Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Bundeskanzlei BK

Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB
Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération JAAC
Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione GAAC

JAAC 2/2017 du 30 mars 2017

2017.2 (p. 19–45)

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.

DFJP, Office fédéral de la justice **(avis de droit du 10 mars 2016)**

EJPD, Bundesamt für Justiz **(Gutachten vom 10. März 2016)**

Mots clés: gens du voyage, minorité nationale, interdiction de discrimination, obligations positives, aménagement du territoire, aires de stationnement ou de transit.

Stichwörter: Fahrende, nationale Minderheit, Diskriminierungsverbot, positive Verpflichtungen, Raumplanung, Stand- oder Durchgangsplätzen.

Termini chiave: nomadi, minoranza nazionale, divieto di discriminazione, obblighi positivi, pianificazione del territorio, aree di sosta o di transito.

Regeste:

1. Le droit international impose des obligations positives à l'égard des gens du voyage. Les dispositions conventionnelles qui les fondent font partie intégrante de l'ordre juridique suisse et imposent aux autorités de permettre aux gens du voyage de préserver leur mode de vie et leur identité. Mais, il n'existe pas de fondement conventionnel qui permettrait actuellement de déduire un droit justiciable à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit en faveur des gens du voyage.
2. A l'instar du droit international, le droit constitutionnel impose aux entités qui assument une tâche de l'État des obligations positives en faveur des gens du voyage. Elles sont, en particulier, tenues de prendre en compte les spécificités du mode de vie tzigane. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a une obligation positive pour les autorités compétentes de prévoir dans les plans d'aménagement du territoire des zones et des emplacements appropriés qui puissent servir d'aires de stationnement pour les gens du voyage. Cependant, il n'existe pas de fondement constitutionnel qui permettrait actuellement de déduire un droit justiciable à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit en faveur des gens du voyage. En particulier, il n'est pas possible de déduire de telles prétentions en se fondant sur l'art. 35 Cst.
3. Le Tribunal fédéral reconnaît le mode de vie itinérant ou semi-itinérant des gens du voyage comme une caractéristique essentielle de leur identité. Il a déduit l'obligation pour les autorités de prendre en compte leurs besoins spécifiques dans le cadre de l'aménagement du territoire et fait ainsi entrer les besoins socio-économiques et culturels des gens du voyage dans les principes régissant l'aménagement du territoire.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les autorités compétentes ont l'obligation de prévoir dans les plans d'aménagement du territoire des zones et des emplacements appropriés qui puissent servir d'aires de stationnement pour les gens du voyage. Le Tribunal fédéral a mis l'accent sur l'importance des procédures de planification du territoire mais il n'a pas reconnu de droit justiciable à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit.

Regeste:

1. Das internationale Recht sieht positive Verpflichtungen des Staates gegenüber Fahrenden vor. Die Konventionsbestimmungen, auf denen die positiven Verpflichtungen gründen, sind integrierender Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung und verpflichten die Behörden vorzusehen, dass Fahrende ihren Lebensstil und ihre Identität bewahren können. Zum heutigen Zeitpunkt gibt es jedoch keine konventionsrechtliche Grundlage, welche es ermöglichen würde, einen justiziablen Anspruch auf die Bereitstellung von Stand- oder Durchgangsplätzen zugunsten Fahrender abzuleiten.
2. Wie das Völkerrecht sieht auch das Verfassungsrecht für die Träger staatlicher Aufgaben positive Verpflichtungen gegenüber Fahrenden vor. Träger staatlicher Aufgaben sind insbesondere gehalten, den Eigenheiten des Lebensstils von Fahrenden Rechnung zu tragen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich eine positive Verpflichtung der zuständigen Behörden, in den Raumordnungsplänen geeignete Zonen und Standorte vorzusehen, die als Standplätze für Fahrende dienen können. Demgegenüber gibt es keine verfassungsrechtliche Grundlage, gestützt auf welche es zum heutigen Zeitpunkt möglich wäre, ein justiziables Recht auf die Bereitstellung von Stand- oder Durchgangsplätzen zugunsten Fahrender abzuleiten. Insbesondere ist es nicht möglich, entsprechende Ansprüche aus Art. 35 der Bundesverfassung abzuleiten.
3. Das Bundesgericht anerkennt die nomadische oder halbnomadische Lebensweise der Fahrenden als wesentliches Merkmal ihrer Identität. Daraus folgert es, dass die Behörden verpflichtet sind, die besonderen Bedürfnisse der Fahrenden im Rahmen der Raumplanung zu berücksichtigen und ihre sozioökonomischen und kulturellen Bedürfnisse in die Raumplanungsgrundsätze einzubeziehen.

   Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die zuständigen Behörden verpflichtet, in den Raumordnungsplänen geeignete Zonen und Standorte vorzusehen, die als Stand- oder Durchgangsplätze für Fahrende dienen können. Das Bundesgericht hat den Akzent auf die Bedeutung der Raumplanungsverfahren gelegt; es hat demgegenüber aber nicht einen justiziablen Anspruch auf die Bereitstellung von Stand- oder Durchgangsplätzen anerkannt.

Regesto:

1. Il diritto internazionale impone allo Stato obblighi positivi nei confronti dei nomadi. Le disposizioni convenzionali su cui si fondano gli obblighi positivi sono parte integrante dell'ordinamento giuridico svizzero e impongono alle autorità di permettere ai nomadi di preservare il loro stile di vita e la loro identità. Tuttavia attualmente non sussiste alcun fondamento convenzionale che permetterebbe di desumere un diritto deducibile in giudizio alla messa a disposizione di aree di sosta o di transito a favore dei nomadi.
2. Come il diritto internazionale, il diritto costituzionale impone agli enti che svolgono compiti statali obblighi positivi a favore dei nomadi. In particolare essi sono tenuti a considerare le specificità dello stile di vita dei nomadi. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, sussiste un obbligo positivo per le autorità competenti di prevedere nei piani di assetto territoriale zone e siti appropriati che possano servire da aree di stazionamento per i nomadi. Tuttavia non vi è alcun fondamento costituzionale che attualmente permetterebbe di desumere un diritto deducibile in giudizio alla messa a disposizione di aree di sosta o di transito a favore dei nomadi. In particolare, non è possibile desumere corrispondenti diritti fondandosi sull'articolo 35 della Costituzione federale.
3. Il Tribunale federale riconosce il modo di vivere itinerante o semiitinerante dei nomadi come una caratteristica essenziale della loro identità. Ne ha dedotto l'obbligo per le autorità di tener conto delle loro esigenze specifiche nell'ambito della pianificazione del territorio e include quindi le

esigenze socioeconomiche e culturali dei nomadi nei principi che disciplinano la pianificazione territoriale.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, le autorità competenti hanno l'obbligo di prevedere nei piani di assetto territoriale zone e siti appropriati che possano servire da aree di stazionamento per i nomadi. Il Tribunale federale ha posto l'accento sull'importanza delle procedure di pianificazione del territorio ma non ha riconosciuto un diritto giustiziabile alla messa a disposizione di aree di sosta o di transito.

Bases juridiques: art. 27 du Pacte II (RS *0.103.2*); art. 8 CEDH (RS *0.101*); art. 4 et 5 de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales (RS *0.441.1*); art. 8, al. 2, et 35 Cst. (RS *101*); LAT (RS *700*).

Rechtliche Grundlagen: Art. 27 UNO-Pakt II (SR *0.103.2*); Art. 8 EMRK (SR *0.101*); Art. 4 und 5 Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten (SR *0.441.1*); Art. 8 Abs. 2 und Art. 35 BV (SR *101*); RPG (SR *700*).

Basi giuridiche: art. 27 del Patto II dell'ONU (RS *0.103.2*); art. 8 CEDU (RS *0.101*); art. 4 e 5 della Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali (RS *0.441.1*); art. 8 cpv. 2 e 35 Cost. (RS *101*); LPT (RS *700*).

Table des matières

1 Mandat et question posée ... 23

2 Notions ... 23

2.1 Obligations positives ... 23

2.1.1 Origine ... 23

2.1.2 Obligations positives en droit suisse ... 24

2.1.3 Justiciabilité des obligations positives en droit interne ... 24

2.2 Gens du voyage ... 25

2.2.1 Désignation ... 25

2.2.2 Statut de minorité nationale ... 25

3 Fondements conventionnels ... 26

3.1 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II) ... 26

3.1.1 Art. 27 du Pacte II (protection des minorités) ... 26

3.1.2 Justiciabilité de l'art. 27 du Pacte II ... 26

3.1.3 Bilan intermédiaire ... 27

3.2 Convention européenne des droits de l'homme ... 27

3.2.1 Art. 8 CEDH (Droit au respect de la vie privée et familiale) ... 27

3.2.1.1 Droits en jeu ... 27

3.2.1.2 Existence d'une obligation positive ... 27

3.2.1.3 Marge d'appréciation en cas d'expulsion ... 29

3.2.1.4 Justiciabilité des droits découlant de l'art. 8 CEDH ... 30

3.2.2 Art. 14 CEDH (Interdiction de discrimination) ... 31

3.2.3 Implications en droit interne ... 31

3.3 Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (art. 1, 4 et 5) ... 32

3.4 Bilan intermédiaire ... 33

4 Fondements constitutionnels ... 33

4.1 Remarques préliminaires ... 33

4.2 Art. 8, al. 2, Cst. (interdiction de discriminer) ... 34

4.2.1 Principe ... 34

4.2.2 Nature du droit et portée ... 34

4.3 Autres droits fondamentaux ... 36

4.4 Portée de l'art. 35 Cst. (Réalisation des droits fondamentaux) ... 37

4.4.1 Effets généraux ... 37

4.4.2 Obligation d'agir ... 38

4.4.3 Bilan intermédiaire ... 38

5 Fondements légaux ... 39

5.1 Encouragement de la culture ... 39

5.2 Aménagement du territoire ... 40

5.2.1 Étendue de la compétence législative de la Confédération ... 40

5.2.2 Exercice de la compétence législative de la Confédération ... 41

5.2.3 Jurisprudence du Tribunal fédéral ... 42

5.2.4 Révision partielle de la LAT ... 44

5.2.5 Bilan intermédiaire ... 44

6 Conclusion ... 45

1 Mandat et question posée

La Fondation Assurer l'avenir des gens du voyage suisses a invité l'Office fédéral de la justice (OFJ) à actualiser son avis de droit sur le statut juridique des gens du voyage en Suisse eu égard à leur qualité de minorité nationale reconnue[1] et l'a prié, en particulier, d'examiner les questions suivantes[2]:

> *«ob sich aus Art. 35 BV nicht allenfalls die Verpflichtung von Behörden ergibt, aktiv für die Fahrenden als nationale Minderheit Stand- und Durchgangsplätze in genügender Anzahl zu schaffen. Falls dies zutreffen sollte, stellt sich die weitere Frage, ob die entsprechende Verpflichtung auch rechtlich durchsetzbar sei etwa in dem Sinne, dass beispielsweise die Verweigerung einer entsprechenden Änderung des Zonenplans einer Gemeinde anfechtbar sei».*

L'OFJ a ainsi actualisé l'avis de droit précité dans la perspective de répondre aux questions posées sur la mise à disposition d'aires de stationnement et de transit. La question principale posée dans le cadre de la présente étude est celle de déterminer dans quelle mesure on peut tirer de dispositions conventionnelles ou constitutionnelles, y compris de l'art. 35, al. 2, de la Constitution (Cst.)[3] ou de dispositions légales, une obligation positive à la charge de l'État de fournir des prestations. Si la réponse est affirmative, il s'agira d'examiner dans quelle mesure ces dispositions imposent aux autorités de mettre à disposition des aires de séjour ou de transit pour les gens du voyage suisses avant de se pencher sur la question de la justiciabilité de ces obligations positives.

La présente étude abordera cette cascade de questions en reprenant dans une certaine mesure la même structure que l'avis de droit de 2002 précité: après un rappel de certaines notions (ch. 2), elle abordera les dispositions de droit international (ch. 3) puis les droits fondamentaux garantis par la Constitution qui protègent sur le plan juridique le mode de vie traditionnel des gens du voyage (ch. 4). Elle complétera l'avis de droit de 2002 par l'analyse de la portée de l'art. 35 Cst. et par l'étude de textes légaux (ch. 5).

2 Notions

2.1 Obligations positives

2.1.1 Origine

La notion d'obligation positive s'est développée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon la Cour:

> *«Aux termes de l'art. 1 de la Convention, les Etats contractants «reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis (…) [dans] la (…) Convention». Ainsi que la Cour l'a dit dans l'affaire Marcks (…) [c. Belgique, 13 juin 1979] § 31, [série A n°31] voir également Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981 §49, série A n°44), à l'engagement plutôt négatif d'un État de s'abstenir de toute ingérence dans les droits garantis par la Convention «peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à ces droits»*[4].

