



---

# Analyse constitutionnelle de l'article 8a P-Cst. proposé par l'initiative "Inclusion"

DFJP, Office fédéral de la justice  
Avis de droit du 28 juin 2024

---

## Mots-clés :

Handicap, discrimination, égalité, inclusion

---

## Regeste :

1. L'article 8a P-Cst. contient quatre éléments distincts. Le premier (art. 8a, al. 1 Cst., 1<sup>re</sup> phrase P-Cst.) est un mandat législatif requérant l'égalité de droit et de fait pour les personnes handicapées. Cet élément est similaire à l'actuel article 8, al. 4 Cst. dont l'abrogation est proposée par l'initiative "Inclusion".
2. L'article 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase P-Cst. confère un droit à l'obtention de mesures de soutien et d'adaptations nécessaires, dans la limite de la proportionnalité. Cette phrase ne confère pas un droit justiciable à l'obtention de mesures particulières. Toutefois, en l'absence de prise de mesures par les autorités, les justiciables ont une possibilité de faire constater l'inaction de l'Etat.
3. L'article 8a, al. 2 1<sup>re</sup> demi-phrase P-Cst. confère un droit au choix de la forme et du lieu de son logement. Au vu de la précision de son énoncé, ce droit est justiciable. Il ne serait toutefois pas absolu et les limites actuellement reconnues en droit suisse et en droit international, notamment celles relatives aux articles 13 Cst. ou 8 CEDH, s'appliqueraient également à l'article 8a, al. 2 P-Cst.
4. L'article 8a, al. 2 2<sup>e</sup> demi-phrase P-Cst. confère un droit à l'obtention de mesures de soutien et d'adaptations nécessaires au libre choix du logement mentionné ci-dessus. Il ne s'agit pas d'un droit justiciable permettant d'obtenir des mesures, mais explicite un devoir de l'Etat. Le choix des mesures à prendre est laissé libre aux législateurs fédéral et cantonaux.
5. L'initiative "Inclusion" va plus loin que le droit actuel sous trois aspects : d'abord, le mandat d'égalité en droit et en fait s'applique au-delà des cas d'inégalités. Ensuite, un droit subjectif aux mesures nécessaires doit être mis en œuvre par le législateur. Enfin, le libre choix du logement doit être garanti et mis en œuvre par les législateurs cantonaux et fédéral.

## **Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"**

---

### **Bases légales :**

8, 13, 112*b*, et 112*c* Cst. ; 8 CEDH ; LIPPI

# Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Le mandat et la question posée.....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>L'initiative pour l'inclusion.....</b>	<b>4</b>
2.1	Le texte.....	4
2.2	Le contexte.....	4
2.3	La fonction.....	5
<b>3</b>	<b>Analyse de l'article 8a .....</b>	<b>5</b>
3.1	La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait dans tous les domaines de la vie (art. 8a, al. 1, 1 <sup>re</sup> phrase) .....	5
3.1.1	Un mandat législatif.....	5
3.1.2	La mise en œuvre .....	6
3.2	Les personnes handicapées ont droit, dans le cadre de la proportionnalité, aux mesures de soutien et d'adaptation nécessaires, notamment à une assistance personnelle et technique (art. 8a, al. 1, 2 <sup>e</sup> phrase).....	7
3.2.1	La nature juridique.....	7
3.2.2	La justiciabilité.....	8
3.2.2.1	L'absence de justiciabilité de principe .....	8
3.2.2.2	Une justiciabilité limitée à l'absence de mesures.....	9
3.2.3	La titularité .....	10
3.2.4	Les destinataires .....	10
3.2.5	L'étendue .....	10
3.2.6	L'examen de la nécessité et de la proportionnalité .....	12
3.2.7	La mise en œuvre .....	12
3.3	Les personnes handicapées ont le droit de choisir librement leur forme de logement et l'endroit où elles habitent (art. 8a, al. 2, 1 <sup>re</sup> demi-phrase) .....	12
3.3.1	La justiciabilité.....	13
3.3.2	La titularité .....	13
3.3.3	Les destinataires .....	13
3.3.4	Le champ de protection.....	13
3.3.5	Les restrictions .....	15
3.3.6	La différence avec l'art. 24 al. 2 Cst.....	16
3.4	Les personnes handicapées ont droit, dans le cadre de la proportionnalité, aux mesures de soutien et d'adaptation nécessaires à l'exercice de la liberté de choix de la forme de logement et du lieu d'habitation (art. 8a, al. 2, 2 <sup>e</sup> demi- phrase).....	16
3.4.1	La titularité .....	16
3.4.2	Les destinataires .....	16
3.4.3	L'étendue .....	17
3.4.4	L'examen de la nécessité et de la proportionnalité .....	17
3.4.5	La mise en œuvre .....	17
<b>4</b>	<b>L'article 8a et le droit constitutionnel actuel.....</b>	<b>17</b>
4.1	Les points communs avec le droit constitutionnel actuel.....	18
4.2	Les grandes différences avec le droit constitutionnel actuel.....	18

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

### 1 Le mandat et la question posée

Depuis décembre 2022, une initiative populaire dite "Initiative pour l'inclusion" est soutenue par un Comité d'initiative. Les signatures peuvent être récoltées depuis le 27 avril 2023, avec un délai au 24 octobre 2024.

Au vu du déroulement de la récolte des signatures, le Bureau fédéral pour l'égalité des personnes handicapées (BFEH) a demandé à l'OFJ, dans l'optique du futur message à l'adresse du Conseil fédéral sur l'initiative, de mener une "catégorisation constitutionnelle" de l'initiative : *"Da die vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung recht offen formuliert ist, kam der Wunsch auf, beim BJ um eine erste Analyse der Tragweite dieser Bestimmung bzw. der Unterschiede zum geltenden Verfassungsrecht einzuholen."*

La présente analyse répond à ce mandat. Elle se concentre sur les implications constitutionnelles de l'adoption de l'article 8a P-Cst. et ne mentionne que topiquement les éléments de mise en œuvre qu'elle impliquerait.

### 2 L'initiative pour l'inclusion

#### 2.1 Le texte

Art. 8, al. 4

<sup>4</sup> Abrogé

Art. 8a<sup>2</sup> Droits des personnes handicapées

<sup>1</sup> La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées dans tous les domaines de la vie. Les personnes handicapées ont droit, dans le cadre de la proportionnalité, aux mesures de soutien et d'adaptation nécessaires à cet effet, notamment à une assistance personnelle et technique.

<sup>2</sup> Les personnes handicapées ont le droit de choisir librement leur forme de logement et l'endroit où elles habitent et ont droit, dans le cadre de la proportionnalité, aux mesures de soutien et d'adaptation nécessaires à cet effet.

#### 2.2 Le contexte

L'article 8a s'inscrit à la suite de l'article 8 qui concerne la garantie générale de l'égalité (al. 1) et l'interdiction de la discrimination (al. 2). Ces deux garanties appartiennent à toute personne, et s'adressent à quiconque assume une tâche de l'Etat (avec un renvoi aux al. 1 et 2 de l'art. 35 Cst.). L'examen de la garantie de l'égalité, comme celle de l'interdiction de la discrimination, suppose qu'une comparaison entre deux personnes est possible, et que l'une d'entre elles est traitée de manière désavantageuse par rapport à l'autre. Une fois ce constat posé, il s'agit de déterminer si le traitement désavantageux peut être justifié ou non.

