971, 465 – 471.
- WITTINGER Michaela, *Die Gleichheit der Geschlechter und das Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierung in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Status quo und Perspektiven durch das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK*, EuGRZ 2001, 272 – 279 (Geschlechtergleichheit).
- WINTEMUTE Robert, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, 1995.
- WYSS Martin Philipp, *Gesetzgeberische Massnahmen zum Abbau von Diskriminierungen. Handlungsbedarf und Modelle für die Schweiz ?*, in: KÄLIN, *ethnisch-kulturelle Diskriminierung*, 115 – 140 (gesetzgeberische Massnahmen).
- ZÄCH Roger, *Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung*, RSJ 85 (1989), 1 – 12 et 25 – 27 (Einfluss).

ZELLWEGER Valentin, *Eine Antidiskriminierungsgesetzgebung für die Schweiz ?*, recht 1987, 129 – 136 (Antidiskriminierungsgesetzgebung).

ZEN-RUFFINEN Piermarco, AUER Andreas (éd.), *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le Main, 1996 (Mélanges Aubert).

ZIMMERLI Ulrich (éd.), *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft. Berner Tage für die juristische Praxis 1999*, Berne, 2000 (Berner Tage).

ZÜRCHER-BERTHER Maria-Luisa, *Nomades parmi les sédentaires. Problèmes posés par un autre mode de vie*, Publication de l'Office Fédéral de la Culture, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1989 (Nomades).

---

## INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux paragraphes. Les chiffres en italiques sont ceux où la matière est traitée principalement.

### A

**Abattage rituel** 292, 372

**Abus de droit**, voir liberté contractuelle

**Actes étatiques soumis au contrôle** 231

#### Age

- en général 13, 37, 105, 259, 307 *ss*, 408, 415

- de la retraite, voir rente de vieillesse

**AI** 319, 378, 384

**Aide sociale** 341, 344

**Allemagne**, voir droit allemand

**Aménagement du territoire** 341

**Antisémitisme** 6, 104, 290, 292, 373, 376, 419, 424 *s.*

**Apartheid** 6, 84, 87, 216, 292

**Applicabilité directe**, voir Traités

**Arbitraire**, interdiction de l'- 28, 165, 205, 243

**Assemblée fédérale**, débats 23, 188 *ss*

**Assimilations discriminatoires** 204, 217, 306, 320, 342, 344, 345

**Assistants à l'Université** 321

**Assurances sociales** 304, 343 *s.*, 355, 359, 385

#### Autorisation

- de séjour 246, 278, 283*ss*, 357, 389

- d'exercer une profession 283 *s.*, 314, 348, 363

**AVS**, voir rente de vieillesse

### B

**Bourgeoisies** 274

**Bourses** 100, 321, (345)

**Bureaux de l'égalité** 401 *s.*, 427, 434

**C**

**Capacité contributive**, voir capacité économique

**Capacité économique** 336, 339, 342 ss

**CPS 261<sup>bis</sup>** 75, 118, 375 s, 419

**Cartels** 118

**CEDH**, voir Traités

**Cens électoral** 341

**Changement de sexe**, voir transsexualisme

**Commerce itinérant** 363, 433

**Commission**

- fédérale des étrangers 423
- fédérale pour les questions féminines 427
- fédérale contre le racisme 425

**Concubinage** 349, 352, 358 ss

**Concurrence** 118

**Congé abusif** 411

**Confessions**, voir convictions religieuses

**Constitution(s)**

- étrangères 7, 163 ss
- fédérale 12 ss
- cantonales 31 ss
- révision totale 19 ss

**Contrainte par corps** 341

**Constructions** 382, 385, 434

**Contrats**, voir rapports horizontaux, liberté contractuelle

**Conventions**, voir Traités

**Convictions**

- en général 13, 37, 47, 163 s., 225 s., 364 ss
- philosophiques 13, 37, 367
- politiques 13, 37, 47, 53, 60, 68, 163, 368, 372
- religieuses 13, 37, 47, 53, 60, 68, 163 ss, 225 s., 366, 373 s.