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les obligations positives peuvent prendre plusieurs formes et être étroitement liées à des obligations négatives:

> *«(…) [les obligations positives] peuvent non seulement prendre la forme d'une prestation d'ordre social ou d'une garantie procédurale, mais aussi imposer une adaptation législative, ou encore participer à la diffusion des garanties conventionnelles dans le domaine des relations inter-individuelles*[5]*».*
>
> *La Cour EDH relève à de nombreuses reprises que la frontière entre obligations positives et négatives est floue. Dans sa jurisprudence plus récente, la Cour EDH a eu l'occasion de préciser*

---

1 Avis de droit du 27 mars 2002 de l'Office fédéral de la justice, JAAC **66**.50, p. 578.
2 Lettre du 7 septembre 2015 de la Fondation Assurer l'avenir des gens du voyage suisses adressée à l'Office fédéral de la justice.
3 RS **101**.
4 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) c. Suisse* du 30 juin 2009 [Grande Chambre], req. 32772/02, Recueil des arrêts et décisions [Recueil] 2009-IV, § 79.
5 Nathanaël Pétermann, Obligations positives de l'Etat fondées sur la Convention européenne des droits de l'homme, point de vue du praticien, *in Revue de l'avocat,* 2015, p. 474 [474-475] et les références de jurisprudence citées, par exemple X et Y c. Pays-Bas, du 26.3.1985 § 23.

que lorsqu'un requérant invoque à titre principal une atteinte à un droit protégé, le cas sera examiné sous l'angle des obligations négatives. Lorsqu'il s'agit de garantir un droit effectif, telle la «[…] création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus […]», le grief sera examiné sous l'angle des obligations positives»[6]*.*

2.1.2 Obligations positives en droit suisse

On retrouve ainsi en droit suisse l'interdépendance entre les obligations négatives et positives.

Le Conseil fédéral[7], une partie de la doctrine[8], et la pratique distinguent de manière générale trois types d'obligations à la charge de l'État:

– les obligations d'abstention («*Unterlassungspflichten»*) qui peuvent être décrites comme des devoirs négatifs («*negative Pflichten»* ou *«duty to respect»),*

– les obligations de protection («*Schutzpflichten*»[9] ou «*duty to protect»*), et

– les obligations de réalisation ou de mise en œuvre («*Gewährleistungspflichten*» («*duty to fulfil or duty to ensure»*).

Les obligations de protection et les obligations de réalisation ou de mise en œuvre sont considérées comme des obligations positives. La majorité des obligations positives relèvent d'obligations de moyen, certaines impliquent une obligation de résultat.

Sans entrer dans le détail de la classification disparate[10] des obligations positives, le présent avis de droit mettra l'accent sur les obligations de réalisation qui permettent d'exiger une prestation («*Leistung*») de l'État, au sens de la question posée sur la mise à disposition d'aires de stationnement et de transit pour les gens du voyage, et de garantir ainsi un résultat.

Ce type d'obligations sera examiné d'un point de vue pragmatique en s'interrogeant sur leur fondement ainsi que sur leur portée.

2.1.3 Justiciabilité des obligations positives en droit interne

Les obligations de protection sont justiciables en droit interne dans la mesure où elles ne requièrent pas une intervention sur le plan législatif[11], par exemple le droit à la vie.

La question de la justiciabilité d'obligations de réalisation est plus délicate. Le Tribunal fédéral montre, de manière générale, une certaine retenue en déclarant, par exemple:

«Die Grundrechte auf Familie und Achtung des Familienlebens (Art. 14 BV und Art. 8 EMRK) richten sich in erster Linie als Abwehrrechte gegen den Staat. Sie begründen nur ausnahmsweise und punktuell verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche»[12]*.*

Quant à la doctrine récente, elle répond de manière nuancée à la question de savoir si un particulier peut se prévaloir d'un droit fondamental pour exiger une prestation de l'État. Pour certains auteurs, cette réponse dépend de la liberté invoquée, du type de prestations exigées, de l'autorité administrative qui

---

6 Nathanaël Pétermann, *op.cit.,* note n° 5 et la citation *in fine* de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16.12.2010, *A, B et C c. Irlande,* § 216 et §§ 245 ss..

7 Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2012 portant approbation de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, FF **2013** 601 [614], ch. 2.2.

8 Walter Kälin, Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz, Das Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Nomos Verlag, 2013, n° 263-265, p. 103-104; voir aussi Nathanaël Pétermann*, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse,* Stämpfli, 2014, p. 98-99.

9 Comparer, par exemple, au sujet des obligations de protection, l'ATF 126 II 300 [314], cons. 5a selon lequel: «Nach neuerer Auffassung haben Grundrechte nicht nur eine abwehrende Funktion gegen Beeinträchtigungen durch den Staat, sondern begründen auch eine staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdungen, die von Dritten verursacht werden».

10 Certains auteurs se placent, par exemple, dans la perspective des prétentions qui peuvent découler des droits fondamentaux et les énumèrent de la manière suivante: «*Abwehransprüche»*; *«Schutzansprüche*» et «*Leistungsansprüche*»; *cf.* Rainer J. Schweizer *in Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar,* 2014, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, n° 35 ou Regina Kiener, Walter Kälin, *Grundrechte*, Stämpfli, 2013, p. 34-42; voir au sujet de la théorie peu *«lisible»* des obligations positives, Nathanaël Pétermann, op. cit., note n° 8 p. 99.

11 Voir, notamment, le Message du Conseil fédéral cité à la note n° 7, FF **2013** 601 [613–614], ch. 2.2.

12 ATF 140 I 77 [81], cons. 5.3; voir au sujet de la liberté d'expression et de réunion l'ATF 127 I 164 [167], cons. 3a.

devrait la fournir ainsi que des circonstances du cas d'espèce[13]. D'autres, après avoir rappelé que quelques dispositions constitutionnelles fondent directement le droit, dans certaines circonstances, à une prestation de l'État (par exemple, le droit à l'assistance judiciaire garanti à l'art. 29, al. 3, Cst.), s'expriment ainsi:

> *«Zweitens können sich die Anforderungen, welche die Grundrechte an das Verhalten der Behörden stellen, in bestimmten Fallkonstellationen ausnahmsweise und punktuell zu einem konkreten, verfassungsunmittelbar begründeten Leistungsanspruch verdichten»*[14].

Il n'est donc guère possible d'appréhender la question des obligations positives de manière générale. Il faut examiner, dans chaque cas, les différentes dispositions conventionnelles et constitutionnelles pertinentes qui pourraient entrer en ligne de compte pour fonder des obligations positives voire d'éventuels droits justiciables en faveur des gens du voyage.

2.2 Gens du voyage

Il convient au préalable de clarifier la terminologie utilisée pour désigner les gens du voyage et de rappeler leur statut en droit suisse.

2.2.1 Désignation

Même si les gens du voyage constituent en réalité une mosaïque de groupes[15], ils seront tout de même désignés ainsi[16], comme dans l'avis de droit du 27 mars 2002. Dans le cadre du présent avis de droit, les termes de gens du voyage ou de Tziganes (ou de Tsiganes selon les sources citées) sont considérés comme synonymes. Au vu de la problématique étudiée, l'accent est mis sur ceux qui ont un mode de vie itinérant ou semi-itinérant ou qui aspirent à retrouver ce mode de vie traditionnel.

2.2.2 Statut de minorité nationale

Outre les droits fondamentaux reconnus à tout individu, les gens du voyage suisses peuvent se prévaloir des droits des personnes appartenant à des minorités. En effet, ce groupe de population constitue une minorité nationale suisse:

> *«Que ce soit en vertu des engagements pris sur le plan international ou en vertu de la protection offerte par les droits fondamentaux garantis par le droit fédéral, la Suisse reconnaît aujourd'hui le statut de minorité nationale à la communauté suisse des gens du voyage et s'est engagée à permettre à ce groupe de préserver les éléments essentiels de son identité ethno-culturelle»*[17].

Le Tribunal fédéral a affirmé dans l'arrêt précité, qui concernait des prestations d'assurance sociale, qu'il appartient aux autorités, lorsqu'elles appliquent le droit, de prendre en considération les spécificités et les particularités du mode de vie traditionnel de la communauté tzigane, parmi lesquelles figurent, notamment, la tradition de l'itinérance.

Le Tribunal fédéral a confirmé dans cet arrêt récent reconnaître l'existence de principe des besoins spécifiques des gens du voyage. Il n'a cependant, ni dans cet arrêt, ni dans d'autres[18], tracé le contour de toutes les obligations à la charge de l'État pour permettre aux membres de la minorité des gens du voyage suisses de préserver leur identité.

Cette question est à examiner, ci-dessous, à l'aune du droit international et du droit interne.

---

13 *Cf.* Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II *les droits fondamentaux,* 3ème éd, Stämpfli, 2013, n° 165, p. 75.

14 Regina Kiener, Walter Kälin, *op.cit.* note n° 10, p. 36.

15 Avis de droit cité à la note n° 1, n° 2.2; voir aussi Jean-Pierre Liégeois, Roma, Tsiganes, Voyageurs, Strasbourg, Conseil de l'Europe 1994, p. 36-38 et Joëlle Sambuc Bloise, *La situation juridique des Tziganes en Suisse, Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme,* Schulthess, 2007, p. 7-11, n° 25-37.

16 Voir au sujet de la terminologie «*gens du voyage*» le troisième rapport du Gouvernement suisse du 26 janvier 2012 sur la mise en œuvre de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, ch. 37, p. 27.

17 ATF 138 I 205 [215], cons. 6.1.

18 *Cf. infra* ch. 5.2.

3 Fondements conventionnels

3.1 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II)

3.1.1 Art. 27 du Pacte II (protection des minorités)

L'art. 27 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II)[19] prévoit que dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. Cette disposition universelle s'applique indépendamment de la nationalité de ces personnes[20].

Même si l'art. 27 du Pacte II est formulé en termes négatifs, il reconnaît l'existence d'un *«droit»* et interdit de dénier celui-ci[21]. Les États parties sont, par conséquent, tenus de veiller à ce que l'existence et l'exercice de ce droit soient protégés. Ils peuvent dès lors être amenés à devoir prendre des mesures positives de protection, non seulement contre les actes commis par l'État partie lui-même, par l'entremise de ses autorités législatives judiciaires ou administratives, mais également contre les actes commis par d'autres personnes se trouvant sur le territoire de l'État partie[22].

Parfois, les États doivent également prendre des mesures positives pour protéger l'identité des minorités et les droits des membres des minorités de préserver leur culture et leur langue et de pratiquer leur religion en commun avec les autres membres de leur groupe. Ces mesures positives doivent être prises compte tenu des dispositions du Pacte II sur l'égalité et la non-discrimination. Même si ces mesures visent à remédier à une situation empêchant ou entravant l'exercice des droits garantis à l'art. 27, les États peuvent légitimement établir une distinction conformément au Pacte II, à condition de se fonder sur des critères raisonnables et objectifs[23].

Selon le Comité des droits de l'homme, la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer, notamment, par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles. Autrement dit, un mode de vie étroitement associé au territoire et à l'utilisation de ses ressources peut faire partie du droit d'avoir sa propre vie culturelle, droit consacré par l'art. 27[24].

L'exercice des droits consacrés à l'art. 27 du Pacte II peut, selon l'interprétation qu'en fait le Comité des droits de l'homme, exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant[25].

3.1.2 Justiciabilité de l'art. 27 du Pacte II

L'art. 27 du Pacte II ne consacre aucun droit collectif pour les minorités – ethniques, religieuses ou linguistiques – en tant que groupes, mais uniquement un droit individuel – directement invocable devant les tribunaux–, appartenant aux membres de ces groupes, de voir leurs caractéristiques minoritaires respectées. Comme le Comité des droits de l'homme[26], le Tribunal fédéral admet la justiciabilité de l'art. 27 du Pacte II[27].

Cependant, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 27 du Pacte II n'offre pas de garanties plus étendues que la protection de la vie privée et familiale consacrée à l'art. 8 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH)[28] en tant que cette disposition protège le mode de vie tzigane[29]. Même

19 RS **0.103.2**.
20 *Cf:* Jakob Th. Möller and Alfred de Zayas, United Nations Human Rights Committee, Case Law 1977-2008, A Handbook, N.P. Engel, Publisher, 2009, p. 443: *«Just as they need not be nationals or citizens, they need not be permanent residents».*
21 Constatations du 3 novembre 2000 du Comité des droits de l'homme au titre du par. 4 de l'art. 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques relatives à la Communication No 547/1993 Mahuika contre Nouvelle-Zélande. Ce protocole n'a pas été ratifié par la Suisse.
22 Observation générale n° 23, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, § 6.1.
23 Observation générale précitée, § 6.2.
24 Observation générale précitée, § 3.2.
25 Observation générale précitée, § 7.
26 Observation générale précitée, § 1.
27 ATF 138 I 205 [210-211], cons. 5.1 avec la référence à ATF 129 II 321, cons. 3.4.
28 RS **0.101**.
29 ATF 138 I 205 [211], cons. 5.1.

si cette position a été critiquée par un auteur[30], force est de constater que le Tribunal fédéral n'a pas, pour l'instant, tracé le contour des obligations à l'égard des gens du voyage, en particulier de ceux qui ont un mode de vie nomade, à la lumière spécifique de l'art. 27 du Pacte II.

3.1.3 Bilan intermédiaire

En l'état actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la justiciabilité de l'art. 27 du Pacte II est admise. Mais cette disposition ne permet pas de tirer des obligations positives spécifiques par rapport à celles qui pourraient découler de l'art. 8 CEDH en relation avec la protection du mode de vie traditionnel des gens du voyage.

La question des obligations positives, voire d'un droit justiciable visant à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit pour les gens du voyage, doit donc être examinée à la lumière de cette dernière disposition conventionnelle.