L'article 8a s'inscrit à la suite de ces deux garanties générales afin d'apporter une attention particulière aux personnes en situation de handicap. Il vise à donner aux autorités un devoir de prise en compte de ce groupe, dans les politiques publiques et dans la loi.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

### 2.3 La fonction

Selon le site internet dédié à l'initiative<sup>1</sup>, le changement constitutionnel proposé permettrait de reconnaître les personnes en situation de handicap comme des êtres humains à part entière, avec les mêmes possibilités sociales que le reste de la population. Ils veulent promouvoir la vie en société, ce qui implique "la mise à disposition des mesures de soutien nécessaires à cet effet".

L'initiative veut renforcer le cadre légal actuel, et assurer une égalité dans les faits entre les personnes "ordinaires" et les personnes en situation de handicap. Cela passe par la mise en place de mesures contraignantes permettant de choisir son emploi, son logement, et d'avoir accès aux services publics. Pour cela, l'initiative veut faire reconnaître le droit "de recevoir l'assistance personnelle et technique nécessaire à leur égalité en droit et dans les faits".

### 3 Analyse de l'article 8a

Une analyse littérale du texte proposé met en valeur quatre éléments distincts :

- La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait dans tous les domaines de la vie (art. 8a, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase)
- Les personnes handicapées ont droit, dans le cadre de la proportionnalité, aux mesures de soutien et d'adaptation nécessaires, notamment à une assistance personnelle et technique (art. 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase)
- Les personnes handicapées ont le droit de choisir librement leur forme de logement et l'endroit où elles habitent (art. 8a, al. 2, 1<sup>re</sup> demi-phrase)
- Les personnes handicapées ont droit, dans le cadre de la proportionnalité, aux mesures de soutien et d'adaptation nécessaires à cet effet (art. 8a, al. 2, 2<sup>e</sup> demi-phrase)

#### 3.1 La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait dans tous les domaines de la vie (art. 8a, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase)

##### 3.1.1 Un mandat législatif

L'article 8a, al. 1, première phrase impose l'adoption de dispositions législatives prévoyant des mesures visant à amener l'égalité de droit et de fait dans tous les domaines de la vie. Ce mandat a donc un caractère *contraignant*. On parle d'égalité "de droit" pour désigner l'égalité dans l'ensemble de l'ordre juridique, soit l'égalité de traitement aux yeux de la loi, alors qu'on parle d'égalité "de fait" pour désigner l'égalité dans l'ensemble de la société. L'égalité de fait est un but à atteindre, qui nécessite parfois l'adoption de mesures positives<sup>2</sup>.

Un mandat d'égalité "de droit et de fait" existe déjà à l'article 8, al. 3 Cst. en matière d'égalité entre les sexes. C'est donc une notion connue du droit constitutionnel suisse. L'égalité de droit et de fait de l'alinéa 3 est de nature *programmatoire*, en ce sens qu'aucun droit subjectif à l'égalité de fait n'existe pour les femmes en droit suisse. Celles-ci ne bénéficient donc pas d'un droit fondamental distinct du principe de l'égalité (art. 8, al. 1 Cst.) et de l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2 Cst.).

<sup>1</sup> Voir [initiative-inclusion.ch](https://initiative-inclusion.ch) (dernière consultation le 24.6.2024).

<sup>2</sup> CR Cst., Martenet ad 8, § 119.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

L'article 8, al. 3 donne mandat aux autorités d'atteindre l'égalité "de droit et de fait" au travers de la concrétisation législative. Cet alinéa n'est pas considéré comme étant attributif de compétence<sup>3</sup>, donc les autorités cantonales et communales sont aussi responsables que la Confédération de pourvoir à l'égalité de droit et de fait des femmes dans les différents domaines de la vie.

En appliquant les développements ci-dessus à l'article 8a, al. 1 P-Cst., il est possible de déduire que ce mandat n'est *pas attributif de compétence*. Ainsi, la Confédération et les cantons restent compétents dans leurs domaines respectifs mais sont tenus de mettre en œuvre le mandat d'égalité de droit et de fait pour les personnes handicapées, comme ils le font aujourd'hui en faveur des femmes (art. 8, al. 3 Cst.). La Confédération peut s'appuyer sur les dispositions constitutionnelles qui lui attribuent des compétences pour légiférer, par exemple sur l'article 122 Cst. afin de régler les rapports que les personnes privées établissent entre elles et concrétiser le mandat d'égalité de droit et de fait dans ce domaine. C'est ce qu'elle a fait lors de l'édition de la LEg, en matière d'égalité homme-femme dans le domaine de l'emploi. Concernant l'intégration des personnes handicapées, la Confédération a une compétence d'encouragement par des prestations en espèces et en nature (art. 112b al. 1 Cst.). Quant aux cantons, ils ont aussi pour tâche d'encourager l'intégration des invalides ; l'art. 112b, al. 2 Cst. mentionne à titre exemplatif les contributions destinées à la construction et à l'exploitation d'institutions, mais la tâche d'encouragement des cantons n'y est pas limitée. La Confédération pourra poursuivre le but de l'article 8a, al. 1 P-Cst. en matière d'intégration en utilisant sa compétence pour fixer les principes et d'objectifs d'intégration (art. 112b, al. 3 Cst.), par exemple en prévoyant, contrairement au droit actuel<sup>4</sup>, que l'encouragement des cantons ne se limite pas aux institutions spécialisées (art. 112b, al. 2 Cst.).

Les cantons, quant à eux, seront chargés de mettre en œuvre le mandat législatif dans leurs propres domaines de compétence, et doivent s'assurer que certaines mesures soient mises en place en faveur d'une égalité de fait. Le Tribunal fédéral a considéré que les cantons avaient une marge de manœuvre dans le choix des mesures pour répondre aux mandats d'égalité, mais qu'ils devaient pouvoir justifier de leurs efforts<sup>5</sup>. Le mandat de l'article 8a, al. 1 P-Cst. implique toutefois une charge supplémentaire sur les cantons, puisqu'ils seront chargés expressément de concrétiser l'égalité de droit et de fait pour les personnes handicapées dans leurs lois cantonales. Pour les cantons, le domaine principal d'action reste celui de l'éducation.

### 3.1.2 La mise en œuvre

L'article 8a abroge l'actuel article 8, al. 4 Cst. Par conséquent, on peut attendre que le mandat législatif de l'article 8a, al. 1 soit mis en œuvre au travers de la LHand<sup>6</sup>. L'article 8, al. 4 Cst. prescrit que la loi prévoit les mesures pour éliminer les inégalités frappant les personnes en situation de handicap. Comme l'article 8a, al. 1 n'est pas attributif de compétence, tout comme l'article 8, al. 4 actuel, la LHand et ses ordonnances d'exécution<sup>7</sup> respectent le partage des compétences entre la Confédération et les cantons prévu par la Constitution. Elles

<sup>3</sup> St-Galler BV Komm., Bischof ad 8 Abs. 3, §103.

<sup>4</sup> Aujourd'hui, seule existe la loi fédérale sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides du 6 octobre 2006 (LIPPI), RS 831.26.

