

JAAC 66.1

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 25.
Oktober 2001; avis de droit de l'Office fédéral de la
justice du 25 octobre 2001

Portée de l'art. 116 al. 1 2^{ème} phrase Cst.

- *La Confédération peut se fonder sur cette disposition constitutionnelle pour soutenir la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial.*
- *Une telle compétence fédérale résulte-t-elle aussi d'autres dispositions constitutionnelles (art. 8 al. 3 2^{ème} phrase, art. 41 al. 1 let. c et art. 110 al. 1 let. a Cst.)?*

Tragweite von Art. 116 Abs. 1 Satz 2 BV.

- *Gestützt auf diese Verfassungsbestimmung hat der Bund die Kompetenz, die Schaffung familienergänzender Kinderbetreuungsplätze zu unterstützen.*
- *Ergibt sich eine solche Bundeskompetenz auch aus anderen Verfassungsbestimmungen (Art. 8 Abs. 3 Satz 2, Art. 41 Abs. 1 Bst. c und Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV)?*

Portata dell'art. 116 cpv. 1 2^a frase Cost.

- *La Confederazione può basarsi su questa disposizione costituzionale per sostenere la creazione di posti d'accoglienza per bambini al di fuori dell'ambito familiare.*
- *Una tale competenza federale emerge anche da altre disposizioni costituzionali (art. 8 cpv. 3 2^a frase, art. 41 cpv. 1 lett. c e art. 110 cpv. 1 lett. a Cost.)?*

Die Subkommission «Familienpolitik» der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) ersuchte das Bundesamt für Justiz (BJ) um Stellungnahme zur Frage der Verfassungsgrundlage eines von der SGK-N ausgearbeiteten Entwurfs zur Umsetzung der Parlamentarischen Initiative Fehr Jacqueline 00.403, welcher der Nationalrat am 21. März 2001 Folge gegeben hat^[1]. Konkret ist die Frage zu beantworten, ob der Bund aufgrund der verfassungsmässigen Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen überhaupt befugt ist, im vorgesehenen Bereich und in der vorgesehenen Weise tätig zu werden.

La Sous-commission «Politique familiale» de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) a demandé à l'Office fédéral de la justice (OFJ) de prendre position sur la question des fondements constitutionnels d'un projet élaboré par la CSSS-N et visant à mettre en œuvre l'initiative parlementaire Jacqueline Fehr 00.403, à laquelle le Conseil national a donné suite en date du 21 mars 2001^[18]. Concrètement, il s'agit de répondre à la question de savoir si la Confédération, sur la base de la répartition des compétences opérée par la Constitution entre la Confédération et les cantons, est habilitée à agir dans le domaine considéré et, dans l'affirmative, si elle est autorisée à le faire de la manière prévue.

Deutscher Originaltext

1. Allgemeines zur Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen

Die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen ist in Art. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV)^[2] nach dem Prinzip geregelt, dass die Kantone alle Rechte ausüben, die nicht dem Bund übertragen sind. Art. 42 Abs. 1 BV bringt den gleichen Grundsatz zum Ausdruck und bestimmt, dass der Bund die Aufgaben erfüllt, die ihm die Bundesverfassung zuweist. Der Bund darf demnach nur in jenen Bereichen tätig werden, in welchen die Bundesverfassung ihn für zuständig erklärt und ihm die Kompetenz zum Tätigwerden erteilt^[3]. Art. 42 Abs. 2 BV enthält zusätzlich eine Umschreibung des Subsidiaritätsprinzips, indem er bestimmt, dass der Bund diejenigen Aufgaben übernimmt, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.

Im Entwurf der Subkommission Familienfragen vom 24. August 2001 zur parlamentarischen Initiative Fehr werden die Art. 41 Abs. 1 Bst. c und Art 116 Abs. 1 BV als Verfassungsgrundlagen angegeben. Das BJ wird im Folgenden prüfen, ob diese Grundlagen zu Recht herangezogen werden. Zudem wird das BJ prüfen, ob allenfalls weitere Verfassungsbestimmungen ein Tätigwerden des Bundes im Sinne der Initiative Fehr begründen könnten.