**Couples de même sexe** 6, 348, 351, 355 ss

**Coutume** 86

**Criminels** 4, 208, 261, 375 s

**Critères suspects**, en général 37, 97, 121 ss, 132 ss, 137 s., 142, 148, 163 ss, 197, 201, 209, 217 ss, 250 ss, 254, 256 ss

**Culture**, appartenance culturelle, voir ethnic

**D**

**Déficients** voir handicapés

**Délai d'attente** 273, 275

**Déontologie**, règles de 340

**Dépréciation** 121 ss, 133 s., 136 ss, 176 ss, 191, 196, 199, 201, 205s., 205 s., 251

**Destinataires de l'art. 8 al. 2 Cst.** 227 ss, 392ss

**Dignité humaine** 1 ss, 27, 133 s., 136 ss, 193 ss, 200 s., 205, 208

**Discrimination**

- indirecte 217, 305, 321, 341, 387, 389
- raciale voir Race et CPS 261<sup>bis</sup>

**Domicile** 266, 269

**Douane** 293

**Droit**

- à l'aide dans de situations de détresse 344
- allemand 163, 314, 390, 420, 435
- américain 165, 217, 268, 356, 415, 435
- de cité, voir origine cantonale
- des étrangers, voir étrangers ou politique des étrangers
- fiscal 211, 281, 342, 355, 360
- français 164, 420, 435
- international des droits de l'homme 2, 39 ss, 151 ss
- pénal 417 ss, voir aussi : CPS 261<sup>bis</sup>, criminels
- social, voir assurances sociales
- du travail, voir travail
- de vote, voir droits politiques

**Droits politiques** 164 s., 272, 275 s, 280, 286, 301, 316, 320, 341, 370, 372, 388

**E**

**Ecole**, voir formation et enseignement

**Effet horizontal**, voir rapports horizontaux

**Égalité**

- en général 4 s., 33, 40, 91 ss, 151 ss, 184, 189, 195 s., 198, 212, 217, 319
- entre femmes et hommes 14, 18, 61, 67, 114, 120, 131,

160, 163 ss, 199, 217 s., 294 ss, 321, 405

- formelle 93 ss, 114, 118, 120, 131, 139 s., 160, 163, 185, 190, 199, 271, 273 ss, 291, 299, 303, 325

