

Rapport explicatif relatif au projet

**Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à
la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes
les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)**

Condensé

Le 23 août 1995, le Conseil fédéral avait soumis aux Chambres fédérales le message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) en lui proposant de l'adopter. Cet instrument, qui a aujourd'hui été ratifié par 180 Etats, est l'un des traités à vocation universelle les plus largement reconnus.

Le 6 octobre 1999, la 54^e Assemblée générale des Nations Unies a adopté par consensus le texte d'un Protocole facultatif se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (OP CEDAW). Ce Protocole facultatif contient, pour l'essentiel, deux éléments nouveaux: une procédure de communication et une procédure d'enquête. D'une part, les femmes victimes de violation d'un des droits garantis par la Convention peuvent porter plainte en adressant une communication au Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Elles doivent toutefois avoir, au préalable, épuisé tous les recours internes. D'autre part, le Protocole donne aussi au Comité la possibilité d'engager, de sa propre initiative et sur la base de renseignements crédibles, une enquête sur les atteintes graves ou systématiques portées, par un Etat partie, aux droits énoncés dans la Convention.

Contrairement aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH) par exemple, les constatations et les recommandations du Comité ne lient pas juridiquement les gouvernements des Etats parties concernés. Elles contribuent toutefois à développer un consensus universel sur la teneur et la portée des différents droits humains et à maintenir le dialogue avec les Etats concernés.

Le Protocole facultatif résulte de l'idée que la mise en place d'instruments de contrôle efficaces constitue un moyen indispensable pour promouvoir le respect des droits humains et des libertés fondamentales codifiés par le droit international. Il ne contient aucune disposition fondamentalement nouvelle, mais reprend pour l'essentiel les procédures établies pour d'autres conventions relatives aux droits humains qui s'appliquent aujourd'hui déjà à la Suisse. 71 Etats, parmi lesquels figurent tous ceux de l'Union européenne, ont ratifié le Protocole facultatif.

Arrêté fédéral approuvant l'adhésion de la Suisse au Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) (<i>Projet</i>)	31
Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes	33

Rapport

1 Partie générale

1.1 Introduction

Les droits humains des femmes sont aujourd'hui reconnus comme faisant partie intégrante, inaliénable et indissociable des droits universels de la personne. La Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ci-après «Convention» ou CEDAW)¹, à laquelle la Suisse a adhéré le 27 mars 1997 et qui est entrée en vigueur pour notre pays le 26 avril 1997², est le premier traité international relatif aux droits humains à avoir englobé tous les domaines de la vie des femmes. Cette convention est aujourd'hui l'instrument juridique international le plus complet concernant les droits humains des femmes. Jusqu'ici 180 Etats l'ont ratifiée ou y ont adhéré. Le dernier en date est Monaco (état: 30 avril 2005).

Ainsi que d'autres traités de l'ONU relatifs aux droits humains, la Convention prévoit, comme instruments de contrôle, une procédure d'examen des rapports périodiques des Etats³ et la procédure de la requête étatique⁴. A la différence des autres conventions de l'ONU de ce type, elle ne disposait en revanche pas de mécanismes de contrôle supplémentaires tels que la procédure de communication individuelle ou la procédure d'enquête⁵.

Le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ci-après «Protocole facultatif» ou OP CEDAW), qui est entré en vigueur à titre de traité international le 22 décembre

¹ RS **0.108**. Voir à ce sujet le Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 23 août 1995 (FF **1995** IV 869).