2. Art. 41 Abs. 1 Bst. c BV

Die Bestimmung lautet:

«¹ Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass:

[...]

c. Familien als Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern geschützt und gefördert werden;»

Es ist zu prüfen, ob diese Bestimmung überhaupt eine Kompetenz des Bundes begründet.

a. Wortlaut

Abs. 3 von Art. 41 BV führt aus, dass Bund und Kantone die in Art. 41 BV genannten Sozialziele im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel anstreben. Dies bedeutet, dass Art. 41 Abs. 1 Bst. c BV selber keine Kompetenz für den Bund begründet, familienergänzende Betreuungsplätze zu fördern, sondern eine solche Kompetenz andernorts in der Verfassung zu suchen ist.

b. Systematik

Art. 41 BV ist systematisch im 2. Titel der Bundesverfassung eingeordnet und nach den Grundrechten und den Bürgerrechten als 3. Kapitel mit der Überschrift Sozialziele überschrieben. Gemäss der Konzeption der neuen Bundesverfassung werden die Zuständigkeiten des Bundes aber grundsätzlich im 3. Titel der BV, insbesondere in den Art. 54 ff. geregelt^[4]. Auch aufgrund der Systematik lässt sich daher sagen, dass in Art. 41 BV keine Kompetenzbegründung für den Bund enthalten ist.

c. Materialien

Dasselbe ergibt sich auch aus der Botschaft des Bundesrates zur revidierten Bundesverfassung^[5], wo ausgeführt wird, dass es sich bei Art. 41 BV (entspricht Art. 33 des Entwurfs vom 20. November 1996 zum Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung [VE 96], BBl 1997 I 589 ff.) um eine Staatszielbestimmung handelt, welche keine neuen Bundeskompetenzen schafft, sondern sich sowohl an den Bund wie auch an die Kantone richtet^[6] und ihnen einen Handlungsauftrag erteilt, den sie im Rahmen ihrer anderwärtig zugewiesenen Kompetenzen zu erfüllen haben.

Art. 41 Abs. 1 Bst. c BV kann somit nicht als kompetenzbegründende Bestimmung herangezogen werden.

3. Art. 116 Abs. 1 BV

Die Bestimmung lautet:

«¹ Der Bund berücksichtigt bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Bedürfnisse der Familie. Er kann Massnahmen zum Schutz der Familie unterstützen.»

a. Art. 116 Abs. 1 BV als kompetenzbegründende Bestimmung

Art. 116 Abs. 1 BV knüpft an Art. 34^{quinquies} Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV, BS 1 3) an. Wie bereits Art. 34^{quinquies} aBV beauftragt Art. 116 Abs. 1 Satz 1 BV den Bund, bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Bedürfnisse der Familien zu berücksichtigen. Im Rahmen der Verfassungsreform wurde dieser Auftrag aber noch um den zweiten Satz ergänzt, wonach der Bund Massnahmen zum Schutz der Familie unterstützen kann. Die Ergänzung wurde erst nach der Vernehmlassung eingefügt. Sie wurde damit begründet, dass die nach ihrem Wortlaut lediglich als Auftrag ohne kompetenzbegründenden Charakter ausgestaltete Bestimmung (Art. 34^{quinquies} Abs. 1 aBV[7]) entgegen dem Wortlaut verschiedentlich als Verfassungsgrundlage für ein Tätigwerden des Bundes im Bereich des Familienschutzes herangezogen worden sei. So stützen sich beispielsweise das Bundesgesetz über die Schwangerschaftsberatungsstellen vom 9. Oktober 1981[8], sowie die Unterstützung von Pro Familia auf den Art. 34^{quinquies} aBV. Mit der Erweiterung von Art. 116 Abs. 1 BV wollte man darum einerseits dieser Praxis gerecht werden und dem Bund explizit die Möglichkeit geben, Massnahmen zum Schutz der Familie zu unterstützen[9]. Andererseits wurde damit auch dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Unterstützungskompetenz des Bundes in diesem Bereich im Rahmen der Vernehmlassung verschiedentlich verlangt worden war[10].

Obwohl diese Erweiterung in der Subkommission 3 des Ständerates zur Verfassungsreform in ihren Beratungen zum Familienschutzartikel als «über eine reine Nachführung im engeren Sinne hinausgehend» bezeichnet und als eindeutige Kompetenzbegründung zugunsten des Bundes erkannt worden war, wurde dagegen zu keinem Zeitpunkt der Verfassungsdebatte von irgend einer Seite opponiert[11]. Der mit dieser Erweiterung vorgeschlagene Art. 116 Abs. 1 BV (entspricht Art. 107 VE 96) wurde sowohl in der Verfassungskommission des Ständerates wie auch in derjenigen des Nationalrates ohne Änderungsanträge angenommen und gab auch in den Beratungen im Plenum zu keinerlei Bemerkungen Anlass[12]. Es ist somit unbestritten, dass Art. 116 Abs. 1 BV dem Bund die Kompetenz verleiht, Massnahmen zum Schutz der Familie zu unterstützen.