<sup>5</sup> ATF 137 I 305, consid. 3.1.

<sup>6</sup> Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002, RS 151.3.

<sup>7</sup> Nous pensons ici principalement à l'ordonnance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (OHand ; RS 151.31).

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

devraient continuer de pouvoir constituer l'ancrage fédéral des mesures pour l'égalité de droit et de fait des personnes handicapées.

### 3.2 Les personnes handicapées ont droit, dans le cadre de la proportionnalité, aux mesures de soutien et d'adaptation nécessaires, notamment à une assistance personnelle et technique (art. 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase)

#### 3.2.1 La nature juridique

L'article 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase P-Cst. contient un "droit aux mesures". Ce droit doit être compris comme étant corolaire de droits déjà existants dans la Constitution. Au vu des arguments du Comité d'initiative, l'article 8a *renforce* les droits de la Constitution : "Il veut parer aux lacunes de notre actuelle interprétation de l'interdiction de la discrimination pour que l'égalité effective des personnes handicapées devienne une priorité".

Le but de l'article 8a P-Cst. est de garantir l'inclusion des personnes handicapées par le biais de mesures prises au nom de l'égalité. Par conséquent, nous comprenons que l'article 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase précise des droits déjà garantis dans la Constitution fédérale, et impose des *obligations positives* à charge de l'État dans le domaine de l'égalité pour les personnes handicapées.

Dans le droit constitutionnel actuel, l'article 8 Cst. fixe le principe de l'égalité de traitement (al. 1), et de l'interdiction de la discrimination (al. 2). L'alinéa 4 impose un mandat législatif devant prévoir des mesures pour lutter contre les inégalités fondées sur le handicap ("déficience corporelle, mentale ou psychique" au sens de l'al. 2). Cette disposition ne consacre aucun droit fondamental<sup>8</sup>, et implique principalement un devoir d'édiction de dispositions légales.

Au-delà de la protection offerte par l'article 8 Cst. dans son ensemble, il est possible de déduire de l'interdiction de la discrimination des *obligations positives*. On parle d'obligation *positive* en matière de droits fondamentaux pour désigner les actions qui sont requises à charge de l'État lorsqu'il protège et met en œuvre le droit fondamental en question<sup>9</sup>. La dimension positive signifie que le droit implique un certain comportement de la part de l'État, et non pas uniquement une abstention d'intervenir à l'encontre du droit fondamental<sup>10</sup>. En droit constitutionnel suisse, l'article 35, al. 2 Cst. peut fonder un devoir pour les autorités de prendre des mesures, sans toutefois nécessairement créer un droit justiciable dans le domaine<sup>11</sup>.

Le catalogue actuel des droits fondamentaux n'explicite que rarement des obligations positives à charge des autorités<sup>12</sup>. Dans leur application, la jurisprudence a toutefois élaboré une liste exemplative des obligations positives qui découlent, notamment, de l'article 8 CEDH. Par exemple, la CourEDH admet que les États doivent prendre des mesures pour protéger les

<sup>8</sup> CR Cst., Martenet ad 8, § 135 ; St-Galler BV Komm., Bischof ad 8 Abs. 4, § 196.

<sup>9</sup> En lien avec les mesures positives pour l'égalité entre hommes et femmes, voir ATF 123 I 152, consid. 3. b).

<sup>10</sup> La dimension première des droits fondamentaux est négative : les autorités doivent respecter, soit s'abstenir d'interférer, avec les droits fondamentaux des justiciables. La CourEDH admet toutefois que la majorité des droits fondamentaux peuvent, à un moment ou un autre, également impliquer des obligations positives. Voir affaire [A.-M.V. c. Finlande](#) du 23 mars 2017, no 53251/13, § 71.

<sup>11</sup> Voir l'avis de droit de l'OFJ du 10 mars 2016 "Obligation positive de mise à disposition d'aires de séjour ou de transit en faveur des gens du voyage suisses et portée de l'art. 35 Cst.", JAAC 2017 no 2, p. 19, 45.

<sup>12</sup> Coullery/Studer, Verfassungs- und völkerrechtliche Rahmung des schweizerischen Sozialhilferechts: Stand der Debatte und Denkanstösse, ZBl 125/2024, pp. 287-310, 296. Par exemple, les mandats législatifs des articles 8, al. 3 et 8, al. 4 peuvent être considérés comme des mesures positives à charge du Parlement. L'article 12 sur l'aide dans des situations de détresse implique également des mesures positives.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

sphères privées des individus entre eux, et des mesures visant à protéger les groupes particulièrement vulnérables<sup>13</sup>. Le Tribunal fédéral considère que "les obligations positives découlant de l'art. 8 CEDH ne font toutefois peser sur l'État que le devoir de prendre des mesures raisonnables et appropriées pour garantir le droit à la vie privée des justiciables"<sup>14</sup>.

L'article 8a P-Cst. insère un nouveau devoir pour les autorités en matière d'égalité en faveur des personnes handicapées.

L'article 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase vise à insérer dans l'ordre juridique suisse une prise en compte renforcée des personnes handicapées, en prévoyant des obligations positives à charge des autorités dans la mise en œuvre des garanties d'égalité et de l'interdiction de la discrimination. Il est notamment question d'offrir des "mesures de soutien et d'adaptation". Nous examinons ci-après la nature et l'étendue de ces mesures.

### 3.2.2 La justiciabilité

#### 3.2.2.1 L'absence de justiciabilité de principe

Les obligations constitutionnelles positives sont considérées comme justiciables si elles peuvent être mises en œuvre par les tribunaux dans un cas d'espèce sans nécessiter de concrétisation dans l'ordre juridique<sup>15</sup>. Plus précisément, une obligation positive est justiciable si le juge peut non seulement appliquer directement celle-ci mais peut aussi donner satisfaction au recourant sans que l'établissement d'autres règles pour la mise en œuvre ne soit nécessaire. Le Tribunal fédéral s'est prononcé en 1995 comme suit :

*"Während grundrechtliche Abwehransprüche diesbezüglich keine Probleme aufwerfen, setzen Leistungsansprüche voraus, dass diese normativ hinreichend bestimmt sind und vom Richter mit den ihm zur Verfügung stehenden Verfahren und Mitteln konkretisiert und durchgesetzt werden können (J.P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 88, 89). Der Richter hat dabei die funktionellen Grenzen seiner Zuständigkeit zu beachten. Er hat, angesichts der Knappheit staatlicher Ressourcen, nicht die Kompetenz, die Prioritäten bei der Mittelaufteilung zu setzen. Unmittelbar grundrechtsgeboden und vom Richter durchsetzbar kann daher immer nur ein Minimum staatlicher Leistung sein (DIETER GRIMM, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, recht 1988, S. 49)."*<sup>16</sup>

Le Conseil fédéral relève que les droits qui sont définis de manière trop imprécise pour que les tribunaux les appliquent, ou qui laissent une marge de manœuvre trop importante du côté des conséquences juridiques doivent être interprétés comme s'adressant indirectement au législateur<sup>17</sup>. La doctrine est également d'avis qu'une prétention justiciable à des prestations ne peut qu'exceptionnellement et ponctuellement être déduite directement de la Constitution<sup>18</sup>. L'étendue des prestations positives doit avant tout être déterminée par le législateur lorsqu'il y a diverses possibilités de concrétisation à négocier lors du processus politique. Dans un tel cas, l'applicabilité directe d'une obligation positive constitutionnelle fait défaut. Le

<sup>13</sup> Affaire A.-M.H. c. Finlande (note 10), § 71.