² RO **1999** 1577

³ L'obligation de présenter un rapport se fonde sur l'art. 18 CEDAW («*Les Etats parties s'engagent à présenter au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, pour examen par le Comité, un rapport sur les mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif ou autre qu'ils ont adoptées pour donner effet aux dispositions de la présente Convention et sur les progrès réalisés à cet égard [...]*»). L'instance chargée de l'examen est le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes auquel les Etats parties doivent présenter un rapport tous les quatre ans au moins ainsi que sur demande. La Suisse devait soumettre son rapport initial le 26 avril 1998 et son deuxième rapport le 26 avril 2002. Notre pays a finalement déposé un rapport combiné le 20 février 2002 et l'a présenté à New York les 14 et 17 janvier 2003 (CEDAW/C/CHE/1-2). La responsabilité de ce rapport incombait au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (DFI). Le troisième rapport de la Suisse doit être présenté le 26 avril 2006. Tous les rapports sont publiés sur Internet à l'adresse suivante:

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports.htm> .

⁴ L'art. 29 CEDAW stipule que lorsqu'un différend concernant l'interprétation ou l'application de la Convention surgit entre deux ou plusieurs Etats parties et qu'il ne peut être réglé par voie de négociation, il est, à la demande d'une partie, soumis à l'arbitrage. Si, dans les six mois qui suivent la demande, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.

⁵ La plupart des conventions de l'ONU, notamment les Pactes I et II, prévoient, comme seul mécanisme obligatoire de contrôle international de la mise en oeuvre sur le plan interne, une procédure d'examen des rapports des Etats.

2000, introduit ces deux mécanismes de contrôle. Il donne au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Committee on the Elimination of Discrimination against Women [CEDAW]; ci-après «Comité»), déjà constitué aux Nations Unies en vertu de la cinquième partie de la Convention, la compétence de recevoir des communications de particuliers ou de groupes de particuliers qui affirment être victimes, par un Etat Partie, d'une violation d'un droit énoncé dans la Convention et de l'examiner conformément à la procédure fixée par le Protocole (art. 2 ss OP CEDAW).

Selon la procédure d'enquête également prévue dans le Protocole facultatif, le Comité peut en outre, sur la base de renseignements crédibles faisant état d'atteintes graves ou systématiques aux droits énoncés dans la Convention, agir de sa propre initiative et inviter l'Etat concerné à présenter ses observations à ce sujet. Cette procédure d'enquête constitue un complément important à la procédure de communication individuelle (procédure d'enquête, art. 8 s. OP CEDAW).

1.2 Genèse du Protocole facultatif

Les Nations Unies se sont engagées, depuis leur création, en faveur de l'égalité des droits des femmes. La Charte des Nations Unies du 26 juin 1947⁶ énonce déjà, dans son préambule, le principe de l'égalité entre femmes et hommes. La Déclaration universelle des droits de l'homme⁷, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948, prévoit, à l'art. 2, l'interdiction générale de la discrimination, notamment celle fondée sur le sexe. Le principe de l'égalité entre femmes et hommes a également été posé à l'art. 3 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (ci-après Pacte II)⁸ et à l'art. 2, al. 2, et 3, du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après Pacte I)⁹. Outre ces conventions générales relatives aux droits humains, une série d'autres conventions consacrées plus spécifiquement aux femmes consacrent aussi la reconnaissance internationale de l'égalité des droits entre les sexes. Leur portée reste toutefois limitée à des domaines déterminés.

Parmi ces instruments internationaux, figurent, par exemple, la Convention de New York, du 31 mars 1953, sur les droits politiques de la femme¹⁰, la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956¹¹, qui prévoit l'égalité entre femmes et hommes pour la conclusion du mariage, la Convention internationale du 20 février 1957 sur la nationalité de la femme mariée¹², ainsi que la Convention du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages ou encore la Convention du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'oeuvre masculine et la main-d'oeuvre féminine pour un travail de valeur égale¹³.

⁶ RS 0.120

⁷ Res. 217 (III) UN Doc. A/810; in: FF 1982 II 812–817.

⁸ RS 0.103.2 (RO 1993 750).

⁹ RS 0.103.1 (RO 1993 725).

¹⁰ UNTS, vol. 193, p. 135.

¹¹ UNTS, vol. 266, p. 40.

¹² A/RES/1040 (XI), 1957.