b. Tragweite der Kompetenz des Bundes

Die Parlamentarische Initiative Fehr verlangt, es seien die nötigen gesetzlichen Grundlagen auszuarbeiten, die es dem Bund ermöglichen, die Einrichtung von familienergänzenden Betreuungsplätzen finanziell zu unterstützen. Als Beispiele für familienergänzende Betreuungsplätze werden Krippen, Horte, Tagesfamilien und Tagesschulen aufgezählt, wobei diese Liste als nicht abschliessend zu verstehen ist. Es stellt sich nun die Frage, ob die Einrichtung solcher Betreuungsplätze als Massnahme zum Schutz der Familie verstanden werden kann.

Die Parlamentarische Initiative Fehr ist darauf ausgerichtet, die Schaffung von Rahmenbedingungen zu begünstigen, die es Müttern und Vätern erleichtern, Beruf und Familie besser zu vereinbaren. Für viele Eltern ist es heute ausserordentlich schwierig, einer beruflichen Tätigkeit nachzugehen und gleichzeitig Kinder zu haben. Es ist darum immer noch so, dass Frauen (und immer mehr auch Männer) wegen der Unvereinbarkeit von Familie und Beruf auf die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit verzichten und so eine wichtige Chance der Persönlichkeitsentfaltung verpassen. Dies ist, abgesehen vom persönlichen Verzicht für den jeweiligen Elternteil, auch für die Familie ein Nachteil.

Einerseits kann die gleichzeitige Betätigung beider Elternteile sowohl im Bereich der Familienarbeit wie auch in der Berufswelt zu einer grösseren Befriedigung der Eltern beitragen und beeinflusst so auch die Erziehung der Kinder positiv. Sie kann eine Bereicherung für die ganze Familie darstellen. Das Fehlen von Einrichtungen, welche solche Familienformen begünstigen, kann sich darum auf die Familien nachteilig auswirken.

Andererseits entscheiden sich auch immer mehr Frauen und Männer mit guten Berufsausbildungen für ein Leben ohne Kinder, um ihre beruflichen Chancen voll nutzen zu können. Dies belegen die immer rückläufigeren Geburtenzahlen. Eine funktionierende Gesellschaft ohne Familien ist aber nicht denkbar^[13]. Die Schaffung von Infrastrukturen, die den heutigen Bedürfnissen moderner Familienformen entgegenkommen und so den Bestand der Familie als wichtigen Teil unserer Gesellschaft überhaupt ermöglichen, indem die Vereinbarkeit von Beruf und Familie gefördert wird, kann darum als Massnahme zum Schutz der Familie im Sinne von Art. 116 Abs. 1 Satz 2 BV bezeichnet werden.

Mit solchen Massnahmen werden in erster Linie die Familien und nicht primär die Frauen geschützt. Die moderne Auffassung der Aufteilung von Familien- und Lohnarbeit darf nicht einseitig nur im Interesse der berufstätigen Mütter verstanden werden. Nicht nur aufgrund der Tatsache, dass gegenwärtig ungefähr 40% aller Ehen geschieden werden, liegt es im Interesse der ganzen Familie, wenn die Chancen der Frauen auf dem Arbeitsmarkt auch mit kleinen Kindern möglichst intakt bleiben. Auch ziehen es immer mehr Männer vor, sowohl in der Familie wie auch im Beruf tätig zu sein. Da aber eine genau hälftige Teilung von Familien- und Berufsarbeit als Idealvorstellung auf dem Arbeitsmarkt in den wenigsten Fällen realistisch und daher eine Überschneidung der Arbeitszeit beider Elternteile wahrscheinlich ist, können auch Väter auf die Angebote der familienergänzenden Betreuungseinrichtungen angewiesen sein.

Der Bund wird in der Parlamentarischen Initiative Fehr nicht aufgefordert, selber familienergänzende Betreuungseinrichtungen einzurichten, sondern nur gesetzliche Grundlagen zu erlassen, um eine finanzielle Unterstützung des Bundes bei der Schaffung der verlangten Einrichtungen zu ermöglichen. Art. 116 Abs. 1 Satz 2 BV ist ausdrücklich als Unterstützungskompetenz formuliert. Die Unterstützung des Bundes setzt Massnahmen Dritter voraus. Die Unterstützungskompetenz beinhaltet im Übrigen auch die Kompetenz zum Erlass der rechtlichen Grundlagen, die für Unterstützungsmassnahmen notwendig sind.