3.2 Convention européenne des droits de l'homme

3.2.1 Art. 8 CEDH (Droit au respect de la vie privée et familiale)

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour) a rendu quelques arrêts en matière d'aires de stationnement pour les gens de voyage qui invoquaient, en particulier, une violation de l'art. 8 CEDH consacré au droit au respect de la vie privée et familiale.

3.2.1.1 Droits en jeu

La vie en caravane fait partie intégrante de l'identité des gens du voyage, même lorsque ces derniers ne vivent plus de façon nomade. Des mesures portant sur le stationnement des caravanes ont une influence sur leur faculté de conserver leur identité et de mener une vie privée et familiale conforme à leur tradition. Ces mesures relèvent donc du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH[31].

De plus, une caravane peut être considérée comme un domicile au sens de l'art. 8 CEDH[32]. La Cour considère la qualification de *«domicile»* comme une question de fait non subordonnée au respect par les usagers des règles de droit interne[33].

3.2.1.2 Existence d'une obligation positive

Selon la Cour:

> *«(…) la vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers»*[34].

L'art. 8 CEDH impose donc dans cette mesure aux États contractants l'obligation positive de permettre aux Tziganes de poursuivre leur mode de vie[35]. Cependant, la Cour a nié une obligation positive de

30 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit.,* note n° 15, n° 750, p. 217.

31 *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 [Grande Chambre], req. 27238/95, Recueil des arrêts et décisions [Recueil] 2001-I, § 73; *Coster c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 [Grande Chambre], req. 24876/94, § 87; *Beard c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 [Grande Chambre], req. 24882/94, § 84; *Lee c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 [Grande Chambre], req. 24876/94, § 75; *Jane Smith c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 [Grande Chambre], req. 25154/94, § 80; *Connors c. Royaume-Uni* du 27 mai 2004, req. 66746/01, § 68; *Wells c. Royaume-Uni* du 16 janvier 2007, req. 37794/05; *Winterstein et autres c. France* du 17 octobre 2013, req. 27013/07, § 142; voir aussi ATF 129 II 321, cons. 3.2.

32 *Winterstein et autres c. France* précité, § 141; décision *Stenegry et Adam c. France* du 22 mai 2007, req. 40987/05; *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996, req. 20348/92, Recueil 1996-IV, § 54.

33 *McCann c. Royaume-Uni* du 13 mai 2008, req. 19009/04, Recueil 2008-III, § 46.

34 *Chapman c. Royaume-Uni* cité à la note n° 31, § 96.

35 *Chapman c. Royaume-Uni* précité, § 96; *Connors c. Royaume-Uni* cité à la note n° 31, § 84; *Winterstein et autres c. France*, cité à la note n° 31,§ 142; *Buckley c. Royaume-Uni* cité à la note n° 32, §§ 76, 80, 84.

mettre à la disposition des gens du voyage un nombre adéquat de sites convenablement équipés[36] en argumentant de la manière suivante:

> *«La Cour ne souscrit toutefois pas à l'argument selon lequel, du simple fait que le nombre de Tsiganes est statistiquement supérieur à celui de places disponibles sur les sites tsiganes autorisés, la décision de ne pas autoriser la requérante et sa famille à occuper le terrain de leur choix pour y installer leur caravane emporte en soi violation de l'art. 8. En effet, cela reviendrait à imposer au Royaume-Uni, comme à tous les autres États contractants, l'obligation au titre de l'art. 8 de mettre à la disposition de la communauté tsigane un nombre adéquat de sites convenablement équipés. La Cour n'est pas convaincue que, en dépit de l'évolution qui s'est indéniablement fait jour dans le domaine de la protection des minorités tant en droit international, comme en témoigne la convention-cadre, que dans les législations nationales, on puisse considérer que l'art. 8 implique pour les États une obligation positive en matière sociale aussi étendue (…)»*[37].

Dans sa jurisprudence plus récente, la Cour a été appelée à plusieurs reprises à se prononcer sur l'expulsion de gens de voyage[38]. Elle a rappelé dans ce contexte qu'il faut accorder une attention spéciale aux besoins des gens de voyage et à leur mode de vie particulier tant dans le cadre réglementaire pertinent que lors de la prise de décision dans chaque cas précis[39].

Selon la Cour, l'appartenance des individus à un groupe socialement défavorisé et leurs besoins particuliers à ce titre doivent être pris en compte dans l'examen de la proportionnalité que les autorités nationales sont tenues d'effectuer, non seulement lorsqu'elles envisagent des solutions à l'occupation illégale des lieux, mais encore, si l'expulsion est nécessaire, lorsqu'elles décident de sa date, de ses modalités et, si possible, d'offres de relogement[40].

La Cour s'est référée à des traités et à des instruments internationaux de protection des droits sociaux. Dans l'affaire *Winterstein c. France*, elle a souligné que de nombreux textes internationaux ou adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe insistent sur la nécessité, en cas d'expulsions forcées de Roms et de gens du voyage, de leur fournir un relogement, sauf en cas de force majeure. Selon la Cour, c'est le cas de la recommandation (2005)4 du Comité des Ministres, de la résolution 1740(2010) de l'Assemblée parlementaire ainsi que du document de synthèse du Commissaire aux droits de l'Homme du 15 septembre 2010 et, sur un plan plus général, de l'observation générale n° 7 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies[41]. La Cour s'est également référée à la décision du Comité des droits sociaux dans l'affaire Centre européen des droits des Roms c. France. Elle a relevé que le constat de l'insuffisance d'un habitat adapté pour les gens du voyage sédentarisées en France a conduit le Comité des droits sociaux, dans sa décision[42], à conclure à la violation de l'art. 31 § 1 de la Charte révisée[43].

Ainsi la Cour a relativisé sa retenue initiale. Elle a, néanmoins, rappelé à plusieurs reprises que:

> *«l'art. 8 de la Convention ne reconnaît pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile*[44]*».*

La question de savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire[45]. Dans ce contexte, la Cour a constaté qu'une obligation positive de loger les

---

36 *Chapman c. Royaume-Uni*, précité § 98; Coster c. Royaume-Uni, § 112; Beard c. Royaume-Uni, § 109; *Lee c. Royaume-Uni*, § 100; *Jane Smith c. Royaume-Uni*, § 105; *Connors c. Royaume-Uni*, § 90, cités à la note n° 31.

37 *Chapman c. Royaume-Uni* précité § 98. Sept juges ont présenté une opinion dissidente commune disant que les États contractants s'accordent notamment à reconnaître que la protection des droits des minorités, telles que les Tsiganes, leur impose non seulement de s'abstenir d'adopter des politiques ou des pratiques discriminatoires envers ces minorités, mais aussi, si nécessaire, de prendre des mesures positives pour améliorer leur situation, par exemple au moyen de la législation ou de programmes spécifiques. Ces juges ne sauraient donc dire comme la majorité que ce consensus n'est pas suffisamment concret ni conclure avec elle qu'en raison de la complexité des intérêts en jeu le rôle de la Cour se borne strictement à exercer un contrôle (ch. 3 de l'opinion dissidente).

38 Arrêt *Connors c. Royaume-Uni* cité à la note n° 31; décision *Stenegry et Adam c. France* citée à la note n° 32; arrêt *Yordanova et autres c. Bulgarie* du 24 avril 2012, req. 25446/07; arrêt *Winterstein et autres c. France* cité à la note n° 31; décision *Farkas et autres c. Roumanie* du 17 juin 2014, req. 3046/09.

39 Arrêt Winterstein et autres c. France, cité à la note n° 31, § 160; décision Stenegry et Adam c. France précitée; Connors c. Royaume-Uni, § 84; Chapman c. Royaume-Uni, § 96, cités à la note n° 31.

40 *Winterstein et autres c. France,* cité à la note n° 31, § 160; arrêt *Yordanova et autres c. Bulgarie,* cité à la note n° 38, §§ 129 et 133.

41 Winterstein et autres c. France, précité, § 159.

42 Comité européen des droits sociaux, décision *European Roma Rights Centre (ERRC) c. France* du 19 octobre 2009, req. 51/2008, § 60.

43 Winterstein et autres c. France, cité à la note n° 31, § 165.

44 *Chapman c. Royaume-Uni*, § 99; Wells c. Royaume-Uni; *Winterstein et autres c. France*, § 159, cités à la note n° 31.

45 Chapman c. Royaume-Uni précité, § 99.

sans-abri devait être limitée. Une obligation d'assurer un logement sécurisé aux personnes particulièrement vulnérables pourrait cependant découler de l'art. 8 CEDH dans des cas particuliers. La Cour a, dans ce sens, estimé que le caractère défavorisé du groupe des recourants Roms est un facteur auquel il faut accorder de l'importance pour traiter du problème de leur installation illégale[46].

La Cour a enfin affirmé à maintes reprises que:

> *«Pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. L'étendue de cette obligation varie inévitablement, en fonction de la diversité des situations dans les États contractants et des choix à faire en termes de priorités et de ressources. Toutefois, cette obligation ne doit pas être interprétée de manière à imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif[47]».*

L'art. 8 CEDH ne va pas nécessairement jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence de l'emporter sur l'intérêt général, notamment en matière de protection de l'environnement. Selon la Cour, les gens de voyage se trouvent dans la même situation que beaucoup d'autres ne pouvant pas continuer de vivre dans l'endroit ou la maison de leur choix[48]. Pourtant, même si l'appartenance à une minorité dont le mode de vie traditionnel diffère de celui de la majorité de la société ne dispense pas de respecter les lois destinées à protéger le bien commun, tel l'environnement, cela peut influencer la manière d'appliquer ces lois[49].

3.2.1.3 Marge d'appréciation en cas d'expulsion

La Cour a retenu dans une affaire concernant l'expulsion de Tziganes qu'elle ne sous-estime pas les difficultés auxquelles les pouvoirs publics se heurtent dans la recherche de solutions viables à la question de l'hébergement des Tziganes. Elle reconnaît qu'il s'agit là d'un domaine où les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation dans la définition et la mise en œuvre de leurs politiques sociales et de logement[50].

La Cour a ainsi reconnu aux autorités nationales compétentes une certaine marge d'appréciation en relation avec la nécessité de l'ingérence. L'étendue de cette marge dépend de la nature du droit en cause garanti par la convention, de son importance pour la personne concernée et de la nature des activités soumises à des restrictions comme de la finalité de celles-ci. Les éléments suivants découlent de la jurisprudence de la Cour:

- Lorsque des politiques sociales ou économiques sont en jeu, comme par exemple dans le domaine du logement et de l'aménagement du territoire, la Cour accorde aux autorités nationales une grande latitude.
- En revanche, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux qui lui sont reconnus. Cela est notamment le cas pour les droits garantis par l'art. 8 CEDH.
- Les garanties procédurales dont dispose l'individu doivent être prises en considération pour déterminer si l'État a outrepassé sa marge d'appréciation en fixant le cadre réglementaire. La Cour examine en particulier si le processus décisionnel ayant débouché sur des mesures d'ingérence a été équitable et a respecté comme il se doit les intérêts de l'individu protégés par l'art. 8 CEDH.
- La perte d'un logement constitue une des atteintes les plus graves au droit au respect du domicile, toute personne qui risque d'en être victime doit en principe pouvoir saisir un tribunal et les juridictions nationales doivent examiner en détail les arguments pertinents concernant la

46 Arrêt Yordanova et autres c. Bulgarie cité à la note n° 38, §133: «In general, the underprivileged status of the applicants' group must be a weighty factor in considering approaches to dealing with their unlawful settlement (…)»; décision O'Rourke c. Royaume-Uni du 26 juin 2001, req. 39022/97; décision Budina c. Russie du 18 juin 2009, req. 45603/05 [concernant l'art. 3 CEDH].

47 Arrêt Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse cité à la note n° 4, § 81.

48 *Wells c. Royaume-Uni* cité à la note n° 31; *Buckley c. Royaume-Uni,* cité à la note n° 32, § 81; *Chapman c. Royaume-Uni,* cité à la note n° 31, § 98.

49 Chapman c. Royaume-Uni précité, § 96.

50 *Connors c. Royaume-Uni* cité à la note n° 31, § 93; voir ci-dessus le ch. 2.1.1 *in fine* en ce qui concerne l'atteinte à un droit protégé et ainsi l'examen de la nécessité de l'ingérence.

proportionnalité de l'ingérence soulevés par le requérant et y répondre par une motivation adéquate.

– L'appréciation de la proportionnalité d'une mesure d'expulsion doit prendre en compte si le domicile a été établi légalement ou non. Par ailleurs, si aucun hébergement de rechange n'est disponible, l'ingérence est plus grave que si un tel hébergement est disponible, son caractère adapté ou non s'appréciant au regard, d'une part, des besoins particuliers de l'individu et, d'autre part, au regard du droit de la communauté à voir protéger l'environnement.

– Une attention spéciale doit être accordée aux besoins des gens de voyage et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement du territoire que lors de la prise de décision dans des cas particuliers[51].

3.2.1.4 Justiciabilité des droits découlant de l'art. 8 CEDH

En vertu de l'art. 1 CEDH, la responsabilité première d'assurer l'application effective de la convention au niveau national, y compris par sa transposition au besoin dans le droit interne, incombe aux Parties à la convention[52]. En Suisse, les garanties définies au titre I de la convention sont directement applicables (ou *justiciables*), sans exception. Toute personne soumise aux juridictions suisses peut s'en prévaloir indépendamment de sa nationalité. Le Tribunal fédéral a placé les garanties de la convention, d'un point de vue procédural, sur un pied d'égalité avec les droits constitutionnels[53].