**Éligibilité** 316

**Enfants**

- en général 309
- naturels 261

**Enseignement**

- public 282, 333, 345, 383, 390
- privé 334

**Essence d'un droit fondamental**  
voir noyau dur

**Etats-Unis** voir droit américain

**Ethioie** 267, 270, 277 s.

**Étrangers**, voir nationalité, naturalisations, politique des étrangers

**Études genre** 296

**Évêchés** 374

**Examen d'admission** 301

**F**

**Famille**, appartenance à une 264, 270

**Femmes**, voir sexe

**Fiscalité**, voir droit fiscal

**Fonction publique** 315, 330 s.

**Formation** 282, 321, 333 s., 345, 390, 426

**Fortune**, voir situation sociale

**France** voir droit français

**Fumeurs** 261

## G

**Gais**, voir homosexuels

**Gender**, voir études genre

**Gens du voyage** 6, 290, 350, 353, 361 *ss*, 432 *ss*

**Grossesse** 218

## H

**Handicap réel, handicap construit** 382

**Handicapés** 13, 37, 100 *ss*, 377 *ss*, 415 *s.*, 434 *s.*

**Harcèlement sexuel**, voir loi sur l'égalité

**Holocauste** 6, 376, 419 (voir aussi antisémitisme)

**Homosexuels** 348, 351, 355 *ss*, 415, 420 (voir aussi couples de même sexe)

## I

**Immigration**, voir étrangers

**Immunité des lois fédérales** 416369, 236 *ss*, 302, 304

**Intégration** 282, 390, 422

## Interprétation

- méthodes en général 169 *ss*

- de la Constitution 172 *s.*

- actuelle 169, 193 *ss*

- conforme à la Constitution 229

- historique 169, 187 *ss*

- littéraire 169, 175 *ss*

- systématique 169, 184 *ss*, 238

- téléologique 169, 193 *ss*

## Invalidité

- en général voir handicapés

- assurance- 319, 343, 378, 385, 389

**Ius cogens** 87

## J

**Jennes** 309, 318 *ss*

**Juifs** 104, 290, 292, 366, 373, 376

**Justice pénale** 293

## L

**Langue** 13, 37, 47, 53, 60, 68, 322 *ss*, 421

### Langues

- officielles 324, 327

- de procédure 332

**LEg**, voir loi sur l'égalité

**Lesbiennes**, voir homosexuels

### Liberté

- contractuelle 408 *ss*

- économique 284, 408 *s.*

- d'établissement 272, 280, 353

- de la langue 323 *ss*
- d'opinion 371
- personnelle 29
- religieuse 371

**Libre-échange** 118

**Limites d'âge** 105, 313 *ss*, 320, 321

**Loi sur l'égalité**

- entre femmes et hommes 412, 426 s.
- pour les handicapés 416, 434 s.

**M**

**Marché du travail**, voir étrangers

**Mariage** 355 *ss*, 358 *ss*

**Maternité** 306

**Mesures positives** 73, 77, 81, 102, 219, 229, 270, 291, 298 *ss*, 343, 384 s., 391 *ss*, 421 *ss*

**Mineurs**, voir jeunes

**Minimum d'existence** 281, 341, 344

**Mise à jour de la Constitution** 21, 25, 173, 203

**Mode de vie** 37, 259, 346 *ss*, 431 *ss*

**Moyens de droit**, voir voies de droit

**Musulmans** 373

**N**

**Nationalité** 73, 160, 165, 268, 272, 280 *ss*, voir aussi : politique des étrangers

**Naturalisation** 243, 272, 277, 293

**Négationnisme** 376

**Nomades**, voir gens du voyage

**Notariat** 105, 314

**Noyau dur** 38, 70, 144, 215 s., 238

**O**

**Obligations positives** 229, 392 *ss*

**Obligation de contracter** 408 *ss*, 414 s.

**Ordre public** 116 s., 127

**Orientation sexuelle**, voir homosexuels

**Origine**

- en général 13, 37, 47, 53, 60, 68, 262 *ss*, 422 s.
- cantonale ou communale 265, 271, 273 *ss*
- culturelle, voir ethnique

**P**

**Pactes ONU** voir traités internationaux

**Partenariat enregistré** 355 ss

**Personnes âgées** 105, 310, 313 ss

**Personnes morales** 224 ss

**Places de stationnement** 362

**Police** 218, 293

**Politique des étrangers** 6, 75, 145, 278 ss, 283, 285, 292, vor 339, 357, 389, 422 s. Voir aussi : nationalité

**Pouvoir de décision du Tribunal fédéral** 235 ss

**Préjudice matériel** 207

**Présomption d'illicéité, en général** 142, 153, 157, 165, 167, 210, 248 s., 252

**Preuve, voir** présomption d'illicéité

**Prévoyance professionnelle, voir** rente de vieillesse

**Primaoté du droit international** 41, 237

**Profession** 80 ss, 313 ss, 337, 340, 363, 381, 423, 426, 435

**Proportionnalité** 134, 145, 214

**Proportionnelle** 372

**Protection**

- des animaux, voir abattage rituel
- asymétrique 132, 137 s., 220, 223
- civile 302

- de la personnalité, voir liberté contractuelle
- de la vie privée, voir vie privée