Das BJ erachtet es deshalb als vertretbar, Art. 116 Abs. 1 BV als kompetenzbegründende Bestimmung für Unterstützungsleistungen des Bundes im vorgesehenen Sinn heranzuziehen.

4. Andere Grundlagen?

Art. 14 des Gleichstellungsgesetzes vom 24. März 1995 (GlG)^[14] gibt dem Bund die Möglichkeit, öffentlichen oder privaten Institutionen, die Programme zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben durchführen, Finanzhilfen zu gewähren. Art. 14 Abs. 2 Bst. c GlG sieht die Förderung von Programmen vor, welche die Vereinbarkeit von beruflichen und familiären Aufgaben verbessern sollen^[15]. Die Bestimmung ermöglicht somit mindestens teilweise ähnliche Massnahmen, wie sie die Parlamentarische Initiative Fehr vorsieht.

Allerdings hat Art. 14 Abs. 2 Bst. c GlG nicht den Familienschutz, sondern die Gleichstellung von Frauen und Männern zum Ziel. Zudem ist seine Anwendbarkeit auf das Erwerbsleben beschränkt. Dies ist bei der Parlamentarischen Initiative Fehr nicht explizit der Fall. Es stellt sich aber die Frage, ob die für Art. 14 Abs. 2 Bst. c GlG geltenden Verfassungsgrundlagen für die Umsetzung der Parlamentarischen Initiative Fehr allenfalls zusätzlich zu Art. 116 Abs. 1 BV herangezogen werden könnten.

Das Gleichstellungsgesetz stützt sich auf Art. 4 Abs. 2, 34^{ter} Abs. 1 Bst. a, Art. 64 und Art. 85 Ziff. 3 aBV. Für die Förderungsprogramme nach Art. 14 GlG sind vor allem Art. 4 Abs. 2 und 34^{ter} Abs. 1 Bst. a aBV massgebend. Diesen entsprechen heute die Art. 8 Abs. 3 sowie Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV.

a. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV

Die Bestimmung lautet:

«³ Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.»

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV enthält einen klar definierten Gesetzgebungsauftrag. Allerdings begründet diese Bestimmung keine neuen Kompetenzen für den Bund, sondern will den jeweils zuständigen Gesetz- und Verordnungsgeber für einen bestimmten Bereich ansprechen^[16]. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV allein vermöchte darum keine Bundeskompetenz für das in Frage stehende Gesetzgebungsvorhaben zu begründen.

b. Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV

Die Bestimmung lautet:

«¹ Der Bund kann Vorschriften erlassen über:

a. den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer;»

Der Wortlaut von Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV (in der deutschen und italienischen Fassung) bezieht sich in der nachgeführten Bundesverfassung neben den Arbeitnehmern auch auf die Arbeitnehmerinnen, entspricht aber sonst wörtlich der Bestimmung von Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. a aBV. Diese Bestimmung gilt als generelle Kompetenz des Bundes zum Erlass von Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, unabhängig von der Tätigkeit, die sie ausüben. Es gibt keinen Bereich, der von dieser Kompetenz nicht erfasst würde[17]. Genau so wie er für das Gleichstellungsgesetz in diesem Bereich als kompetenzbegründend herangezogen wurde, wäre der Schutzbereich von Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV darum nach Ansicht des BJ auch ausreichend, um für Massnahmen im Sinne der Parlamentarischen Initiative Fehr als kompetenzbegründende Norm herangezogen zu werden, soweit es sich um Massnahmen handelt, welche die Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Erwerbsleben betreffen.

5. Fazit

Daraus ergibt sich, dass die Bundesverfassung dem Bund in Art. 116 Abs. 1 eine Unterstützungskompetenz zuweist, die ihm erlaubt, im Sinne der Parlamentarischen

Initiative Fehr tätig zu werden. Es wäre zudem denkbar, zumindest für gewisse Aspekte zusätzlich Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV als kompetenzbegründende Bestimmung heranzuziehen.

Traduction française:

1. Considérations générales sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons

La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est régie à l'art. 3 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.)[19] selon le principe que les cantons exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. L'art. 42 al. 1 Cst. consacre le même principe et dispose que la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution. La Confédération ne peut par conséquent agir que dans les domaines dans lesquels la Constitution fédérale lui reconnaît une compétence et lui octroie le pouvoir d'agir[20]. L'art. 42 al. 2 Cst. consacre en outre le principe de subsidiarité en disposant que la Confédération assume les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme.