Il ressort des considérations ci-dessus que l'art. 8 CEDH impose une obligation positive de permettre aux gens du voyage de poursuivre leur mode de vie en accordant une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers[54]. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour, cette obligation positive doit être qualifiée de justiciable.

L'art. 8 CEDH ne fonde cependant, pas de droit à se voir fournir un domicile, *a fortiori*, la Cour ne déduit pas de cette disposition conventionnelle le droit pour les gens du voyage de bénéficier d'aires de stationnement pour y déposer leurs caravanes[55]. Elle ne déduit, autrement dit, pas d'obligation justiciable de mettre à disposition des gens du voyage un nombre adéquat de sites convenablement équipés sur la base de l'art. 8 CEDH[56]. Le principe de la prise en compte des besoins spécifiques des gens du voyage est incontesté mais on se heurte au problème de sa mise en œuvre dans un cas d'espèce.

L'art. 8 CEDH ne permet ainsi pas à lui seul de fonder, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, un droit justiciable dirigé contre l'État pour qu'il mette à disposition de telles aires de stationnement.

On pourrait tout au plus se demander s'il ne découlerait pas des obligations positives inhérentes à l'art. 8 CEDH, lu à la lumière de l'art. 13 CEDH, une obligation d'adapter la législation[57] dans le sens d'aménager une voie juridictionnelle qui pourrait amener les tribunaux à mieux contrôler la prise en compte des besoins spécifiques des gens du voyage. Il s'agirait, par exemple, de leur donner la possibilité dans des circonstances déterminées, de demander aux autorités compétentes d'adopter un comportement, d'accomplir une action déterminée ou de tolérer un état de fait[58]. En effet, comme le relève le rapport Stöckli:

> *«Dans sa jurisprudence, la Cour a largement expliqué la nature du recours requis [en vertu de l'art. 13 CEDH] et a également défini les «obligations positives» inhérentes à certains droits, soulignant les garanties procédurales qui doivent être respectées pour assurer une protection effective du droit concerné»*[59]*.*

---

51 *Winterstein et autres c. France* précité à la note n° 31, § 148 avec les références citées ainsi que § 155.
52 *40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH: Bilan et perspectives*. Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013 [rapport Stöckli], FF **2015** 353 [360].
53 ATF 101 Ia 67 [69], cons. 2.
54 *Chapman c. Royaume-Uni*, cité à la note n° 31, § 96, *Connors c. Royaume-Uni*, § 84; *Winterstein et autres c. France,* § 142, cités à la note n° 31; *Buckley c. Royaume-Uni*, §§ 76, 80, 84, cité à la note n° 32.
55 Nathanaël Pétermann, *op. cit.,* note n° 8 p. 319.
56 *Chapman c. Royaume-Uni,* cité à la note n° 31, § 98.
57 *Cf. supra* ch. 2.1.1.
58 Voir l'état de fait ayant donné lieu à l'arrêt *Winterstein c. France,* cité à la note n° 31.
59 Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013 [rapport Stöckli], FF **2015** 353 [364].

On peut donc se demander s'il n'incomberait pas au législateur de trancher cette question qui relève plus de l'opportunité politique que du droit.

Il est, par ailleurs, loisible de se demander ce qu'il en est lorsque la violation de l'art. 8 CEDH est invoquée en relation avec l'interdiction de discrimination.

3.2.2 Art. 14 CEDH (Interdiction de discrimination)

L'art. 14 CEDH prévoit que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur l'appartenance à une minorité nationale. L'interdiction de discrimination prévue par l'art. 14 CEDH a un caractère accessoire. Elle s'applique à l'ensemble du catalogue des droits garantis par la convention[60].

Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'une question se pose en relation avec l'art. 14 CEDH, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle différence est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. La Cour accorde aux États contractants une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. La notion de discrimination au sens de l'art. 14 de la convention recouvre également les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la convention ne requiert pas le traitement plus favorable[61].

Dans plusieurs affaires citées ci-dessus, l'art. 14 CEDH est invoqué en combinaison avec l'art. 8 CEDH. Eu égard à sa conclusion sous l'angle de l'art. 8 CEDH, la Cour a estimé à maintes reprises qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'art. 14 CEDH et qu'il n'y a pas lieu d'examiner ce grief plus avant[62].

3.2.3 Implications en droit interne

La jurisprudence de la Cour décrite ci-dessus a indiscutablement exercé une influence sur le droit suisse dans l'appréhension de la situation juridique des gens du voyage. Ce que la Cour a souligné dans le domaine des obligations positives inhérentes à l'art. 8 CEDH en relation avec le mode de vie de la minorité des Tziganes demeure, d'ailleurs, un seuil minimal, rien n'empêcherait la Suisse d'aller plus loin[63].

Le Tribunal fédéral s'est expressément référé à la jurisprudence *Chapman* décrite ci-dessus dans son arrêt important du 28 mars 2003[64] (*cf.* ci-dessous, ch. 5.2).

Quant à une partie de la doctrine, elle se base sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour s'interroger sur la question de savoir si les garanties de procédure quant à l'examen du bien-fondé d'une expulsion de gens du voyage qui louent une surface nue pour y installer leurs caravanes sont suffisantes.

La location d'un terrain pour permettre au locataire d'y installer de manière durable une caravane ne rend, en effet, pas applicables les règles en matière de baux d'habitation. Une application par analogie de ces règles n'est admise qu'à titre exceptionnel[65]. Le Tribunal fédéral a refusé à plusieurs reprises une application par analogie des règles protectrices des locataires prévues aux art. 266*l* ss et 271 ss du code des obligations (CO)[66] en faveur de gens du voyage ayant installé durablement leur caravane sur un terrain[67].

60 Rapport Stöckli précité, p. 360.
61 *Cf.* décision *Spycher c. Suisse* du 17 novembre 2015, req. 26275/12, § 36.
62 *Winterstein et autres c. France*, cité à la note n° 31, § 179; *Yordanova et autres c. Bulgarie*, cité à la note n° 38,§ 161; *Connors c. Royaume-Uni*, § 97, cité à la note n° 31.
63 Voir art. 53 CEDH.
64 ATF 129 II 321 [329], cons. 3.4.
65 Nathanaël Pétermann, *op. cit.*, note n° 8, p. 467.
66 RS **220**
67 *Cf.* notamment arrêt 4A_109/2015 du 23 septembre 2015, cons. 4.2 et arrêt 4D_136/2010 du 11 février 2011 consid. 4.3.3.

Certains auteurs plaident néanmoins pour une application par analogie des art. 271 ss CO relatifs à la protection contre les congés, en tout cas lorsque les gens du voyage demeurent la majeure partie de l'année sur un site; ils relèvent que la protection conférée par l'art. 2 du code civil[68] consacré à l'abus de droit et mentionnée par le Tribunal fédéral est insuffisante puisque cette disposition présuppose que le congé soit manifestement abusif[69].

D'autres qualifient la situation d'insatisfaisante et de «*vraisemblablement contraire à l'obligation positive tirée de l'art. 8 CEDH par la Cour EDH»;* ils soulignent à cet égard la nécessité d'une modification législative pour protéger efficacement le domicile des gens du voyage[70].

3.3 Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (art. 1, 4 et 5)

Avant de passer à l'examen du droit interne, il importe de rappeler la portée de l'unique instrument multilatéral de protection des minorités.

La convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales[71] impose aux États membres d'adopter des mesures notamment législatives pour protéger l'existence des minorités nationales.

Dans son message relatif à la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, le Conseil fédéral a déclaré que la convention pourra être appliquée en Suisse aux gens du voyage[72]. La Suisse a ainsi reconnu *«les gens du voyage comme une minorité nationale»*[73]. Cet instrument protège ainsi les gens du voyage de nationalité suisse (compte tenu de la réserve formulée par la Suisse[74]).

L'art. 4 de cette convention impose aux États parties d'adopter, s'il y a lieu, des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité. Selon son art. 5, par. 1:

> *«les Parties s'engagent à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité, que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel».*

Malgré les engagements de la Suisse, la situation générale des gens du voyage en Suisse demeure un sujet de *«vive préoccupation»* du Comité des ministres en raison du manque d'aires de stationnement ou de transit. Le comité souligne que depuis dix ans le nombre d'aires de stationnement n'a pas sensiblement augmenté et que la situation en matière d'aires de transit s'est dégradée[75].

---

68 RS **210**

69 Patricia Dietschy-Martenet, Refus d'appliquer par analogie les art. 271 s CO aux gens du voyage: conforme à l'art. 8 CEDH? (arrêt 4A_109/2015), *in Newsletter Bail.ch novembre 2015*.

70 Nathanaël Pétermann, *op. cit*., note n° 5 p. 480-481. Cet auteur propose, par ailleurs, dans le cadre de sa thèse une modification de l'art. 253*a* du CO, pour prévenir un problème au regard de l'interdiction de discrimination, qui irait dans le sens suivant*: «Les dispositions concernant les baux d'habitation s'appliquent aux terrains nus sur lesquels une habitation mobilière durable est installée par le locataire à des fins de logement principal» (cf.* Nathanaël Pétermann, *op. cit*., note n° 8, p. 468-469).

71 RS **0.441.1**.

72 Message du Conseil fédéral du 19 novembre 1997 relatif à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, FF **1998** I 1033 [1048], ch. 22.

73 Troisième rapport soumis par la Suisse en application de l'art. 25, par. 2, de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe du 26 janvier 2012 pour la protection des minorités nationales, ch. 37, p. 26: *«Lorsqu'en 1998, la Suisse a (…) reconnu les gens du voyage comme une minorité nationale, l'intention était de préserver et protéger une minorité traditionnelle culturelle. Une minorité pour qui le nomadisme est un élément essentiel de l'identité, intrinsèquement lié à l'exercice des différentes activités professionnelles de ses membres»; cf.* aussi la réponse du Conseil fédéral du 14.05.2014 à l'interpellation 14.3248 Estermann *Les Yéniches suisses en danger*.

74 Message du Conseil fédéral cité à la note n° 70 p. 1047; la Suisse a déclaré «que constituent en Suisse des minorités nationales au sens de la présente convention-cadre les groupes de personnes qui sont numériquement inférieurs au restant de la population du pays ou d'un canton, sont de nationalité suisse, entretiennent des liens anciens, solides et durables avec la Suisse et sont animés de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité commune, notamment leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue», RS **0.441.1.**

75 Résolution CM/ResCMN (2014)6 sur la mise en œuvre de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales par la Suisse adoptée par le Comité des ministres le 28 mai 2014.

En outre, même si le Tribunal fédéral se réfère à cet instrument international pour appréhender la situation des gens du voyage, il considère que les droits consacrés par cet instrument ne sont pas directement justiciables[76].

Dès lors, cet instrument ne permet pas de fonder des prétentions justiciables en matière de mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit en faveur des gens du voyage suisses.

3.4 Bilan intermédiaire

Le droit international impose à l'État des obligations positives à l'égard des gens du voyage. Les dispositions conventionnelles qui les fondent font partie intégrante de l'ordre juridique suisse et imposent aux autorités de permettre aux gens du voyage de préserver leur mode de vie et leur identité tzigane. A l'exception de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, ces instruments internationaux s'appliquent aux gens du voyage qui se trouvent sur le territoire suisse, indépendamment de leur nationalité.

Au vu des considérations précédentes, il n'existe pas de fondement conventionnel qui permettrait actuellement de déduire un droit justiciable à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit en faveur des gens du voyage.

4 Fondements constitutionnels

4.1 Remarques préliminaires

Après l'examen de certaines dispositions du droit international, il s'agit de s'interroger sur les outils et la protection juridique dont bénéficient les gens du voyage suisse comme individu et comme membre d'une minorité[77] sur la base du droit interne. Le présent avis de droit se limitera au droit fédéral, sans aborder les différentes spécificités des droits cantonaux[78].

Les solutions juridiques développées pour la population sédentaire, vivant de surcroît dans un espace exigu, ne sont guère adaptées pour l'exercice d'un mode de vie nomade[79]. Des conflits peuvent inévitablement s'ensuivre, résumés ainsi par un représentant des gens du voyage:

> *«On a le droit de voyager mais pas le droit de s'arrêter»*[80].

Le manque d'aires de stationnement ou de transit en Suisse pour les gens du voyage nomades constitue un problème crucial pour ces derniers[81]. L'exercice de leur mode de vie traditionnel de même que celui de leurs activités économiques liées au voyage dépendent d'une mise à disposition suffisante de telles aires. Dans le même sens, la fonction sociale du voyage qui permet aux gens du voyage de se retrouver et de consolider leur identité peut se trouver limitée par le manque d'aires de stationnement ou de transit[82].

Plusieurs droits fondamentaux garantis par la Constitution sont ainsi en jeu, qu'il convient d'examiner en se demandant dans quelle mesure il est possible d'en déduire des obligations positives à la charge de l'État voir d'en déduire un droit justiciable à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit.

---

76 ATF 138 I 205, [212], cons. 5.2; *cf*. aussi arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 5 avril 2006 I 750/04 cons. 4.2.