<sup>14</sup> ATF 149 I 316, consid. 6.5.1.

<sup>15</sup> Coullery/Studer, Verfassungs- und völkerrechtliche Rahmung des schweizerischen Sozialhilferechts: Stand der Debatte und Denkanstösse, ZBl 125/2024, pp. 287-310, 296.

<sup>16</sup> ATF 121 I 367, consid. 2 c).

<sup>17</sup> MCF portant approbation de la CDPH, FF 2013 601, 614.

<sup>18</sup> Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2018, p. 34.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

Tribunal fédéral n'a, pour le moment, reconnu que le droit d'obtenir le "minimum des prestations étatiques" en lien avec le droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse (art. 12 Cst.) comme pouvant être directement imposé aux autorités<sup>19</sup>.

Le droit aux mesures de soutien et d'adaptation au sens de l'art. 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase P-Cst. ne remplit pas les exigences reconnues par la jurisprudence du Tribunal fédéral pour être considéré comme justiciable. D'abord, les notions de mesures de soutien ou d'adaptation, d'assistance personnelle ou technique ne sont pas suffisamment précises pour que le juge puisse en déduire dans chaque situation de handicap quelles sont les mesures requises. Ensuite, le droit aux mesures de soutien et d'adaptation ne vise pas un minimum de prestations étatiques puisqu'il couvre toutes les mesures nécessaires pour assurer à une personne handicapée l'égalité de droit et de fait avec les personnes non handicapées. Enfin, même si le juge pouvait évaluer si une mesure concrète de soutien ou d'adaptation requise dans un cas d'espèce par la personne handicapée recourante est nécessaire pour assurer l'égalité avec des personnes non handicapées, il n'appartient clairement pas au juge d'évaluer si une telle prestation étatique est finançable non seulement dans le cas d'espèce mais dans tous les cas similaires et si une telle prestation étatique doit avoir la priorité non seulement par rapport à d'autres mesures a priori envisageables pour réaliser l'égalité de fait mais aussi par rapport à d'autres politiques publiques.

Par ailleurs, la lettre de la deuxième phrase de l'art. 8a al. 1 s'apparente aux droits conférés par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées qui sont considérés comme ayant essentiellement un caractère programmatique et donc comme s'adressant en priorité au législateur<sup>20</sup>.

Les possibles mesures de soutien, d'adaptation et d'assistance personnelle sont infinies : certaines font sens pour un type de handicap (l'annonce des arrêts dans un bus pour toutes les personnes malvoyantes, par exemple), mais d'autres doivent être mises en place dans un cas unique (un employé unique est atteint d'une lourde dyslexie). Garantir ces mesures "dans tous les domaines de la vie" comme le requiert la première phrase de l'article 8a, al. 1 P-Cst. nécessite une mise en œuvre législative fédérale et cantonale.

### 3.2.2.2 Une justiciabilité limitée à l'absence de mesures

Si le "droit aux mesures" n'est, en tant que tel, pas justiciable, le Tribunal fédéral a reconnu un droit de faire reconnaître l'absence de mesures législatives prises en faveur de l'égalité au sujet de l'article 8, al. 3, deuxième phrase. L'ATF 137 I 305 concerne le canton de Zoug et sa décision de supprimer un "Bureau de l'égalité". Bien que les tribunaux n'aient aucun pouvoir sur l'organisation concrète des mesures positives mises en place dans les cantons, les autorités judiciaires ont le devoir de vérifier si de telles mesures sont prises<sup>21</sup>. Dans le cas du canton de Zoug, un "Bureau de l'égalité" n'était certes pas l'unique moyen d'atteindre l'égalité mais les autorités cantonales devaient montrer qu'ils prenaient des mesures alternatives pour atteindre l'égalité et respecter le mandat constitutionnel. Le Tribunal fédéral conclut que les législateurs fédéral et cantonaux ont une marge d'appréciation sur la manière dont est mise

---

<sup>19</sup> ATF 121 I 367, consid. 2 c).

<sup>20</sup> MCF portant approbation de la CDPH, FF 2013 601, 613 ss,

<sup>21</sup> Coullery/Studer, Verfassungs- und völkerrechtliche Rahmung des schweizerischen Sozialhilferechts: Stand der Debatte und Denkanstösse, ZBl 125/2024, pp. 287-310, 303.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

en œuvre une obligation positive, mais que les autorités judiciaires doivent contrôler que le mandat constitutionnel est respecté et pris au sérieux.<sup>22</sup>

Un raisonnement similaire doit être appliqué au mandat de réaliser l'égalité de fait de l'art. 8a, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase. L'art. 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase est la transcription, sous forme d'un droit exprès, du mandat législatif de pourvoir à l'égalité de fait en prévoyant les mesures nécessaires. Les tribunaux pourront donc se fonder sur l'art. 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase pour vérifier si le législateur a exercé son pouvoir d'appréciation de manière conforme à la Constitution lorsqu'il prévoit des mesures.

### 3.2.3 La titularité

L'article 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase vise *les personnes physiques qui sont handicapées*. Il faut comprendre par "handicapées" que les personnes présentent une déficience mentale, physique ou psychique (art. 8, al. 2 Cst.). Cette notion a été concrétisée par le législateur dans la LHand (art. 2, al. 2 LHand), où la personne handicapée est définie comme celle dont la déficience constitue un obstacle à l'accomplissement de gestes quotidiens, ou un obstacle social<sup>23</sup>. Le droit à des mesures de soutien est individuel et concret, en ce sens que chaque mesure à examiner doit répondre aux besoins propres de la personne qui l'invoque.

Le texte de l'initiative laisse peu de place à d'autres titulaires, étant donné que le handicap est une caractéristique humaine<sup>24</sup>. Les personnes morales n'ont donc pas le droit de se prévaloir directement de l'article 8a pour faire valoir une inégalité fondée sur le handicap. La loi leur reconnaît toutefois souvent un droit de recours sur ces questions<sup>25</sup>.

### 3.2.4 Les destinataires

Tout comme le mandat de la 1<sup>re</sup> phrase de l'art. 8a, al. 1, P-Cst., la 2<sup>e</sup> phrase, comprise comme un mandat législatif, n'est pas attributive de compétence. Elle s'adresse aussi bien à la Confédération qu'aux cantons, dans les limites de leurs compétences respectives.

### 3.2.5 L'étendue

En tant que concrétisation du mandat législatif de l'art. 8a, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, la deuxième phrase restreint le pouvoir d'appréciation du législateur en énonçant certaines catégories de mesures que la Confédération et les cantons doivent prendre.

L'art. 8a doit être interprété dans le contexte de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) et des Observations générales du Comité onusien en charge. Le Comité de l'initiative Inclusion relève en préambule de ses arguments que la Suisse ne met pas en œuvre correctement la Convention, et qu'il faut y remédier<sup>26</sup>. L'article 8a a donc pour but de donner aux autorités un mandat contraignant de prendre les mesures qui s'imposent pour respecter les valeurs de la CDPH.