Le projet élaboré par la sous-commission des questions familiales le 24 août 2001 en réponse à l'initiative parlementaire Fehr mentionne comme fondements constitutionnels l'art. 41 al. 1 let. c et l'art. 116 al. 1 Cst. L'OFJ

examinera par la suite si ces fondements sont admissibles. De plus, l'OFJ examinera si, à la rigueur, d'autres dispositions constitutionnelles pourraient justifier une intervention de la Confédération dans le sens de l'initiative Fehr.

2. L'art. 41 al. 1 let. c Cst.

Cette disposition a la teneur suivante:

«¹ La Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que:

[...]

c. les familles en tant que communautés d'adultes et d'enfants soient protégées et encouragées; »

Il importe d'examiner si cette disposition est de nature à fonder une compétence de la Confédération.

a. Teneur de la disposition

L'art. 41 al. 3 Cst. prévoit que la Confédération et les cantons s'engagent en faveur des buts sociaux prévus à l'art. 41 Cst. dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles. Cela signifie que l'art. 41 al. 1 let. c Cst. ne fonde à lui seul aucune compétence fédérale d'encourager la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial et que, par conséquent, une telle compétence doit pouvoir se fonder sur une autre disposition constitutionnelle.

b. Systématique

Du point de vue de la systématique, l'art. 41 Cst. fait partie, sous le titre «Buts sociaux», du 3^{ème} chapitre du titre 2 de la Constitution qui fait suite aux chapitres traitant des droits fondamentaux et de la citoyenneté. Selon la conception de la nouvelle Constitution, les compétences de la Confédération sont toutefois réglées en principe dans le titre 3 de la Constitution, en particulier aux art. 54 ss[21]. Sous l'angle de la systématique également, il convient donc de retenir que l'art. 41 Cst. ne constitue pas une norme attributive d'une compétence en faveur de la Confédération.

c. Travaux préparatoires

La même conclusion résulte également du Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale qui relève que l'art. 41 Cst. (auquel correspondait l'art. 33 du projet du 20 novembre 1996 d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la constitution fédérale [projet 96], FF 1997 I 597 ss) est une disposition définissant des buts de l'Etat qui ne crée pas de nouvelles compétences fédérales[22], mais qui s'adresse aussi bien

aux cantons qu'à la Confédération[23] en leur conférant un mandat d'agir qu'ils doivent réaliser dans le cadre des compétences respectives qui leur sont attribuées par les autres dispositions constitutionnelles.

L'art. 41 al. 1 let. c Cst. ne peut ainsi pas être considéré comme une disposition attributive de compétence.

3. L'art. 116 al. 1 Cst.

Cette disposition a la teneur suivante:

«¹ Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les besoins de la famille. Elle peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille.»

a. L'art. 116 al. 1 Cst. en tant que disposition attributive de compétence

L'art. 116 al. 1 Cst. reprend le contenu de l'art. 34^{quiquies} al. 1 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst., RS 1 3). Tout comme le faisait déjà l'art. 34^{quiquies} aCst., l'art. 116 al. 1 1^{ère} phrase Cst. charge la Confédération, lorsqu'elle accomplit ses tâches, de prendre en considération les besoins de la famille. Dans le cadre de la réforme de la Constitution fédérale, ce mandat a cependant été complété d'une seconde phrase aux termes de laquelle la Confédération peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille. Ce complément n'a été introduit qu'après la mise en consultation. Il a été motivé par le fait que l'art. 34^{quiquies} al. 1 aCst. avait été considéré à diverses reprises comme un fondement constitutionnel justifiant une intervention de la Confédération dans le domaine de la protection de la famille, alors même que le texte clair de cette disposition en faisait uniquement une norme impliquant un mandat sans attribution d'une quelconque compétence[24]. C'est ainsi que la loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse[25] ou le soutien de Pro Familia se sont fondés sur l'art. 34^{quiquies} aCst. En ajoutant une seconde phrase à l'art. 116 al. 1 Cst., on a ainsi voulu d'une part prendre en compte cette pratique et, d'autre part, permettre explicitement à la Confédération de soutenir les mesures destinées à protéger la famille[26]. En outre, on a par-là même tenu compte du fait qu'un encouragement de la Confédération dans ce domaine avait été réclamé à plusieurs reprises dans le cadre de la procédure de consultation[27].