77 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit.,* note n° 15, n° 259, p. 75-76.

78 L'étude des différents droits cantonaux dépasserait le cadre du présent avis de droit, même si la constitution du Canton d'Argovie, (RS **131.227),** prévoit, par exemple, une disposition (art. 48) sur les minorités ethniques qui n'a pas d'équivalent dans la Constitution fédérale: «*Le canton peut, avec la collaboration des communes, mettre à la disposition des minorités ethniques non sédentaires des lieux appropriés pour un séjour limité*». Dans le même sens, l'art. 109 de la constitution du Canton de Bâle-Campagne, (RS **131.222.2**), intitulé *Nomades* prescrit au canton et aux communes d'aider les nomades à trouver des places de stationnement. Citons enfin le préambule de la constitution du 14 octobre 2012 de la République et canton de Genève, (RS **131.234**), qui mentionne expressément le respect des minorités.

79 Bernhard Pulver, L'interdiction de la discrimination, Etude de l'art. 8, al. 2, de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Helbing & Lichtenhahn, 2003, n° 353, p. 271-272.

80 *Cf*. Interview de May Bittel publiée dans TANGRAM n° 30 citée par Tarek Naguib, Kurt Pärli, Eylem Copur, Melanie Studer, *Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berarter_innen und Diversity-Expert_innen*, Stämpfli, 2014, p.193-194, n° 544.

81 Voir notamment Tarek Naguib, Kurt Pärli, Eylem Copur, Melanie Studer, précité.

82 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit.,* note n° 15, n° 221, p. 64.

4.2 Art. 8, al. 2, Cst. (interdiction de discriminer)

Les gens du voyage constituent une minorité confrontée à une longue histoire de préjugés; il s'agit ainsi d'abord de se demander quelles prétentions peuvent être déduites du principe de l'interdiction de discriminer posé à l'art. 8, al. 2, Cst.

4.2.1 Principe

Le principe de non-discrimination interdit que l'on traite une personne différemment sur la base de certains critères, lorsque ces critères sont pris comme des motifs pour la déprécier[83]. Le mode de vie figure à l'art. 8, al. 2, Cst. parmi les motifs de discrimination *«suspects*[84]*»*.

Selon le Tribunal fédéral:

> *«La notion de «mode de vie» vise plus particulièrement les groupes de personnes qui, par leur comportement ou leur forme de vie distincts, possèdent une identité propre; cette notion inclut à n'en pas douter la communauté des gens du voyage*[85]*».*

4.2.2 Nature du droit et portée

L'art. 8, al. 2, Cst. étend la protection du principe d'égalité:

> *«Das Diskriminierungsverbot enthält (…) einen eigenständigen Grundrechtsanspruch»*[86]*.*

Autrement dit, cette disposition garantit un droit fondamental *«indépendant»*[87]. Contrairement à l'art. 14 CEDH, il ne requiert donc pas l'allégation d'un autre droit[88].

L'art. 8, al. 2, Cst. n'interdit pas toute distinction basée sur un critère suspect, mais fonde le soupçon d'une différenciation inadmissible[89]. La discrimination directe des gens du voyage est interdite:

> *«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»*[90]*.*

La question la plus délicate demeure pour les gens du voyage celle des discriminations indirectes[91], également prohibées par l'art. 8, al. 2, Cst. Les gens du voyage sont souvent confrontés à des réglementations neutres, en particulier dans les domaines de l'aménagement du territoire ou de la police des constructions mais qui ne prennent pas compte les spécificités liées à la culture des gens du voyage[92] et rendent ainsi l'exercice du mode de vie nomade plus difficile, par exemple, l'interdiction de camper sur le territoire d'une commune[93].

Un auteur rappelle, par exemple, que:

> *«Wie der allgemeine Gleichheitssatz, so ist auch das Diskriminierungsverbot in seinem subjektivrechtlichen Gehalt in erster Linie als Abwehranspruch zu verstehen. Leistungsansprüche*

---

83 Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *op. cit.*, note n°13, n° 1082, p. 503; Bernhard Waldmann, *Das Diskriminierungsverbot vom Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz,* Stämpfli, 2003 p. 175.

84 Bernhard Pulver, *op. cit.*, note n° 77, n° 440, p. 350; Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *op. cit.,* note n° 13, n° 1105, p. 513.

85 ATF 138 I 205 [213], cons. 5.4.

86 Helen Keller *in* Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener, *Staatsrecht*, 2ème éd. actualisée, Dike, 2015, n° 39, p. 543.

87 Bernhard Pulver, *op. cit,* note n° 77, n° 245, p. 177.

88 Tristan Zimmermann, *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives, Schulthess,* 2013, p. 143.

89 ATF 138 I 205 [213], cons. 5.4; *cf.* aussi Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit.,* note n° 15, n° 906, p. 257; voir également ATF 138 I 265 [268], cons. 4.2.1 en relation avec les critères de l'âge et du sexe.

90 Bernhard Pulver, *op. cit.*, note n° 77, n° 353, p. 271; Bernhard Waldmann, *op. cit.,* note n° 81.

91 Selon le Tribunal fédéral: «***Art. 8 Abs. 2 BV*** *verbietet nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Diskriminierung. Letztere ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre»* (ATF 138 I 265 [268], cons. 4.2.2).

92 Avis sur la Suisse 20 février 2003 du Comité consultatif de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales du, ACFC/INF/OP/I (2003) 007, n° 28, p. 9.

93 Bernhard Pulver, *op. cit.,* note n° 77, n° 353, p. 272.

> *ergeben sich nur dann wenn sich der diskriminierende Charakter oder die diskriminierende Wirkung eines angefochtenen Rechtsaktes auf anderem Weg nicht beseitigen lässt»*[94].

D'autres auteurs soulignent, en se référant à la jurisprudence *Chapman* de la Cour européenne des droits de l'homme[95], l'importance des obligations positives pour les gens du voyage[96], qualifiés par les juges européens de minorité vulnérable. Il convient de porter une attention particulière à leurs besoins dans le cadre de l'adoption et de l'application des lois et politiques publiques[97].

Pour le Tribunal fédéral, dans un arrêt qui concerne une personne appartenant à la communauté des gens du voyage:

> *«Eu égard à la difficulté de poser des règles générales et abstraites permettant de définir pour tous les cas l'ampleur que doit revêtir l'atteinte subie par un groupe protégé par l'art. 8 al. 2 Cst. par rapport à la majorité de la population, la reconnaissance d'une situation de discrimination ne peut résulter que d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas particulier. En tout état de cause, l'atteinte doit revêtir une importance significative, le principe de l'interdiction de la discrimination indirecte ne pouvant servir qu'à corriger les effets négatifs les plus flagrants d'une réglementation étatique»*[98].

Dans cet arrêt qui concernait les prestations d'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral ne dessine pas le contour de toutes les obligations qu'implique l'engagement de la Suisse de préserver les éléments essentiels de l'identité ethno-culturelle des gens du voyage suisses, il affirme que les autorités doivent prendre en considération les particularités du mode de vie traditionnel tzigane lorsqu'elles appliquent le droit.

Le Tribunal fédéral a, en effet, souligné que:

> *«il n'est pas admissible de considérer comme exigible l'exercice d'une activité salariée qui supposerait la sédentarisation de la personne assurée, la rupture avec sa famille et son mode de vie traditionnel, et, plus largement, un déracinement culturel (…). Il y a par conséquent lieu de constater que le recours aux données économiques statistiques pour évaluer le revenu d'invalide d'une personne appartenant à la communauté des gens du voyage, en tant qu'il contribue à assimiler une personne de ce groupe à la majorité de la population, aboutit indirectement à une discrimination importante, contraire aux droits fondamentaux»*[99].

Ce faisant, le Tribunal fédéral a appliqué la législation sur les assurances sociales en renvoyant la cause à l'autorité intimée en lui enjoignant d'examiner la capacité de travail de la recourante dans une activité compatible avec le *«mode de vie traditionnel de la communauté des gens du voyage»*[100].

Mais, le domaine des assurances sociales diffère de celui de l'aménagement du territoire, comme un autre avis de droit récent sur les gens du voyage le souligne:

> *«Im Gegensatz zur Raumplanungs-Rechtsprechung, das ebenfalls auf die Gefahr der indirekten Diskriminierung hinwies, hat dieses Urteil direkte Auswirkungen auf die Gemeinschaft der Fahrenden. Das es um Rechtsanwendung (und nicht um demokratische Rechtssetzung) ging, konnte das Bundesgericht direkt darauf hinwirken, dass die Behörden beim Entscheid über die Zumutbarkeit einer Arbeit der besonderen Situation der Fahrenden bei der Stellensuche angemessen Rechnung tragen. Im – praktisch viel wichtigeren – Bereich der Raum- und Nutzungsplanung ist es dem Bundesgericht dagegen verwehrt, selbst für die Einhaltung der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zu sorgen. Hier sind gesetzgeberische Entscheide auf kantonaler und kommunaler Ebene erforderlich, auf die mit finanziellen Anreizen, Aufklärung, Sensibilisierung und verbesserter Koordination hingewirkt werden muss»*[101].

Ainsi, même si certains auteurs sont d'avis que l'interdiction de discrimination vise les actes qui omettent une distinction qui s'imposerait et qu'ils donnent précisément comme exemple une loi qui prévoirait une

94 Bernhard Waldmann, *op. cit.,* note n° 81, p. 190.
95 *Cf. infra* ch. 3.2.
96 Cf. par exemple, Jörg Paul Müller, Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4ème éd, Stämpfli, 2008, p. 732.
97 Maya Hertig Randall, les droits des Roms en situation précaire: un "test case" de la citoyenneté européenne, *in Polis und Kosmopolis*, Festschrift für Daniel Thürer, Dike, 2015, p. 247-246 [255].
98 ATF 138 I 205 [213-214], cons. 5.5.
99 ATF 138 I 205 [215], cons. 6.2.
100 ATF 138 I 205 [215], cons. 6.3.
101 Avis de droit du Centre suisse de compétence pour les droits humains, intitulé «*Die Fahrenden als nationale Minderheit in der Schweiz; Rechtliche Rahmenbedingungen und Handlungsbedarf*» du 2 juin 2014, p. 12.

interdiction de camper sur l'ensemble du territoire d'un canton, sans contenir d'exception pour les gens du voyage[102], le rôle du législateur apparaît important dans le domaine de l'aménagement du territoire et des constructions. Il a une certaine marge d'appréciation et peut peser les différents intérêts en cause.

L'OFJ ne se rallie pas, en conséquence, à l'hypothèse d'un auteur selon laquelle un recours dirigé contre la Confédération invoquant une mise en œuvre insuffisante de l'interdiction de discrimination pourrait amener le Tribunal fédéral à être plus précis dans ses prescriptions qu'il ne l'a été dans l'arrêt important du 28 mars 2003[103] mettant en cause des autorités cantonales et communales compétentes en matière d'aménagement du territoire[104].

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de celle du Tribunal fédéral, il ne paraît guère possible de se fonder sur le principe de l'interdiction de discrimination pour en tirer un droit justiciable à exiger des autorités compétentes la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit. Les conclusions formulées dans l'avis de droit de 2002[105] demeurent valables, il incombe au législateur de prévoir des mesures pour compenser les discriminations indirectes dans le domaine de l'aménagement du territoire.

4.3 Autres droits fondamentaux

Le Tribunal fédéral a rappelé dans sa jurisprudence récente que le droit à la protection du mode de vie au sens de l'art. 8, al. 2, Cst. présente un lien étroit avec le droit au respect de la vie privée et la liberté personnelle, garantis aux art. 13 et 10 Cst.[106]. La doctrine relève que des mesures qui rendent excessivement difficile le mode de vie nomade peuvent aussi poser problème par rapport à la liberté d'établissement[107].

Le Tribunal fédéral a, néanmoins, également précisé que:

> *«En tout état de cause, on ne saurait déduire de ces différentes libertés individuelles [i.e. le droit au respect de la vie privée et la liberté personnelle] un droit quelconque à des prestations positives de l'État»*[108].

Il incombe, en effet, sauf exception[109], au législateur de définir les modalités d'un droit à des prestations de l'État[110]. En d'autres termes, la mise en œuvre de tels droits n'est, de manière générale, possible dans une procédure judiciaire que si le législateur a réglé de manière plus précise les conditions d'octroi et l'étendue des prestations concernées[111].