<sup>22</sup> ATF 137 I 305 consid. 3.1.; Hänni, *Unter Gleichen: Was Bedeutet Rechtsgleichheit*, ZSR 143 I, 147.

<sup>23</sup> St-Galler BV Komm., Bischof ad art. 8, al. 4, par. 193 s.

<sup>24</sup> Voir l'Observation générale no 6 du Comité des droits des personnes handicapées (2018), CRPD/C/GC/6, par. 8.

<sup>25</sup> Par exemple, voir l'article 9 LHand, ou l'article 9 LIPPI.

<sup>26</sup> La Suisse a ratifié la Convention en mai 2014, et l'instrument est entré en vigueur en juin 2014.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

L'article 8a parle de "mesures de soutien et d'adaptation, notamment une assistance personnelle et technique". Ces différents termes n'appellent pas nécessairement d'interprétation distincte, en ce sens qu'ils visent différentes hypothèses mais ont toujours le même but d'intégration des personnes handicapées.

- Les mesures de soutien sont les mesures qui visent à aider les personnes handicapées dans leur accès à la vie sociale ordinaire. Elles doivent être considérées comme des auxiliaires nécessaires à l'égalité de fait. Par exemple, le fait de prévoir des aides financières pour les programmes d'aide aux personnes handicapées (art. 16, al. 3 LHand) est une mesure de soutien. Les mesures de soutien relèvent principalement de la politique publique et doivent s'inscrire dans la législation de mise en œuvre.

Le Comité des droits des personnes handicapées a adopté un "guide des bonnes pratiques" en décembre 2023 sur les dispositifs de soutien qui favorisent l'inclusion des personnes handicapées dans la société<sup>27</sup>. Il pose le principe que les mesures de soutien et de prise en charge sont nécessaires à la vie indépendante et autonome des personnes en situation de handicap. Ni la Convention, ni le Comité ne définissent ce qu'on doit entendre par "mesures de soutien", mais il est implicitement prévu que celles-ci soient mises en place par les autorités étatiques dans tous les domaines de la vie, afin de *soutenir* les personnes handicapées dans leur vie en société et à surmonter les obstacles qu'elles rencontrent. Au niveau du Comité, les mesures de soutien sont souvent associées aux mesures de "prise en charge" qui visent les aides financières que l'État devrait octroyer aux personnes handicapées lorsqu'elles ne peuvent pas participer pleinement à la vie en société<sup>28</sup>.

- Les mesures d'adaptation, quant à elles, sont les mesures qui servent à modifier la situation concrète afin d'atteindre une égalité de fait. Par exemple, l'utilisation de la langue des signes ou celle du braille sont des mesures d'adaptation. Les mesures d'adaptation se trouvent notamment à l'article 26 CDPH.

L'article 26 CDPH impose aux États membres de prendre les mesures "efficaces et appropriées" pour permettre aux personnes handicapées d'atteindre et de conserver un minimum d'autonomie, (...) et de parvenir à la pleine intégration".

- L'assistance personnelle et technique vise à apporter, dans une situation concrète, les outils favorisant l'égalité. Par exemple, autoriser ou garantir l'accès à une application permettant d'aider le déchiffrement et la lecture pour les personnes atteintes de troubles Dys<sup>29</sup> est une assistance personnelle et technique. L'assistance personnelle et technique peut se rapprocher des aménagements raisonnables prévus à l'article 5, par. 3 CDPH.

L'article 5, par. 3 CDPH demande aux États de prendre des "mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés". Cette règle n'est pas directement justiciable selon le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral. On entend par aménagements raisonnables "les modifications et ajustements nécessaires et appropriés, n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue, apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de

---

<sup>27</sup> Bonnes pratiques tirées des dispositifs de soutien qui favorisent l'inclusion des personnes handicapées dans la société, Rapport du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, A/HRC/55/34.

<sup>28</sup> Idem, par. 4 à 7 notamment.

<sup>29</sup> On peut penser ici à MYdys.

## **Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"**

l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales"<sup>30</sup>.

Toutes ces mesures doivent être traitées de la même manière par les autorités, et elles doivent être interprétées de la même manière. Elles font donc partie des obligations positives que Confédération et cantons doivent mettre en place au travers de leur législation, afin de permettre des mesures adaptatives et inclusives en faveur des personnes handicapées.

On peut déduire du fait que l'art. 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase est formulé comme un droit que le législateur a l'obligation non seulement de prévoir des mesures mettant en œuvre le mandat législatif de l'art. 8a, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, mais aussi d'accorder des droits subjectifs à ces mesures. L'instauration de mesures dont l'octroi serait laissé à la libre appréciation des autorités d'exécution ne respecterait pas l'esprit de l'art. 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase. Il ne s'agirait pas de droits fondamentaux puisque l'étendue et le contenu des mesures seraient définis par la loi, mais il s'agirait de droits subjectifs de niveau législatif.

### **3.2.6 L'examen de la nécessité et de la proportionnalité**

La lettre même de l'article 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase P-Cst. limite le "droit aux mesures" au "cadre de la proportionnalité". La nécessité d'une mesure pour atteindre l'intérêt public poursuivi et la proportionnalité au sens étroit sont usuellement des conditions de restriction des droits fondamentaux (art. 36 al. 2 et 3 Cst.).

Etant donné que l'article 8a, al. 1 s'adresse en priorité au législateur, c'est à celui-ci qu'il appartiendra d'évaluer dans quelle mesure une action est nécessaire pour assurer l'égalité de fait des personnes handicapées et reste proportionnée. Les critères de nécessité et de proportionnalité laissent ainsi une grande marge de manœuvre au législateur pour déterminer quelles mesures sont adéquates.

### **3.2.7 La mise en œuvre**

Comme évoqué, il sera attendu que l'article 8a soit mis en œuvre par la loi. Celle-ci devra permettre aux autorités de fixer les mesures de soutien (politique publique) en faveur de l'intégration des personnes handicapées au sens large, et de régler la manière dont seront déterminées, prises et assumées les mesures d'adaptations, notamment personnelles et techniques.

La mise en œuvre législative devra clairement faire la différence entre le droit aux mesures de soutien, probablement plus axée sur les personnes handicapées comme un "groupe", et les mesures d'adaptation, notamment personnelle et technique, qui doivent pouvoir s'adapter au cas concret d'une personne.

## **3.3 Les personnes handicapées ont le droit de choisir librement leur forme de logement et l'endroit où elles habitent (art. 8a, al. 2, 1<sup>re</sup> demi-phrase)**

L'article 8a, al. 2, 1<sup>re</sup> demi-phrase, consacre le "droit au libre choix de son logement" pour les personnes handicapées. Celui-ci comprend le droit de choisir la forme de leur logement, ainsi que le lieu de leur domicile.

---

<sup>30</sup> Selon la lettre de l'article 2 CDPH.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

### 3.3.1 La justiciabilité

La liberté garantie par l'article 8a, al. 2, 1<sup>re</sup> demi-phrase, est, au contraire du reste de l'article 8a, suffisamment précise et claire pour être considérée comme justiciable.