Bien que, durant ses délibérations portant sur la protection de la famille, la sous-commission 3 du Conseil des Etats chargée de la réforme de la Constitution ait qualifié le complément susmentionné comme allant au-delà d'une simple mise à jour au sens strict du terme et reconnu que ce complément contenait manifestement une compétence en faveur de la Confédération, personne n'a par la suite manifesté la moindre opposition à ce que l'art. 116 al. 1 Cst. soit complété d'une seconde phrase[28]. L'art. 116 al. 1 Cst. ainsi complété (auquel correspondait l'art. 107 du projet 96) a été accepté sans aucune proposition de modification tant par la commission constitutionnelle du Conseil des Etats que par celle du Conseil National et

n'a donné lieu à aucune observation durant les délibérations en séance plénière[29]. Il n'est donc pas contesté que l'art. 116 al. 1 Cst. confère à la Confédération la compétence de soutenir les mesures destinées à protéger la famille.

b. Portée de la compétence de la Confédération

L'initiative parlementaire Fehr demande d'élaborer des bases légales propres à permettre à la Confédération d'apporter un soutien financier à la création de places d'accueil pour les enfants afin de seconder les familles. Elle cite comme exemples de telles places d'accueil pour les enfants les crèches, les garderies, les mères de jour et les écoles à demi-pension, cette liste ne devant toutefois pas être considérée comme exhaustive. Il importe dès lors de savoir si la création de ces places d'accueil peut être qualifiée de mesure destinée à protéger la famille.

L'initiative parlementaire Fehr vise à favoriser la création de conditions-cadre devant permettre aux pères et mères de mieux concilier vie familiale et vie professionnelle. Pour beaucoup de parents, il est aujourd'hui extrêmement difficile d'exercer une activité professionnelle et d'avoir en même temps des enfants. Les femmes - mais également de plus en plus d'hommes - continuent de nos jours à devoir renoncer à l'exercice d'une activité professionnelle pour cause d'inconciliabilité entre vie familiale et vie professionnelle et passent ainsi à côté d'une possibilité importante d'épanouissement de leur personnalité. Cette situation ne frappe pas seulement celui des parents qui doit faire l'impasse sur son activité professionnelle, mais elle a également des incidences négatives sur l'ensemble de la famille.

D'une part, une participation simultanée des deux parents aussi bien aux tâches familiales qu'au monde professionnel est susceptible de procurer une plus grande satisfaction aux parents et a ainsi également des répercussions positives sur l'éducation des enfants. Elle peut représenter un enrichissement pour l'ensemble de la famille. Le manque de structures favorisant ce type de modèle familial peut par conséquent exercer une influence néfaste sur les familles.

D'autre part, il existe également aujourd'hui de plus en plus de femmes et d'hommes au bénéfice d'une bonne formation professionnelle qui choisissent de vivre sans enfants afin de pouvoir exploiter au maximum leurs chances sur le plan professionnel, comme en atteste le nombre toujours décroissant de naissances. Une société sans familles n'est cependant pas concevable[30]. La création d'infrastructures qui satisfont les besoins actuels des types de famille modernes et qui reconnaissent ainsi que la famille constitue une composante importante de notre société en encourageant la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle peut donc être qualifiée de mesure destinée à protéger la famille au sens de l'art. 116 al. 1 2^{ème} phrase Cst.

De telles mesures ne protègent pas en priorité les femmes, mais bien en premier lieu la famille. La conception moderne de la répartition des tâches familiales et du travail donnant lieu au versement d'un salaire ne doit pas être comprise uniquement dans l'intérêt des mères engagées dans la vie professionnelle. Etant donné notamment qu'environ 40% des couples

divorcent de nos jours, il en va de l'intérêt de la famille toute entière que les chances des femmes sur le marché du travail soient préservées le plus largement possible, y compris de celles qui ont des enfants en bas âge. Il y a également de plus en plus d'hommes qui choisissent d'être actifs aussi bien dans le cadre de la famille que sur le plan professionnel. Vu toutefois que la solution idéale d'un choix à raison de 50% en faveur des tâches familiales et de 50% en faveur d'une activité professionnelle s'avère dans la très grande majorité des cas irréaliste sur le marché du travail et qu'un recoupement du temps de travail des deux parents apparaît ainsi vraisemblable, les pères peuvent aussi en être réduits à recourir aux offres de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial.