Les droits fondamentaux sont dirigés contre l'État et ne peuvent, par ailleurs, pas être invoqués directement contre des particuliers qui louent leur terrain à des gens du voyage. Le Tribunal fédéral a, dans ce sens, récemment déclaré:

> *«Weitergehend scheitert die Berufung auf den Grundrechtsschutz daran, dass es vorliegend nicht um die behördliche Genehmigung der Nutzung eines Grundstücks als Standplatz für Fahrende geht. Vielmehr handelt es sich bei der Y._____ Immobilien AG, die den Beschwerdeführern das betreffende Areal leihweise zur Verfügung gestellt hat und ihnen die weitere Benützung nicht gewähren will, um eine private Partei. Diese ist nicht verpflichtet, Standplätze für Fahrende*

---

102 *Cf.* par exemple, Bernhard Pulver, *op. cit.*, note n° 77, n° 204, p. 139.
103 ATF 129 II 321, *cf. infra* ch. 5.2.
104 Tarek Naguib, Kurt Pärli, Eylem Copur, Melanie Studer, op. cit., note n° 78, n° 546, p.195-196,: «Das Bundesgericht hat keine konkreten und verbindlichen Zielvorgaben formuliert, damit den Grund- und Menschenrechten zum Durchbruch verholfen wird. Mit einer Beschwerde gegen dem Bund – und nicht wie hier gegen die entsprechende kantonale bzw. kommunale Behörde –, mit der eine ungenügende Umsetzung des Diskriminierungsverbotes gerügt würde, stünden die Chancen etwas besser, dass das Bundesgericht in seiner Entscheidung verbindlicher würde».
105 Avis de droit cité à la note n° 1, p. 597; voir aussi l'arrêt du 8 octobre 2001 du Tribunal fédéral, 1P. 126/2001, cons. 2e selon lequel, le Tribunal fédéral ne peut pas se substituer aux autorités législatives.
106 ATF 138 I 205 [213], cons. 5.4.
107 Bernhard Pulver, *op. cit.*, note n° 77, p. 272, n° 353; *cf.* aussi Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit.,* note n° 15, n° 1351, p. 371.
108 ATF 138 I 205 [213], cons. 5.4; voir cependant l'ATF 140 I 201 [207], cons. 6.2 sur la marge d'appréciation pour octroyer une prestation positive en relation avec la liberté d'association ou l'ATF 138 I 274 [282], cons. 2.2.2 en lien avec la liberté d'opinion et d'information.
109 *Cf.* Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8ème éd., Schulthess, 2012, n° 8, p. 84.
110 ATF 138 I 205 [213], cons. 5.4.
111 Cf. Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller, op. cit., note n° 107, n 213, p. 72: «Soziale Grundrechte sind in der Verfassung verankerte Ansprüche des Einzelnen auf Leistungen, z.b. auf Möglichkeit des Bezugs einer Wohnung (…). Ihre Durchsetzung in einem gerichtlichen Verfahren ist im Allgemeinen erst möglich, wenn der Gesetzgeber Voraussetzungen und Umfang der betreffenden staatlichen Leistungen näher geregelt hat und die erforderlichen Geldmittel bewilligt sind».

> *bereitzustellen, und gegenüber ihr können sich die Beschwerdeführer nicht auf den verfassungsrechtlichen Schutz ihrer Lebensweise berufen»*[112].

Il ressort de ce qui précède qu'aucun droit fondamental invoqué isolément ne permet de déduire un droit justiciable à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit. Il demeure à examiner ce qu'il en est sur la base de la disposition constitutionnelle consacrée à la réalisation des droits fondamentaux.

4.4 Portée de l'art. 35 Cst. (Réalisation des droits fondamentaux)

L'art. 35 Cst. n'avait pas d'équivalent dans l'ancienne Constitution de 1874, il a codifié des principes non écrits du droit constitutionnel; cette disposition exprime l'idée que la garantie des droits fondamentaux constitue un des principes fondateurs de l'ordre juridique suisse[113].

Selon la doctrine:

> *«BV 35 bringt den heute weithin akzeptierten Gedanken zum Ausdruck, dass sich die Funktion der Grundrechte nicht darin erschöpft, dem staatlichen Handeln Schranken zu setzen und die Bürgerinnen und Bürger vor staatlichen Eingriffen zu bewahren (negatorische oder Abwehrfunktion). Die Grundrechte haben darüber hinaus die Bedeutung von fundamentalen Ordnungsprinzipien, die als objektive Grundsatznormen die gesamte Rechtsordnung druchdringen und gegebenenfalls auf Verwirklichung durch schützende, fördernde «positive» Massnahmen angewiesen sind und drängen»*[114].

Il s'agit dès lors, en relation avec la question posée, de s'interroger sur les effets généraux de cette disposition, puis d'examiner la question des obligations positives.

4.4.1 Effets généraux

L'art. 35 Cst. prévoit que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. Cette disposition n'institue pas elle-même un droit fondamental. Elle prescrit des règles générales valables pour tous les droits fondamentaux[115].

> *«Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, «ist an die Grundrechte gebunden». Damit nimmt Art. 35 Abs. 2 den bereits in Art. 5 Abs. 1 enthaltenen Grundsatz der «Bindung an das Recht» (als Teilgehalt des Legalitätsprinzips) auf und verdeutlicht ihn in Bezug auf die Grundrechte. Diese sind von den Adressaten – ungeachtet der Staatsebene und der Natur und Stufe des handelnden Organs – zu beachten. Dies gilt trotz Art. 190 auch für den Bundesgesetzgeber*[116]*».*

La fonction défensive des droits fondamentaux (traduite par une obligation d'abstention[117]) et la fonction positive des droits fondamentaux[118] (qui incite ou même oblige l'État à agir[119]) contribuent à la réalisation effective des droits et des libertés[120] visée à l'art. 35 Cst. Parmi les obligations de protection (*«Schutzpflichten»*) qui incombent au législateur et au pouvoir exécutif, voire qui peuvent être exigibles (*«einklagbar»*) dans certaines circonstances devant des tribunaux, figurent celles en faveur de la minorité reconnue des gens du voyage[121].

---

112 Arrêt du 11 février 2011 du Tribunal fédéral 4D_136/2010, cons. 4.3.4.
113 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF **1997** I 1 [193].
114 Giovanni Biaggini, *BV Kommentar*; Orell Füssli, 2007, art. 35, n° 1, p. 251.
115 Pascal Mahon, in Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, 2003, ad art. 35, n° 1.
116 Bernhard Waldmann *in Bundesverfassung, Basler Kommentar*, 2015, ad art. 35, n° 31.
117 *Cf.* ci-dessus ch. 2.1.2.
118 Par exemple, selon le Tribunal fédéral: «Die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach *Art. 15 BV* ist nicht nur ein individuelles Abwehrrecht, sondern enthält auch einen objektivrechtlichen Gehalt, an dem sich gemäss *Art. 35 Abs. 1 BV* die gesamte Staatstätigkeit auszurichten hat» (ATF 134 I 49 [52] cons. 2.4).
119 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF **1997** I 1 [193].
120 Message précité.
121 Rainer J. Schweizer, op. cit., note n° 10, ad art. 35, n° 13.

Toutes les entités qui assument une tâche de l'État[122] sont ainsi tenues de contribuer à la *réalisation* des droits fondamentaux. La tâche de réaliser les droits fondamentaux incombe, cependant, en premier lieu au législateur[123]. Selon le Tribunal fédéral:

> *«Der Gesetzgeber ist (…) verpflichtet, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass die Grundrechte auch tatsächlich ausgeübt werden können (Art. 35 Abs. 1 und 2 BV)»*[124].

L'art. 35, al. 3, Cst. règle la question des effets horizontaux des droits fondamentaux. Il prescrit aux 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. Les autorités législatives et les autorités d'application du droit sont visées[125]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral:

> *«[Si] l'on admet que les droits fondamentaux n'ont pas seulement une fonction de défense contre les atteintes dues à l'État, mais fondent également un devoir étatique de protection contre les atteintes provoquées par des tiers, il n'en demeure pas moins que les droits constitutionnels de ces tiers doivent également être protégés; une pesée des différents intérêts en présence est alors nécessaire. C'est en priorité la tâche de la législation spécifique de fixer quels sont les actes admissibles ou non et de délimiter les droits des particuliers impliqués. La question de l'étendue du devoir de protection des droits fondamentaux se confond ainsi avec celle de l'application correcte de la législation spécifique»*[126].

4.4.2 Obligation d'agir

L'art. 35 Cst. prévoit donc bien une obligation d'agir pour réaliser les droits fondamentaux. Des obligations de mise en œuvre[127] pourraient d'ailleurs intervenir dans le cadre du mandat de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux, par exemple la mise à disposition d'infrastructures[128], voire l'autorisation d'usage du domaine public qui excède l'usage commun[129].

Mais le caractère justiciable d'éventuelles obligations positives ne pourrait être admis qu'en relation avec un droit fondamental et non sur la seule base de l'art. 35 Cst.

La doctrine récente souligne dans ce sens que:

> *«Schliesslich äussert sich Art. 35 Abs. 1 nicht zur **Art der Geltung** der Grundrechte. «Geltung» bedeutet nicht zwingend eine umfassende Wirkung i.S.v. von justiziablen Ansprüchen, sondern kann sich auch in einem programmatischen Auftrag an den Gesetzgeber oder in der Pflicht zur grundrechtskonformen Auslegung von Gesetzes- und Verordnungsrecht erschöpfen. Wo immer sich aber der Normgehalt eines Grundrechts im Rahmen der Rechtsanwendung direkt verwirklichen lässt, ohne dass es hierzu einer (abwägenden) Konkretisierung durch das Gesetz bedarf, erweist er sich als justiziabel und damit einklagbar. Innerhalb der einklagbaren Ansprüche kann die Grundrechtsverwirklichung sowohl ein Unterlassen als auch eine Leistung des staatlichen Aufgabenträgers verlangen»*[130].

4.4.3 Bilan intermédiaire

A l'instar du droit international, le droit constitutionnel impose aux entités qui assument une tâche de l'État des obligations positives en faveur des gens du voyage. Celles-ci sont, en particulier, tenues de prendre en compte les spécificités du mode de vie tzigane.

---

122 *Cf.* par exemple l'ATF 140 I 201 [208], cons. 6.4.1 concernant les entités qui assument des tâches étatiques, en l'espèce une université.

123 *Cf.* Rainer J. Schweizer, *op. cit.*, note n° 119, ad art. 35, n° 14 et Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *op. cit.,* note n° 13, n° 120, p. 57.

124 ATF 139 I 114 [118], cons. 4 (en relation avec la liberté d'information et la liberté des médias).

125 *Cf.* Bernhard Pulver, *op. cit.*, note n° 77, n° 229, p. 165; voir aussi le message du Conseil fédéral cité à la note n° 117 p. 195.

126 ATF 138 I 475 [481], cons. 3.3.2 (au sujet de l'interdiction de discriminer).

127 *Cf.* ci-dessus ch. 2.1.2.

128 Voir Bernhard Waldmann, *op. cit.,* note n° 114, ad art. 35, en particulier n° 37 à 38, p. 735.

129 Voir en ce qui concerne une question *«du champ opératoire des droits fondamentaux, à savoir l'emprise que ceux-ci peuvent légitimer sur le domaine public»,* Michel Hottelier, Tribunal fédéral, IIe Cour de droit public, 03.04.2015 (2C_819/2014) X. SA c. Ville de Genève, in AJP/PJA 2015, p. 1301.

130 Bernhard Waldmann, *op. cit.,* note n° 114, ad art. 35, n° 16, p. 728.

Au vu de ce qui précède, il n'existe pas de fondement constitutionnel qui permettrait actuellement de déduire un droit justiciable à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit en faveur des gens du voyage. Il n'est, en particulier, pas possible de déduire de telles prétentions en se fondant uniquement sur l'art. 35 Cst.

Il ressort des considérations précédentes que la tâche de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux incombe en premier lieu au législateur et que les autorités d'application du droit doivent interpréter les lois de manière conforme aux droits fondamentaux.

5 Fondements légaux

Il s'agit de s'interroger sur la question de savoir si une obligation positive de mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit ne pourrait pas se fonder sur une loi au sens formel.

De *lege lata*, il s'agit d'examiner les dispositions légales en vigueur qui protègent le mode de vie traditionnel des gens du voyage. De *lege ferenda*, il est nécessaire avant d'envisager une mesure, de se demander si la Confédération est compétente pour la prendre et quelle est l'étendue de sa compétence législative.

La culture (ch. 5.1) et l'aménagement du territoire (ch. 5.2) constituent deux domaines directement liés à la prise en compte des besoins spécifiques de la minorité nationale des gens du voyage, en particulier en relation avec la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit pour les gens du voyage.

5.1 Encouragement de la culture

Dans le domaine de la culture, la Confédération a une compétence facultative d'encouragement fondée sur l'art. 69, al. 2, Cst. Sa compétence est parallèle et la disposition constitutionnelle souligne l'importance du principe de subsidiarité dans la politique culturelle[131].

La Confédération a fait usage de sa compétence en adoptant la loi sur l'encouragement de la culture (LEC)[132]. L'art. 17 LEC prévoit que la Confédération peut prendre des mesures pour permettre aux gens du voyage de mener la vie qui correspond à leur culture. Selon le Conseil fédéral:

> *«Depuis l'entrée en vigueur de la LEC en 2012, une base légale formelle permet à la Confédération de soutenir plus activement et de façon plus large les gens du voyage*[133]*».*

La disposition est libellée de manière potestative, on ne saurait donc en tirer un droit justiciable. Elle présente cependant de l'intérêt en relation avec la création de places de stationnement ou de transit car, selon le Conseil fédéral:

> *«La création d'aires de séjour et de transit pour les minorités de gens du voyage est une tâche qui concerne aussi bien la Confédération que les cantons et les communes»*[134]*.*

Dans son message concernant l'encouragement de la culture pour la période 2016 à 2020, le Conseil fédéral décrit les efforts de la Confédération pour inciter les cantons et les communes à construire de nouvelles aires d'accueil, en particulier en leur proposant des terrains militaires désaffectés à des prix préférentiels[135].