### 3.3.2 La titularité

L'article 8a, al. 2 vise *les personnes physiques qui sont handicapées* (voir point 3.2.3 sur la notion). Le droit de choisir son logement est un droit strictement personnel qui appartient à toute personne. Le handicap étant une caractéristique humaine<sup>31</sup>, les personnes morales n'ont pas le droit de se prévaloir directement de l'article 8a pour faire valoir leur droit de choisir librement leur lieu d'établissement. La loi peut toutefois leur reconnaître un droit de recours idéal<sup>32</sup> sur ces questions<sup>33</sup>.

### 3.3.3 Les destinataires

En tant que droit fondamental, le droit au libre choix du logement et du lieu d'habitation s'impose à quiconque assume une tâche de l'État (art. 35 al. 2 Cst.). Il oblige donc aussi bien la Confédération que les cantons.

### 3.3.4 Le champ de protection

Le libre choix de son logement pour les personnes handicapées est une concrétisation des droits fondamentaux existants en matière de liberté personnelle et de liberté d'établissement.

Le droit fondamental au "libre choix de son logement et de son lieu de vie" est déjà consacré en partie à deux endroits de la Constitution. D'abord, les citoyens suisses bénéficient de la liberté d'établissement (art. 24 Cst.). C'est un droit d'auto-détermination permettant à chaque citoyen suisse de choisir son lieu de résidence sur le territoire helvétique. Associé à l'article 8, al. 2 Cst., l'article 24 garantit que tous les citoyens suisses, handicapés ou non, bénéficient de la liberté d'établissement. L'art. 8a, al. 2, va au-delà de l'art. 24 Cst. en accordant le libre choix du lieu de domicile en Suisse aux personnes handicapées indépendamment de leur nationalité (voir point 3.3.5 *infra*).

Ensuite, l'article 13 Cst. protège la "sphère privée". Celle-ci se décline en quatre éléments majeurs : la vie privée, la vie familiale, la correspondance et le domicile<sup>34</sup>. C'est surtout en lien avec ce dernier point que la jurisprudence reconnaît une protection du logement et du choix de celui-ci. La jurisprudence relative à l'article 13 Cst. doit se lire avec les jugements rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) quant à l'article 8 § 1 CEDH<sup>35</sup>. L'article 8 CEDH concerne en priorité les droits relatifs à l'identité des individus, à

<sup>31</sup> CDPH, Observation générale no 6, par. 9.

<sup>32</sup> Un parle de recours "idéal" lorsqu'on reconnaît à une organisation de défense de certains intérêts un droit de recours. L'organisation a un intérêt digne de protection reconnu par la loi, parce qu'elle sert les intérêts de personnes déterminées. Par exemple, la LHand reconnaît aux organisations en faveur des personnes handicapées un droit de recours sur les questions d'accessibilité, et de mise en œuvre de la LHand.

<sup>33</sup> Voir la note 28.

<sup>34</sup> CR Cst., Hertig/Marquis ad art. 13 *in extenso* en miroir à l'article 8, par. 1 CEDH qui se lit "Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". Sur le lien entre l'article 13 Cst, et l'article 8 CEDH, voir St.Galler BV Komm, Breitenmoser ad Art. 13, §§ 1 ss.

<sup>35</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH ; RS 0.101).

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

leur auto-détermination, et leur intégrité en leur assurant la possibilité d'entretenir des relations avec les autres et d'être protégés ce faisant<sup>36</sup>. Il est admis que ce droit implique le choix de son lieu de résidence, et de son mode de vie<sup>37</sup>.

La protection de sa sphère privée, notamment de la vie privée et du domicile, a permis à la jurisprudence de s'attarder sur le choix du logement, et de reconnaître les inégalités que les personnes handicapées peuvent souffrir dans ce domaine<sup>38</sup>. En raison de cet ancrage existant, l'article 8a, al. 2 doit être compris comme corolaire de la protection de la sphère privée, et du domicile en particulier, en faveur des personnes handicapées spécifiquement. La jurisprudence relative à l'article 8, par. 2 CEDH (ingérence justifiée) est examinée ci-après sous l'angle des restrictions.

L'article 8a, al. 2 P-Cst. vise le libre choix de la "forme" de son logement. Cet élément est, à première vue, nouveau. Le Comité d'initiative vise de cette manière à garantir que les personnes handicapées ont le choix de ne pas être placées en institution spécialisée, si telle est leur volonté. En matière de logements pour les personnes handicapées, le législateur fédéral fait la différence entre les logements collectifs (institutions), et les logements individuels (logements protégés, par exemple)<sup>39</sup>.

La notion de "domicile" protégée à l'article 13 Cst. est interprétée de manière très large et permet de protéger tous les espaces où une personne a clairement l'intention de s'y installer<sup>40</sup>. La jurisprudence relative à l'article 8 CEDH confirme que le but de cette garantie est de protéger avant tout contre les ingérences arbitraires des autorités dans la sphère privée de l'individu<sup>41</sup>. Elle ajoute que l'article 8 CEDH comporte généralement aussi des obligations positives comme l'adoption de mesures permettant de garantir le respect de la sphère privée entre individus<sup>42</sup>. Lors qu'une personne handicapée n'a pas le même éventail de choix qu'une personne non handicapée quant à son logement, l'existence d'une discrimination n'est pas exclue<sup>43</sup>. L'article 8 CEDH n'explicite pas les "formes" de logement, mais la Cour admet que le choix de son lieu de résidence est une expression du droit à l'auto-détermination quant à son logement<sup>44</sup>. La protection du libre choix de la "forme" du logement doit donc être considérée comme étant couverte par l'article 8 CEDH également. Le Tribunal fédéral considérant que l'article 13 Cst. offre les mêmes protections que l'article 8 CEDH<sup>45</sup>, celui-ci protège donc également le choix de la "forme" du logement.

Le droit au libre choix de sa forme de logement et de son lieu de domicile doit être compris comme un moyen de réaliser l'égalité de droit et de fait au sens de l'art. 8a al. 1 P-Cst. Il doit donc être interprété largement, de manière à garantir un traitement équitable des personnes handicapées et non handicapées. Il devra aussi être interprété de manière conforme à la jurisprudence relative à l'article 13 Cst. et à l'article 8 CEDH.

<sup>36</sup> Par exemple, affaire Connor c. Royaume-Uni du 27 mai 2004, requête no 28957/95, § 82.

<sup>37</sup> A.-M.V. c. Finlande (note 10), §§ 75 ss.

<sup>38</sup> Voir de manière topique dans ce domaine, l'arrêt A.-M.V. c. Finlande.

<sup>39</sup> Voir le Message RPT I, FF 2005 5641, 5809.

<sup>40</sup> Affaire A.-M.V. c. Finlande (note 10), § 70.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Id. § 71.

<sup>43</sup> Id. § 72.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> St.Galler BV Komm, Breitenmoser ad Art. 13, § 1. Voir aussi ATF 126 II 377, consid. 7.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

L'article 8a, al. 2 explicite un droit au libre choix du logement pour les personnes en situation de handicap qui découle implicitement déjà de la combinaison des articles 24, 13, et 8 Cst. Il n'ajouterait donc pas à proprement parler un nouveau droit fondamental au catalogue suisse. Nous réservons toutefois le cas particulier des personnes étrangères et handicapées qui doit encore être examiné *infra* (point 3.3.5).