L'initiative parlementaire Fehr n'exige pas de la Confédération qu'elle crée elle-même des places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial, mais uniquement qu'elle élabore les bases légales propres à lui permettre d'apporter un soutien financier à la création de telles places d'accueil. L'art. 116 al. 1 2^{ème} phrase Cst. est expressément formulé comme une disposition qui confère à la Confédération une compétence d'encouragement. Le soutien de la Confédération suppose que des mesures soient prises par des tiers. La compétence d'encouragement contient au surplus également celle d'édicter les bases juridiques nécessaires à la prise de mesures de soutien.

L'OFJ estime par conséquent qu'il est soutenable de considérer l'art. 116 al. 1 Cst. comme une norme attributive d'une compétence en faveur de la Confédération qui l'autorise à fournir des prestations de soutien dans le sens précité.

4. Autres fondements?

L'art. 14 al. 1 de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité (LEg)^[31] donne à la Confédération la faculté d'allouer des aides financières à des organisations publiques ou privées qui mettent sur pied des programmes visant à favoriser la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle. L'art. 14 al. 2 let. c LEg prévoit l'encouragement de programmes qui portent sur des mesures permettant de mieux concilier les activités professionnelles et les obligations familiales^[32]. Cette disposition permet ainsi, au moins en partie, de prendre des mesures comparables à celles que réclame l'initiative parlementaire Fehr.

L'art. 14 al. 2 let. c LEg ne vise toutefois pas à protéger la famille, mais a pour but de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. De plus, son applicabilité est limitée à la vie professionnelle, ce qui n'est pas le cas de l'initiative parlementaire Fehr. Il importe néanmoins de savoir si le fondement constitutionnel de l'art. 14 al. 2 let. c LEg peut à la rigueur aussi valoir comme fondement - en sus de l'art. 116 al. 1 Cst. - pour mettre en œuvre l'objet de l'initiative parlementaire Fehr.

La loi sur l'égalité se fonde sur l'art. 4 al. 2, l'art. 34^{ter} al. 1 let. a, l'art. 64 et l'art. 85 ch. 3 aCst. Pour les programmes d'encouragement visés à l'art. 14 LEg, ce sont avant tout l'art. 4 al. 2 et l'art. 34^{ter} al. 1 let. a aCst. qui sont déterminants. A ces dispositions correspondent aujourd'hui l'art. 8 al. 3 et l'art. 110 al. 1 let. a Cst.

a. L'art. 8 al. 3 2^{ème} phrase Cst.

Cette disposition a la teneur suivante:

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

L'art. 8 al. 3 2^{ème} phrase Cst. contient un mandat clairement défini à l'adresse du législateur. Il ne fonde cependant pas de nouvelle compétence en faveur de la Confédération, mais s'adresse à chaque fois au législateur compétent dans un domaine déterminé[33]. A lui seul, il ne saurait donc fonder une compétence fédérale pour le projet législatif ici en cause.

b. L'art. 110 al. 1 let. a Cst.

Cette disposition a la teneur suivante:

«¹ La Confédération peut légiférer:

a. sur la protection des travailleurs;»

Dans ses versions allemande et italienne, le texte de l'art. 110 al. 1 let. a Cst. se réfère aussi bien aux travailleuses qu'aux travailleurs; sinon, il ne fait que reprendre mot à mot le contenu de l'art. 34^{ter} al. 1 let. a aCst. Cette disposition tient lieu de compétence générale de la Confédération pour adopter des règles protégeant les travailleuses et les travailleurs, indépendamment de l'activité qu'ils exercent. Il n'y a guère de domaines qui ne sont pas susceptibles d'être couverts par une telle compétence[34]. Dès lors que l'art. 34^{ter} al. 1 let. a aCst. a pu servir de fondement constitutionnel à la loi sur l'égalité, l'OFJ ne voit pas pourquoi l'art. 110 al. 1 let. a Cst. ne pourrait pas, lui aussi, être considéré comme un fondement constitutionnel suffi

sant pour prendre des mesures allant dans le sens de l'initiative parlementaire Fehr, pour autant qu'il s'agisse de mesures qui concernent la situation des travailleuses et des travailleurs dans la vie professionnelle.

5. Conclusion

Il résulte des considérations qui précèdent que la Constitution fédérale attribue, en son art. 116 al. 1, une compétence d'encouragement en faveur de la Confédération qui habilite cette dernière à agir dans le sens de l'initiative

parlementaire Fehr. En outre, il serait également envisageable de recourir, pour certains aspects au moins, à l'art. 110 al. 1 let. a Cst. en tant que norme attributive de compétence.