Les objectifs et mesures que le Conseil fédéral propose pour les années 2016 à 2020 visent le renforcement de la fondation Assurer l'avenir des gens du voyage suisses pour qu'elle soit plus à même de soutenir les cantons et les communes dans la construction d'aires de stationnement et de transit. Ils tendent également à un travail *«de sensibilisation systématique»* des autorités et du public pour

131 Rainer J. Schweizer, *op. cit.*, note n° 119, ad art. 69, n° 21 et n° 13.
132 RS **442.1**.
133 Réponse du Conseil fédéral du 14.05.2014 à l'interpellation 14.3248 Estermann *Les Yéniches suisses en danger*.
134 Réponse du Conseil fédéral du 25.06.2014 à l'interpellation 14.3313 Leuenberger, Aires de séjour et de transit des gens du voyage suisses. Action urgente nécessaire; cf. également la motion 14.3370 Semadeni Protection des minorités nationales. Institution d'un groupe de travail**;** le postulat 15.3233 Gysin, Encourager la culture des Yéniches, des Sinti et des Roms en Suisse. Rapport du groupe de travail.
135 Message du Conseil fédéral du 28 novembre 2014 concernant l'encouragement de la culture pour la période 2016 à 2020 (Message culture), FF **2015** 461 [554], ch. 2.2.7.

promouvoir l'acceptation de la minorité des gens du voyage par la majorité sédentaire de la population[136].

La volonté d'élaborer des mesures concrètes pour permettre aux gens du voyage d'avoir un mode de vie qui corresponde à leur culture a été manifestée à maintes reprises[137] de même que la volonté d'insuffler une nouvelle dynamique en matière de création d'aires de stationnement et de transit comme en témoigne l'institution du groupe de travail sur le mode de vie des gens du voyage. Il n'en demeure pas moins qu'*«aux plans cantonal et communal il s'agit avant tout d'une question d'aménagement du territoire»*[138].

Par le biais de la LEC, on ne pourrait pas imposer aux cantons et aux communes la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit pour les gens du voyage. La compétence constitutionnelle de la Confédération en matière d'encouragement de la culture ne serait, en effet, pas assez étendue pour envisager une telle mesure.

5.2 Aménagement du territoire

Dans le domaine de l'aménagement du territoire, la Confédération dispose d'une compétence limitée aux principes sur la base de l'art. 75, al. 1, Cst. La Confédération a le mandat de légiférer *(«Pflicht zur Gesetzgebung»*[139]*)*. Mais, sa compétence concurrente est limitée aux principes. Elle doit, autrement dit, se limiter à fixer les principes applicables à l'aménagement du territoire, donc à la réglementation nécessaire *(«auf das Nötige beschränken»*) d'importance nationale, (*«was von landesweiter Bedeutung ist oder gesamtschweizerischer Harmonisierung bedarf»)*[140].

5.2.1 Étendue de la compétence législative de la Confédération

Reste à déterminer ce qu'il faut entendre par principes au sens de la disposition constitutionnelle.

À cet égard, un auteur relève que:

> *«Was Grundsätze sind, steht nicht von vornherein fest, sondern wird nach der Art des zu regelnden Gegenstands vom Gesetzgeber festgelegt. Völlig frei ist er dabei nicht, da der Begriff der Grundsätze, obwohl wandelbar, Grenzen aufweist. Gelegentlich wird mit dem Begriff der Grundsatzgesetzgebung derjenige der Rahmengesetzgebung gleichgesetzt. Ein Unterschied kann darin gesehen werden, dass der Bund auch Rahmengesetze erlassen kann, wenn er über umfassende Gesetzgebungskompetenzen verfügt (…). Nach dem Adressatkreis lässt sich keine Differenzierung herstellen. Grundsatzgesetze können Pflichten für öffentliche Verwaltungen und Private begründen, sie können offene Normen enthalten wie auch detaillierte und direkt anwenbare Regelungen»*[141].

La Confédération peut légiférer dans tout le domaine de l'aménagement du territoire, sa compétence n'est pas fragmentaire mais elle est tout de même limitée à l'édiction de principes[142]. L'enjeu est donc la densité normative. Il est incontestable que la Confédération n'a pas la compétence de régler l'ensemble de la matière[143].

---

136 Message précité p. 555.
137 Avis du Conseil fédéral du 25 juin 2014 concernant la motion 14.3370 Semadeni, *Protection des minorités nationales. Institution d'un groupe de travail, cf.* avis du Conseil fédéral concernant la motion Trede 14.3343 (intitulée de la même manière).
138 Réponse du Conseil fédéral du 25 juin 2014 à l'interpellation 14.3313 Leuenberger, *Aires de séjour et de transit des gens du voyage suisses. Action urgente nécessaire*.
139 Alexander Ruch, in Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2014, ad art. 75, n° 27.
140 Alain Griffel, in *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, 2015, *ad* art. 75, n° 25; *cf.* aussi Alexander Ruch, *op. cit*., note n° 137, n° 31.
141 Alexander Ruch, op. cit., note n° 137, n° 29. Signalons cependant qu'à notre avis les lois-cadre et les lois qui se limitent aux principes constituent des notions différentes, *cf.* Christoph Bloch, «*Grundsatzgesetz*»*?* «*Rahmengesetz*»*?* Forum für Rechtsetzung, *25. Februar 2010,* https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/forum8/praes-grundsatzgesetz-d.pdf, consulté pour la dernière fois le 10 mars 2016.
142 Alain Griffel, *op. cit.,* note n° 138, n° 25.
143 Alain Griffel, *op. cit.,* note n° 138, n° 25: *«d.h. nicht (wie bei einer umfassenden oder fragmentarischen Kompetenz) bis in alle Einzelheiten»* et n° 43 pour la critique de la législation fédérale actuelle.

5.2.2 Exercice de la compétence législative de la Confédération

La Confédération a accompli son mandat de légiférer en adoptant la loi du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT)[144].

L'étude de l'ensemble de la concrétisation des buts constitutionnels en aménagement du territoire au niveau de la loi dépasserait le cadre du présent avis de droit. Seules les grandes lignes de la réglementation seront ainsi rappelées de manière très résumée.

La LAT prévoit, dans le cadre des plans d'affectation[145], la séparation entre les zones à bâtir[146], les zones agricoles[147] et les zones à protéger[148]. Elle ajoute la possibilité pour les cantons de prévoir d'autres zones[149].

Les plans directeurs[150] établis par les cantons[151] et approuvés par le Conseil fédéral[152] constituent un instrument d'action de l'État important prévu par la LAT de même que les plans d'affectation susmentionnés. Les plans directeurs ont force obligatoire pour les autorités[153] alors que les plans d'affectation ont force obligatoire pour chacun[154]. La LAT prescrit ainsi que:

> *«Le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours contre les décisions et les plans d'affectation fondés sur la présente loi et sur les dispositions cantonales et fédérales d'exécution»*[155].

La LAT prévoit également une protection juridique au niveau fédéral[156], en particulier dans le domaine des demandes de dérogations selon l'art. 24 LAT[157].

Un auteur qualifie bon nombre de dispositions de la LAT de *«normes-programmes» ou «normes-directrices»;* il énumère:

> *«la série impressionnante de valeurs et objectifs appelés «Buts» (art. 1), «Principes (art. 3), sans compter les obligations de planifier et de coordonner (art. 2), d'informer et de faire participer (art.4), qu'on pourrait qualifier d'objectifs de nature formelle»*[158].

Abordée dans la perspective de se demander dans quelle mesure la LAT impose aux cantons et communes de mettre à disposition des aires de stationnement ou de transit pour les gens du voyage, l'une des ces normes-programmes présente spécialement de l'intérêt.

L'art. 3, al. 3, LAT intitulé *«principes régissant l'aménagement»* prévoit dans sa première phrase que les territoires réservés à l'habitat et à l'exercice des activités économiques seront aménagés selon *les besoins de la population* et leur étendue limitée. Cette disposition n'a pas subi de modification lors de la révision partielle de la LAT du 15 juin 2012.

Depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 2003, il n'est pas contesté que les gens du voyage constituent un groupe de population, – «*groupe de population nomade qui se distingue du reste de la population sédentaire»*[159] – et que leurs besoins doivent être pris en compte dans l'aménagement du territoire. Autrement dit, comme le soulignent plusieurs auteurs:

> *«die Siedlungsgestaltung soll nach den Bedürfnissen der Bevölkerung – und nicht allein nach den Interessen Einzelner – erfolgen. Zur Bevölkerung gehören allerdings nicht nur Personen mit Schweizer Bürgerrecht und nicht nur Sesshafte, sondern ebenso die Fahrenden»*[160].

144 RS **700**.
145 Art. 14 LAT.
146 Art. 15 et 15*a* LAT.
147 Art. 16 LAT.
148 Art. 17 LAT.
149 Art. 18 LAT.
150 Art. 6 à 12 LAT.
151 Art. 8 LAT.
152 Art. 11 LAT.
153 Art. 9, al. 1, LAT.
154 Art. 21 LAT.
155 Art. 33, al. 2, LAT.
156 Art. 34 LAT.
157 André Jomini, *in Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung*, Schulthess, 2009, ad art. 34, n° 6.
158 Pierre Moor, Introduction, *in Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung*, Schulthess, 2009, n° 96-98.
159 ATF 129 II 321 [327], cons. 3.2.
160 Bernhard Waldmann, Peter Hänni, *Raumplanungsgesetz*, Stämpflis Handkommentar, 2006, *ad* art. 3, p. 90 n° 35; *cf*. aussi par Tarek Naguib, Kurt Pärli, Eylem Copur, Melanie Studer, *op. cit*., n° 78, n° 545, p.195.

La portée de cette jurisprudence du Tribunal fédéral est à décrire avant de s'interroger sur d'éventuelles modifications suite à la dernière révision partielle de la LAT et d'aborder, dans ce cadre, certaines mesures envisageables sur la base de l'art. 75, al. 1, Cst.

5.2.3 Jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans son arrêt du 28 mars 2003, en se basant sur la jurisprudence Chapman de la Cour européenne des droits de l'homme[161], le Tribunal fédéral prend comme point de départ les principes régissant l'aménagement du territoire et en déduit une *obligation* de prévoir dans les plans d'aménagement du territoire des zones ou des emplacements appropriés pour les gens du voyage.

Le raisonnement est le suivant:

> *«Quand, dans les "principes régissant l'aménagement", la loi fédérale sur l'aménagement du territoire dispose que "les territoires réservés à l'habitat et à l'exercice des activités économiques seront aménagés selon les besoins de la population" (art. 3 al. 3 LAT), il faut comprendre que les besoins spécifiques de la partie de la population que constituent les gens du voyage suisses doivent également être satisfaits. Aussi les plans d'aménagement doivent-ils prévoir des zones et des emplacements appropriés, qui puissent servir de lieu de résidence à ce groupe de population, conformément à ses traditions (ou, le cas échéant, les autorités compétentes doivent-elles adapter la réglementation de zones à bâtir existantes pour permettre ce type d'utilisation du sol). S'il faut créer, dans une région, une nouvelle place de stationnement d'une certaine importance, il incombe en principe aux autorités chargées de l'aménagement du territoire d'adopter à cet effet un plan d'affectation spécial, conformément aux principes du droit fédéral (…)»*[162].

Le gouvernement, dans son deuxième rapport sur la mise en œuvre de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales et le Comité consultatif de cette convention-cadre qualifient cet arrêt d'*«important»*[163], une auteur le considère comme un «*jalon historique*»[164]. Le Tribunal fédéral reconnaît «*probablement pour la première fois»*[165] le mode de vie itinérant ou semi-itinérant des gens du voyage comme une caractéristique essentielle de leur identité et en déduit l'obligation pour les autorités de prendre en compte leurs besoins spécifiques dans le cadre de l'aménagement du territoire. Il fait entrer les besoins socio-économiques et culturels des gens du voyage dans les principes régissant l'aménagement du territoire[166].

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral insiste sur l'importance de la procédure de planification pour l'aménagement d'une aire de stationnement d'une certaine importance et rejette, dans le cas d'espèce, l'application de l'art. 24 LAT consacré aux exceptions prévues hors de la zone à bâtir:

> *«Avec les aménagements prévus, ce terrain est destiné à accueillir, durablement ou occasionnellement, un nombre assez important de personnes; l'exploitation de ces installations provoque aussi un trafic automobile non négligeable. On doit donc en conclure, conformément à la jurisprudence rappelée plus haut, qu'une procédure préalable de planification est nécessaire pour l'aménagement d'une telle place de stationnement. Il appartient donc, en cas de besoin – à savoir si les zones d'affectation ou sites existants ne sont pas appropriés, comme l'allègue le recourant –, aux autorités cantonales chargées de l'aménagement du territoire de rechercher un emplacement adéquat et d'engager une procédure respectant les exigences démocratiques et les garanties de procédure (cf. art. 4 et 33 LAT), qui pourra aboutir à l'adoption d'un plan d'affectation spécial»*[167].
>
> *«(…) le projet du recourant est trop important pour qu'une simple dérogation puisse entrer en considération. Cela étant, comme les autorités compétentes ont une "obligation d'aménager"*

161 *Cf. supra* ch. 3.2.
162 ATF 129 II 321 [328-329], cons. 3.1.
163 Deuxième rapport du Gouvernement suisse sur la mise en œuvre de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales de janvier 2007, ch. 32, p. 26 et deuxième avis sur la Suisse du Comité consultatif du 29 février 2008, GVT/COM/II (2009) 003, n° 62.
164 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit.,* note n° 15, n° 208, p. 61.
165 Benoît Bovay, Les places pour les gens du voyage: plan d'affectation ou autorisation de construire dérogatoire *in Droit de la construction 3/2003* p. 95-98 [97].
166 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit*., note n° 15, n° 787, p. 226,; voir art. 3 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire intitulé pesée des intérêts en présence (RS **700.1**).
167 ATF 129 II 321 [328], cons. 3.3.