### 3.3.5 Les restrictions

L'article 8a explicitant le droit des personnes handicapées de choisir leur logement, l'analyse des restrictions légitimes de ce libre choix est similaire à celles de l'article 13 Cst. En effet, la liberté de choix est sujette à restriction au sens de l'article 36 Cst. L'article 13 Cst. ne fait pas exception. La CEDH prévoit également des restrictions à la protection de la sphère privée à son article 8, par. 2. La jurisprudence reconnaît par exemple qu'on peut restreindre le libre choix du logement d'une personne nécessitant l'aide d'un curateur<sup>46</sup>.

Restreindre le choix d'une personne de son lieu de vie est une ingérence importante dans l'auto-détermination de celle-ci, ainsi que dans son autonomie, on attend donc une base légale formelle justifiant cette restriction (art. 36, al. 1 Cst.). La CourEDH considère, pour rappel, que les États doivent garantir une procédure claire pour restreindre la liberté de choix d'une personne, et justifier son placement éventuel dans une institution<sup>47</sup>. En droit suisse, cela relève notamment du droit de la protection de l'adulte et donc du Code civil.

La restriction doit ensuite poursuivre un intérêt public (art. 36, al. 2 Cst.) et être proportionnée (art. 36, al. 3 Cst.). Un examen de chaque cas concret doit être garanti et possible pour s'assurer que la restriction est légitime. Une application par analogie de l'examen sous l'angle de l'article 13 Cst. (ou 8 CEDH) permet de cerner les implications d'une restriction du libre choix des personnes handicapées quant à leur logement.

Dans le cas spécifique des personnes en situation de handicap avec déficience intellectuelle, la CourEDH a considéré que les empêcher de choisir librement leur lieu de vie était une atteinte importante à la vie privée, et que les États devaient donc apporter des arguments forts<sup>48</sup> pour démontrer que ces obstacles étaient "nécessaires dans une société démocratique"<sup>49</sup>. Pour ce faire, l'État doit surtout établir qu'il a tenu compte des intérêts de la personne. La Cour admet en effet que les États ont une marge de manœuvre importante pour apprécier les faits poussant les autorités à considérer qu'une personne n'a pas les capacités requises au libre choix de son logement, ou si elle doit être placée sous curatelle. Dans de tels cas, si l'État arrive à démontrer que les procédures étatiques permettent de prendre correctement en compte les intérêts des individus avant de prendre une décision pouvant mener la personne à être dépourvue de son choix du lieu de vie, la Cour considère que l'article 8 § 1 est respecté<sup>50</sup>.

Ces considérations sont valables pour l'application de l'article 8 § 1 CEDH, et son pendant suisse, soit l'article 13 Cst. Abstraitement, les personnes en situation de handicap sont déjà libres de choisir leur logement et leur lieu de vie en application des articles 13 et 8 Cst. (droit

<sup>46</sup> A.-M.V. c. Finlande (note 10), § 83.

<sup>47</sup> Id. § 84.

<sup>48</sup> La nécessité d'apporter des éléments forts également du fait que les personnes en situation de handicap sont considérées comme "vulnérables" au sens de la Convention, et doivent donc faire l'objet d'une attention accrue de la part de l'État. Le devoir de protection de ce dernier est étendu lorsque les atteintes portent sur un groupe de personnes vulnérables ; voir notamment affaire Kiyutin v. Russia du 10 mars 2011, requête 2700/10, § 63.

<sup>49</sup> Affaire A.-M.V. c. Finlande (note 10).

<sup>50</sup> *Idem*, § 90.

## **Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"**

au respect de la vie privée et du domicile, conjointement à l'interdiction de la discrimination). Les mêmes limitations que celles appliquées aux personnes ordinaires sont possibles. L'État peut donc restreindre la liberté de choix des personnes handicapées quant à leur lieu de vie s'il démontre qu'il prend des décisions individuelles et concrètes après une pesée des intérêts tenant compte de la situation spécifique de la personne handicapée en cause. La limitation est alors "nécessaire dans une société démocratique", car elle poursuit un intérêt public de protection des droits fondamentaux des tiers, de sécurité ou de santé publique par exemple.

### **3.3.6 La différence avec l'art. 24 al. 2 Cst.**

Les personnes étrangères, en raison de leur statut particulier, ne peuvent pas se prévaloir de la liberté d'établissement (art. 24 al. 2 Cst.). Elles doivent, à défaut de traités internationaux conclus par la Suisse garantissant la libre circulation, respecter les conditions de séjour prévues par les dispositions de droit fédéral (LEI<sup>51</sup>, notamment), même si elles sont établies en Suisse ou y séjournent légalement<sup>52</sup>.

L'art. 8a al. 2 P-Cst. accorde à toute personne handicapée, indépendamment de sa nationalité, la liberté de choisir son lieu d'habitation. Cela signifie que les conditions de séjour posées par le droit fédéral, y compris la limitation des possibilités de changer de canton<sup>53</sup>, seraient nouvellement considérées comme des restrictions à la liberté de choisir son lieu d'habitation. Leur constitutionnalité devrait être examinée à l'aune de l'art. 36 Cst.

### **3.4 Les personnes handicapées ont droit, dans le cadre de la proportionnalité, aux mesures de soutien et d'adaptation nécessaires à l'exercice de la liberté de choix de la forme de logement et du lieu d'habitation (art. 8a, al. 2, 2<sup>e</sup> demi-phrase)**

L'article 8a, al. 2, 2<sup>e</sup> demi-phrase retrouvant la même structure que celle de l'article 8a, al. 1 deuxième phrase, nous renvoyons au point 3.2 *supra* pour les développements généraux, notamment quant à sa nature juridique d'obligation positive (point 3.2.1) et à sa justiciabilité (point 3.2.2). Nous évoquons toutefois ici quelques aspects spécifiques à l'obligation positive d'adopter les mesures de soutien et d'adaptation nécessaires à la réalisation du "libre choix de son logement".

#### **3.4.1 La titularité**

La deuxième demi-phrase de l'article 8a, al. 2 est une obligation positive à charge des autorités dans leur mise en œuvre de la première phrase, soit le libre choix au logement. Par conséquent, la titularité est la même que pour l'obligation principale : les personnes physiques et handicapées ont le droit de prétendre aux mesures qui seront prises par les autorités pour répondre au mandat de l'article 8a, al. 2.

Cette obligation positive n'est toutefois pas justiciable (par analogie, voir le point 3.2.2) en tant que telle et devra faire l'objet d'une concrétisation législative aux niveaux fédéral et cantonal.

#### **3.4.2 Les destinataires**

En tant que formulation d'une obligation positive rattachée au droit au libre choix du logement et du lieu d'habitation, la 2<sup>e</sup> demi-phrase de l'al. 2, comprise comme un mandat législatif, n'est

---

<sup>51</sup> Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005, RS 142.20.

<sup>52</sup> CR Cst., Pérez/Nguyen art. 24, § 29.

<sup>53</sup> Par ex. art. 85 al. 3 LEI.

## **Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"**

pas attributive de compétence. Elle s'adresse aussi bien à la Confédération qu'aux cantons, dans le cadre de leurs compétences respectives.