[1] AB 2001 N 320 ff.

[18] BO 2001 N 320 ss.

[2] SR 101.

[3] Dazu *Blaise Knapp*, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, Schulthess Zürich 2001, § 29.

[4] BBl 1997 I 205.

[5] BBl 1997 I 200.

[6] In diesem Sinne auch *Ulrich Meyer-Blaser / Thomas Gächter*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 34 Der Sozialstaatsgedanke Rz. 23.

[7] *P. Mahon*, Kommentar zu Art. 34^{quinquies} BV Rz. 31.

[8] SR 857.5.

[9] Protokoll vom 9.7.1997 der Subkommission 3 S zu Art. 107 Vorentwurf (VE 96), Votum des Vertreters der Bundesverwaltung: (...) »*Im zweiten Satz wird eine Zuständigkeit des Bundes begründet, eine Förderungs- und Unterstützungskompetenz. [...]*».

[10] Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zur Verfassungsreform, 1996 S. 170/171.

[11] Protokoll vom 9.7.1997 der Subkommission 3 S, Votum von Herrn Ständerat Rhinow: »*Ich halte fest, dass der zweite Satz von Abs. 1 nicht mehr zum engen Begriff der Nachführung gehört, wie Herr Bundesrat Koller ihn uns zuweilen darzustellen pflegt. Aber ich stelle keinen anderen Antrag.*».

[12] Verfassungskommission S 25.-27.08.1997; Verfassungskommission N, 15-17.10.1997; AB 1998 S 95; AB 1998 N 337.

[13] Solche Überlegungen waren bereits in den Vierzigerjahren des letzten Jahrhunderts der eigentliche Anlass zur Schaffung von Art. 34^{quinquies} aBV, der eigentlich immer als *der Familienschutzartikel* bezeichnet worden war (BBl 1944 926).

[14] SR 151.1.

[15] Dazu *Bigler-Eggenberger/Kaufmann*, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Rz. 37 zu Art. 14.

[16] *J.P. Müller*, Grundrechte in der Schweiz, S. 449; Botschaft zum Gleichstellungsgesetz, BBl 1993 I 1321.

[17] *G. Aubert*, Kommentar zur BV, Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. a-c, Rz. 13.

[19] RS 101.

[20] Voir à ce sujet *Blaise Knapp*, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 29.

[21] FF 1997 I 207.

[22] FF 1997 I 201.

[23] Dans ce sens également *Ulrich Meyer-Blaser / Thomas Gächter*, in: *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 34: Der Sozialstaatsgedanke, n° 23.

[24] *P. Mahon*, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 34^{quinquies}, n° 31.

[25] RS 857.5.

- [26] Procès-verbal du 9.7.1997 de la sous-commission 3 CE ad art. 107 du projet 96, déclaration du représentant de l'administration fédérale: (...) «*Im zweiten Satz wird eine Zuständigkeit des Bundes begründet, eine Förderungs- und Unterstützungskompetenz. [...]»*.
- [27] Réforme de la constitution fédérale, Résultats de la procédure de consultation, Berne 1996, p. 180 s.
- [28] Procès-verbal du 9.7.1997 de la sous-commission 3 CE, déclaration du Conseiller aux Etats Rhinow: «*Ich halte fest, dass der zweite Satz von Abs. 1 nicht mehr zum engen Begriff der Nachführung gehört, wie Herr Bundesrat Koller ihn uns zuweilen darzustellen pflegt. Aber ich stelle keinen anderen Antrag»*.
- [29] Commission de la révision constitutionnelle du Conseil des Etats, du 25 au 27.08.1997; Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national, du 15 au 17.10.1997; BO 1998 E 95; BO 1998 N 337.
- [30] Durant les années quarante du siècle passé, les mêmes réflexions avaient déjà présidé à l'adoption de l'art. 34^{quingies} aCst. qui, précisément, a toujours été considéré comme la disposition visant à protéger la famille (FF 1944 886).
- [31] RS 151.1.
- [32] Voir à ce sujet *Bigler-Eggenberger/Kaufmann*, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Bâle 1997, n° 37 ad art. 14.
- [33] *J.P. Müller*, Grundrechte in der Schweiz, p. 449; Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1236.
- [34] *G. Aubert*, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 34^{ter} al. 1 let. a à c, n° 13.
-

JAAC 66.1 - Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 25. Oktober 2001; avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 25 octobre 2001

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2002
Année	
Anno	
Band	66
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 005 495

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.