**Provenance géographique, voir** origine

## Q

**Quotas** 219, 331, 428, 435

## R

**Race** 6, 13, 37, 47, 50, 53, 60, 68, 72 ss, 86 s., 115, 216, 277, 287 ss, 375, 382, 415, 419, 424 s.

**Rapports horizontaux** 228 ss, 305, 392 ss, 395 ss, 408 ss

**Rationnement des soins médicaux** 317

**Recours**

- de droit public 45, 66, 233 s., 277
- de droit administratif 233

**Religion, voir** conviction religieuse

**Rente de vieillesse** 301 s, 304, 313

**Requête individuelle, voir** voies de droit

**Révision totale de la Constitution fédérale, voir** constitution

**Romanche, voir** langue

**S**

**Sanction juridique des discriminations** 143 ss, 212 ss

**Santé** voir assurances sociales, handicapés, soins médicaux

**Schutzpflichten**, voir obligations positives

**Sexe** 13, 37, 47, 53, 60, 61, 67, 68, 76 ss, 114, 115, 131, 160, 163, 294 ss, 321, 420, 426 s.

**Séparés mais égaux** 282, 356

**Service**

- du feu 301

- militaire 218, 280

**SIDA** 378

**Situation sociale** 13, 37, 47, 53, 60, 68, 335 ss

**Soins médicaux** 317

**Successions** 355, 360

**Suffrage féminin** 301

**Suisses de l'étranger** 276

**T**

**Taxes d'écolage** 345

**Texte de l'art. 8 al. 2 Cst.** 13 ss, 175 ss

**Territorialité**, principe de 328

**Titularité** 222 ss

**Traités internationaux**

- applicabilité directe 42, 45, 54, 59, 63, 66, 75, 79, 82

- CEDH 43 ss, 151 ss

- Art. 14 47 ss, 151 ss

- Art. 3 50

- Charte européenne des langues régionales 83, 329

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 162

- Convention-cadre pour la protection des minorités nationales 83, 329

- Convention contre les discriminations à l'égard des femmes 76 ss

- Convention contre la discrimination raciale 72 ss, 287 ss, 424

- Convention OIT n° 111 80 ss

- Convention OIT n° 159 435

- Convention OIT n° 169 354

- Pactes ONU 51 ss, 155 ss

- Pacte I 60 ss

- Pacte II 64 ss, 155 ss

**Transports publics** 434

**Transsexualisme** 297

**Travail**

- de nuit et de dimanche 302

- droit du 304 ss, 398, 410 ss, 435

**Travestis** 297

**Trois cercles**, politique des 6, 145, 278

**U**

**Union européenne** 159 ss, 278, 286, 373

**Union libre**, voir concubinage et couples de même sexe

**Universités**, voir formation

**V**

**Voies de droit** 45 s., 65, 74, 78, 221, 232 ss, 277, 285

**Vie privée** 347 ss

COLLECTION NEUCHÂTELOISE

**Roland Ruedin (éd.)**

Mélanges en l'honneur de  
Carlo Augusto Cannata

**François Bohnet**

La théorie générale des papiers-valeurs  
*Passé, présent, futur*

**Pierre-Henri Bolle (éd.)**

Mélanges en l'honneur de  
Henri-Robert Schüpbach

**Sibilla Giselda Cretti**

Les relations de trust et la fiscalité suisse  
nationale et internationale

**Pierre-Henri Bolle/Heinz Steffen (éd.)**

La criminalité financière –  
Finanzkriminalität – Financial Crime  
*Actes du 60<sup>e</sup> Cours international de  
criminologie*

**François Bohnet**

Code de procédure civile neuchâtelois  
CPCN commenté

L'article 8 alinéa 2 de la nouvelle Constitution fédérale stipule que «nul ne doit subir de discrimination». Cette disposition est nouvelle: aucun texte correspondant ne se trouve dans la Constitution fédérale de 1874.

L'ouvrage analyse la notion de discrimination et propose une définition de sa portée. Il présente les sources de droit interne et de droit international et procède à une interprétation de l'article 8 alinéa 2, à l'aide des moyens «classiques» d'interprétation, en tenant compte des positions de la doctrine et de la jurisprudence récentes, ainsi que de l'interprétation de la notion de discrimination en droit international. Bernhard Pulver examine par la suite, pour chacun des neuf critères de non-discrimination qui figurent dans la Constitution, une série d'exemples tirés de la jurisprudence et de débats politiques des dernières années.

L'étude est ainsi destinée tant à l'universitaire qui cherche à mieux comprendre le concept de discrimination qu'au praticien qui se voit confronté à une situation concrète susceptible de porter atteinte à l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale.

ISBN 3-7190-2210-2



9 783719 022105