> *(cf. art. 2 LAT) en matière de places de stationnement pour les gens du voyage suisses, on ne voit pas pourquoi les prescriptions de l'art. 8 CEDH ou des normes constitutionnelles correspondantes (notamment l'art. 13 al. 1 Cst.) ne pourraient pas être concrétisées au moyen de mesures de planification. Le recourant évoque les difficultés à mettre véritablement en œuvre ces mesures; il n'y a cependant aucun motif de considérer – notamment en l'absence d'une démonstration, par le recourant, de leur caractère impraticable dans la région en cause – que ces démarches seraient systématiquement vouées à l'échec sur le territoire national»*[168].

Le Tribunal fédéral a rappelé que les aires destinées aux gens du voyage doivent donc d'abord être prévues dans des règles générales, soit dans des plans d'affectation plutôt qu'autorisées au coup par coup par des autorisations exceptionnelles[169].

En renvoyant la balle aux autorités compétentes en matière d'aménagement du territoire et en soulignant l'importance des procédures de planification dans ce domaine, le Tribunal fédéral montre que s'il y a bien une obligation positive à la charge de ces autorités de mettre à disposition des aires de stationnement, il n'y a pas de droit correspondant à la mise à disposition d'emplacements appropriés, qui serait justiciable.

Les autorités compétentes doivent donc avoir la *volonté politique*[170] d'interpréter les dispositions légales en matière d'aménagement du territoire dans un sens qui tienne compte des besoins spécifiques des gens du voyage et la majorité de la population doit accepter la création d'aires pour les gens du voyage[171]. On retrouve, dans cette constellation, *les problèmes élémentaires des minorités confrontées à une démocratie qui repose sur le principe de la majorité*[172].

Dans le même sens, une grande partie de la doctrine estime qu'il n'est pas possible de déduire des droits fondamentaux un droit justiciable permettant d'exiger des autorités qu'elles adoptent un plan d'affectation, autrement dit un plan d'utilisation du sol, comprenant des mesures spécifiques pour les Tziganes nomades[173]. Un auteur nuance quelque peu ces affirmations suite à l'arrêt précité, en n'excluant pas l'hypothèse selon laquelle il serait, dans certaines circonstances, défendable de demander une modification du plan d'affectation sur la base de l'art. 21, al. 2, LAT en invoquant la modification sensible de circonstances[174].

L'OFJ est d'avis qu'il n'est pas possible de tirer de cet avis nuancé et isolé un véritable droit subjectif à la mise à disposition d'aires de stationnement ou de transit pour les gens du voyage nomades ou semi-nomades qui se baserait sur la LAT interprétée conformément aux droits fondamentaux en jeu.

La conclusion formulée par Glaus en 1999 paraît ainsi toujours d'actualité: personne ne conteste l'obligation des autorités de mettre à disposition des aires de stationnement ou de transit pour les gens du voyage; ces derniers se heurtent pourtant à un parcours d'obstacles lors de la planification de telles aires. Une des raisons est que les gens du voyage n'ont pas un droit justiciable à une prestation de l'État dans ce domaine:

> *«Erstens haben sie ja gar keinen Rechtsanspruch auf die Leistung, auf das entsprechende Handeln des Staates»*[175].

Il importe avant de conclure de vérifier que les modifications du cadre juridique régissant l'aménagement du territoire n'ont pas d'incidences directes sur la jurisprudence du Tribunal fédéral commentée, voire

---

168 ATF 129 II 321 [330], cons. 3.4.

169 Benoît Bovay, *op. cit.*,note n° 163, p. 96; *cf.* aussi l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 mai 2005 1A. 124/2004/1P.302/2004, cons. 3.2.

170 Rapport du Conseil fédéral sur la situation des gens du voyage en Suisse d'octobre 2006, Partie II: Création d'aires de séjour et de transit pour les gens du voyage: possibilités d'action de la Confédération (DFI/OFC), p. 17.

171 Comparer la réponse du Conseil fédéral du 14 mai 2014 à l'interpellation 14.3248 Estermann Les Yéniches suisses en danger selon laquelle: «C'est précisément parce que la création d'aires pour les Yéniches et d'autres groupes de gens du voyage doit être acceptée par une majorité de la population que le travail de sensibilisation est crucial. Les organisations des gens du voyage suisses ont ici aussi un rôle majeur à jouer en tant qu'ambassadrices de leur culture».

172 René Rhinow, Vielfalt und Wandel von Minderheiten – eine Herausforderung auch für die Schweiz, *in Polis und Kosmopolis*, Festschrift für Daniel Thürer, Dike, 2015, p 639-646 [643]; voir aussi l'exemple du projet de création d'aire de transit ayant échoué en référendum communal cité dans l'avis de droit du Centre suisse de compétence pour les droits humains, cité à la note n° 99, p. 8.

173 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit.*, note n° 15, n° 1647, p. 447 et la doctrine citée, notamment Hänni (2002); Rieder (1999) et Waldmann (2004).

174 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit.*, note n° 15,n° 1647-1658, p. 447-449.

175 Urs Glaus, Fahrende in der Schweiz, *in Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung*, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 141-147 [143].

sur la réponse à la question posée de l'existence d'un droit justiciable à la mise à disposition d'aires de stationnement et de transit.

5.2.4 Révision partielle de la LAT

En 2006, le Conseil fédéral parvenait à la conclusion selon laquelle la loi sur l'aménagement du territoire offre des possibilités suffisantes pour la création d'aires de séjour ou de transit. Il a chargé le DETEC et le DFI d'attirer l'attention des cantons sur ces possibilités et a chargé le DETEC de veiller à ce que les besoins des gens du voyage soient pris en compte lors de l'approbation des plans directeurs cantonaux[176].

La conclusion du Conseil fédéral demeure d'actualité. La récente révision partielle de la LAT, limitée à la «*maîtrise de l'urbanisation*»[177], ne modifie pas directement la situation des gens du voyage[178], ni, en conséquence, les réponses aux questions posées.

On pourrait, néanmoins, se demander quelles mesures auraient été envisageables sur la base de l'art. 75, al. 1, Cst. dans le cadre d'une révision plus large de la LAT qui aurait aussi visé une adaptation législative[179] pour tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les obligations positives inhérentes à l'art. 8 CEDH en relation avec le mode de vie de la minorité vulnérable des gens du voyage.

Il ressort des considérations précédentes que le Tribunal fédéral a posé le principe de la prise en compte des besoins spécifiques des gens du voyage et qu'il a déduit de l'art. 3, al. 3, LAT l'obligation positive de prévoir dans les plans d'aménagement des zones appropriées pour le stationnement des gens du voyage.

En tant que principe, la prise en compte de ces besoins aurait sa place dans la LAT, de même que l'obligation de réserver, dans les plans d'aménagement, des zones particulières pour les gens du voyage.

Dans le même sens, il aurait été loisible d'envisager une certaine protection juridique pour contrôler la prise en compte de leurs besoins spécifiques. Il aurait pu s'agir, par exemple, de prévoir la qualité pour recourir contre des décisions ou plans d'affectation établissant une aire de stationnement ou de transit inadéquate ou insalubre[180].

Il appartient en premier lieu au législateur de trancher ces questions.

5.2.5 Bilan intermédiaire

Depuis l'arrêt *Chapman c. Royaume Uni* du 18 janvier 2001, la Cour européenne des droits de l'homme, reconnaît que l'art. 8 CEDH impose aux États contractants l'obligation positive de permettre aux gens du voyage de mener leur mode de vie traditionnel. Tant le droit conventionnel que le droit constitutionnel imposent aux autorités de préserver l'identité et le mode de vie de cette minorité.

L'obligation positive décrite ci-desssus n'est pas justiciable dans le domaine de l'aménagement du territoire, alors même que le Tribunal fédéral a reconnu pour la première fois les droits de la minorité nationale des gens du voyage dans un litige qui concernait l'application de la LAT.

Contrairement à d'autres situations de discriminations indirectes, la mise à disposition d'aires de stationnement dépend de procédures de planification qui impliquent, dans une large mesure, le législateur voire le peuple.

176 Rapport du Conseil fédéral sur la situation des gens du voyage en Suisse précité, p. 24.
177 Il s'agissait d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire *«De l'espace pour l'homme et la nature (initiative pour le paysage)»* qui avait pour but de lutter contre le mitage du territoire et d'améliorer la protection du paysage, *cf.* le message du Conseil fédéral du 20 janvier 2010 relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire, FF **2010** 959 ss.
178 Le message du Conseil fédéral du 20 janvier 2010 relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire, FF **2010** 959 ss est muet sur ce point.
179 *Cf. supra* ch. 2.1.1 et 3.2.
180 Cf. Avis de droit du 22 janvier 2001 de l'Office fédéral de la justice, intitulé Relation entre le droit de référendum cantonal et communal (art. 39 Cst.) et l'obligation de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux (art. 35, al. 2, Cst.), JAAC 65.35, p. 372.

6 Conclusion

Le droit international et le droit constitutionnel imposent de prendre en compte les besoins spécifiques des gens du voyage. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il existe bien une **obligation positive à la charge des autorités de créer des aires de stationnement appropriées en faveur de la minorité nationale des gens du voyage**.

Cette obligation découle des garanties conventionnelles (notamment de l'art. 27 du Pacte II, de l'art. 8 CEDH et des art. 4 et 5 de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales) ainsi que des droits constitutionnels (en particulier de l'art. 8, al. 2, Cst.)

Toutes les entités qui assument une tâche de l'État sont tenues de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux selon l'art. 35 Cst. Cette disposition constitutionnelle ne peut, cependant, pas être invoquée isolément. L'obligation positive décrite ci-dessus découle donc de l'art. 35 Cst. en relation avec d'autres droits fondamentaux, en particulier, de l'interdiction de discrimination. Mais, cette obligation n'est pas justiciable.

En effet, il n'y a pas de fondement conventionnel ou constitutionnel qui permettrait, actuellement, de déduire un droit justiciable à la mise à disposition d'un nombre adéquat d'aires de stationnement ou de transit en faveur des gens du voyage.

L'efficacité d'un droit fondamental se mesure à l'aune de sa justiciabilité, *i.e*. à l'aune de sa capacité à être contrôlé et mis en œuvre par le juge[181]; certains auteurs constatent pourtant que dans certaines situations, un grief en soi justiciable, par exemple la violation de l'égalité en droit, se heurte à de sérieuses difficultés pour pouvoir être considéré comme recevable selon la constellation en cause[182]. On peut dès lors considérer, à l'instar d'un auteur, qu'il existe un hiatus entre la protection juridique dont bénéficient désormais les gens du voyage et les difficultés concrètes pour intégrer ces garanties dans le droit ordinaire[183], en particulier en ce qui concerne la mise à disposition d'aires de stationnement et de transit.

Cependant même si un droit n'est pas justiciable, le juge interprète les règles de droit de manière conforme aux droits fondamentaux et aux droits conventionnels. Et, l'obligation positive pour les autorités compétentes de prévoir dans les plans d'aménagement du territoire des zones et des emplacements appropriés qui puissent servir d'aires de stationnement pour les gens du voyage, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral de 2003, ne devrait pas être dénuée d'effets, en particulier lors de l'approbation des plans directeurs ou de leur adaptation par le Conseil fédéral[184]. Un raisonnement quelque peu analogue pourrait être suivi pour la mise à disposition d'aires de transit, voire selon certains auteurs, pour un droit conditionnel à un usage accru du domaine public en l'absence de solutions de rechange pour les haltes temporaires[185].

181 Joëlle Sambuc Bloise, op. cit., note n° 15, n° 1121, p. 315; cf. également l'avis de droit précité, p. 372, selon lequel: «L'existence d'un risque de résultats de votations discriminatoires devrait conduire à prévoir des correctifs; il s'agirait en particulier d'envisager l'octroi de droits subjectifs et d'aménager des voies de droit pour minimiser les risques de résultats de votations présumés discriminatoires ou arbitraires. Car tous les organes étatiques sont tenus de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux».

182 *Cf.* par exemple, Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit*., note n° 15, n° 1121, p. 315-316; voir aussi Maya Hertig Randall, *op. cit,* note n° 95, p. 252-253 au sujet du risque de discrimination multiple pour les Roms en situation précaire.

183 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit*., note n° 15, n° 261, p. 78.

184 Art. 11 LAT.

185 Joëlle Sambuc Bloise, *op. cit*., note n° 15, n° 1590 à 1603, p. 433-436, et les références de doctrine citées, ainsi que n° 1937, p. 510.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften
Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées
Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali

JAAC 2017.2 - 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

In Dans In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr Année Anno	2017
Band Volume Volume	-
Seite Page Pagina	19-45
Ref. No	150 000 347

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.