### **3.4.3 L'étendue**

L'article 8a, al. 2, 2<sup>e</sup> demi-phrase, rend explicite une obligation positive en faveur des personnes en situation de handicap qui est rattachée à la liberté prévue dans la première demi-phrase de cette disposition. Les autorités doivent adopter des mesures garantissant le libre choix du logement pour les personnes handicapées. En ce sens, l'article 8a, al. 2 donne mandat aux autorités d'adopter les mesures nécessaires à cet effet. Quant à l'étendue et la catégorisation des mesures visées à l'article 8a, al. 2, nous renvoyons aux développements relatifs à l'alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase (point 3.3.4).

L'article 8a, al. 2, 2<sup>e</sup> demi-phrase explicite un devoir d'action de la part de l'État et des autorités en faveur du libre choix du logement pour les personnes handicapées, et que celles-ci seront tenues d'adopter des mesures répondant à ce mandat. Le type de mesure est laissé au choix du législateur fédéral, et des législateurs cantonaux, ceux-ci ayant une compétence partagée en matière d'encouragement à l'accès au logement (art. 108 Cst.), et une compétence complémentaire en matière d'intégration des invalides (art. 112b Cst.), ainsi que de l'aide au domicile (art. 112c Cst.).

### **3.4.4 L'examen de la nécessité et de la proportionnalité**

Comme pour l'article 8a, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase P-Cst., la deuxième demi-phrase de l'alinéa 2 limite le "droit aux mesures" au "cadre de la proportionnalité". La nécessité d'une mesure pour atteindre l'intérêt public poursuivi et la proportionnalité au sens étroit sont usuellement des conditions de restriction des droits fondamentaux (art. 36 al. 2 et 3 Cst.).

C'est au législateur qu'il appartiendra d'évaluer dans quelle mesure une action est nécessaire pour assurer la liberté de choisir la forme de logement ou le lieu d'habitation et reste proportionnée. Les critères de nécessité et de proportionnalité laissent ainsi une grande marge de manœuvre au législateur pour déterminer quelles mesures sont adéquates.

### **3.4.5 La mise en œuvre**

Comme pour l'article 8a, al. 1, deuxième phrase (point 3.2.6 *supra*), il sera attendu des autorités fédérales et cantonales de mettre en œuvre l'obligation positive à leur charge. Ainsi, elles devront garantir dans leurs propres lois que les personnes handicapées ont le droit de demander des mesures de soutien, ainsi que d'adaptations, personnelles et techniques selon leur besoin, et selon les situations. En matière de logement, cela signifie que les autorités doivent garantir notamment qu'il existe des alternatives à choix pour les personnes handicapées.

## **4 L'article 8a et le droit constitutionnel actuel**

Au regard de l'analyse qui précède, nous pouvons maintenant mettre en exergue les points communs, ainsi que les différences entre l'article 8a de l'initiative et le droit constitutionnel actuel. Il appartiendra en revanche aux offices de poursuivre l'analyse par rapport au droit infra-constitutionnel dans leur domaine de compétence.

## Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"

### 4.1 Les points communs avec le droit constitutionnel actuel

L'article 8a P-Cst. protège les personnes handicapées contre les inégalités. Il vise leur intégration, et l'octroi de mesures d'adaptation poursuivant ce but. La Constitution en vigueur prévoit déjà, dans une certaine mesure, ces éléments :

- Dans la mesure où les discriminations au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. constituent des atteintes à l'égalité en droit ou en fait des personnes handicapées, leur élimination sera aussi visée par l'art. 8a al. 1 P-Cst.
- Le mandat législatif de l'art. 8 al. 4 Cst. est compris dans celui de l'art. 8a al. 1 P-Cst.
- Le droit au libre choix de la forme de logement (art. 8a al. 2 P-Cst.) se recoupe avec l'art. 13 Cst. et l'art. 8 § 1 CEDH.
- Le droit au libre choix du lieu d'habitation (art. 8a al. 2 P-Cst.) se recoupe, pour les personnes handicapées de nationalité suisse, avec l'art. 24 al. 2 Cst.
- Les mandats de l'art. 112b Cst. en matière d'encouragement de l'intégration des personnes invalides se recoupent avec ceux de l'art. 8a P-Cst. de pourvoir à l'égalité de fait des personnes handicapées. Les prestations en espèce et en nature que la Confédération accorderait en exécution des mandats de l'art. 8a Cst. se fonderaient sur les art. 112 al. 2 let. b et 112b al. 1 Cst.
- En matière de construction et d'acquisition de logements par les personnes handicapées, le mandat de prendre des mesures pour permettre le libre choix de la forme d'habitation (art. 8a al. 2 P-Cst.) se recoupe avec la compétence d'encouragement de l'art. 108 Cst. qui doit être exercée en tenant compte des intérêts des personnes handicapées (art. 108 al. 4 Cst.)
- L'aide à domicile et les soins à domicile, que les cantons doivent encourager en vertu de l'art. 112c al. 1 Cst., font partie des mesures de soutien visées par l'art. 8a al. 2 Cst. pour permettre le libre choix de la forme d'habitation.

### 4.2 Les grandes différences avec le droit constitutionnel actuel

En revanche, l'article 8a P-Cst. explicite plusieurs droits spécifiques en faveur des personnes handicapées, ce qui semble lui donner une plus grande amplitude, sur certains points, que les droits constitutionnels en vigueur :

- L'art. 8a al. 1 P-Cst. va plus loin que l'art. 8 al. 2 Cst. en mandatant le législateur de pourvoir à l'égalité en droit et en fait même si l'inégalité n'est pas constitutive d'une discrimination.
- L'art. 8a al. 1 P-Cst. va plus loin que l'art. 8 al. 4 Cst. :
  - Il ne suffit plus au législateur de prévoir *des* mesures en vue d'éliminer des inégalités, il est tenu de prendre *les* mesures nécessaires, dans le respect de la proportionnalité, pour réaliser l'égalité en droit et en fait.
  - La deuxième phrase de l'al. 1 énonce des catégories de mesures dont le législateur doit tenir compte.
  - Le législateur doit accorder un droit subjectif aux mesures.
- Le droit au libre choix du lieu d'habitation (art. 8a al. 2 P-Cst.) constitue un nouveau droit fondamental pour les personnes handicapées de nationalité étrangère.
  - Le législateur est expressément tenu d'accorder des mesures de soutien et d'adaptation pour permettre aux personnes handicapées d'exercer leur droit au

## **Avis de droit relatif à l'initiative "Inclusion"**

libre choix de la forme de logement et du lieu d'habitation (art. 8a al. 2 P-Cst.). Cela couvre d'autres mesures que celles visées par les art. 108 et 112c Cst.

- Dans la mesure où la notion d'intégration à l'art. 112b Cst. comprend ou au moins se recoupe avec l'élimination des inégalités de droit et de fait, la compétence législative fédérale limitée aux principes de l'art. 112b, al. 3, Cst. recouvre aussi, dans les domaines de la compétence des cantons, l'exécution des mandats de l'art. 8a P-Cst. s'agissant des personnes invalides qui sont aussi handicapées. La question de savoir si la notion d'invalidité à l'art. 112b Cst. peut être interprétée de manière coordonnée avec celle de personne handicapée au sens de l'art. 8a P.-Cst peut rester ouverte.