¹³ Convention OIT no 100 (UNTS, vol. 165, p. 303; RS 0.822.720.0).

En novembre 1967, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté une Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes¹⁴. Cette Déclaration, ainsi que les résultats de la Conférence mondiale sur les femmes réunie du 19 juin au 2 juillet 1975 à Mexico, ont servi de base à la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW).

Cette convention, qui se compose d'un préambule et de trente articles, définit la discrimination à l'égard des femmes (art. 1 CEDAW) et condamne toute forme de discrimination de ce type (voir art. 2 CEDAW)¹⁵. Elle contient un large éventail de prescriptions détaillées qui obligent les Etats Parties à prendre toutes les mesures législatives et autres mesures appropriées pour éliminer les inégalités juridiques et effectives dont sont victimes les femmes en particulier dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil (art. 2 à 16 CEDAW). Les mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes ne sont pas considérées comme discriminatoires au sens de la Convention (art. 4 CEDAW).

L'art. 28 CEDAW, qui permet aux Etats d'émettre des réserves («reservations») au sujet de certains articles au moment de la ratification ou de l'adhésion¹⁶ relativise d'une certaine façon le caractère détaillé des obligations. Bien des Etats ont fait usage de cette possibilité, allant même jusqu'à formuler des réserves incompatibles avec l'objet et le but de la Convention, ce que l'art. 28, al. 2, CEDAW interdit expressément (par. ex. réserve en vue de permettre l'application du droit de la Charia). Au cours des années, le Comité a critiqué à plusieurs reprises, mais malheureusement sans succès durable, l'usage abusif fait de la possibilité de formuler une réserve. Différents Etats Parties ont depuis lors commencé à protester contre les réserves incompatibles qui ont été émises, ainsi que l'art. 29 CEDAW le leur permet expressément.

¹⁴ G.A.Res. 2263 (XXII) du 7 novembre 1967.

¹⁵ Concernant l'histoire et le contenu de la Convention, voir aussi les commentaires dans le Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 23 août 1995 (FF 1995 IV 869), ch. 12, 22 ainsi que 32 et 33.

¹⁶ Lors de la ratification de la Convention, la Suisse a formulé trois réserves (voir art. 1 de l'AF du 4 octobre 1996 [RO 1999 1577]):

- une réserve portant sur l'art. 7, let. b CEDAW (droit d'exercer, dans des conditions d'égalité, toutes les fonctions publiques), qui a été retirée en avril 2004 (la législation militaire suisse interdisait aux femmes d'exercer des fonctions impliquant un engagement armé allant au-delà de l'auto-défense);
- une réserve portant sur l'art.16, al. 1, let. g, CEDAW (égalité des droits des époux en ce qui concerne le choix du nom de famille), car, aux termes de l'art. 160, al. 1, CC, le nom de famille des époux est le nom du mari;
- une réserve portant sur l'art. 15, al. 2, CEDAW (capacité juridique identique) et l'art. 16, al. 1, let. h, CEDAW (égalité des droits des deux époux en matière d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens), car, en raison des différentes dispositions transitoires du régime matrimonial, les époux qui s'étaient mariés sous l'ancien droit ont eu la possibilité, lors de la révision du droit du mariage de 1983, de conserver leur régime matrimonial selon l'ancien droit.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Convention prévoit uniquement deux instruments de contrôle, à savoir la procédure d'examen des rapports nationaux (art. 18 CEDAW) et la procédure de la requête étatique (Art. 29 CEDAW). Dans un premier temps, la Convention ne contenait aucun autre mécanisme de contrôle tel qu'une procédure de communication individuelle ou une procédure d'enquête.

La Déclaration de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, qui s'est tenue à Vienne en 1993, a donné une impulsion cruciale en vue de combler cette lacune qui constituait le point faible de la Convention par rapport à d'autres instruments juridiques de même type. Cette Déclaration précise que les droits fondamentaux des femmes font inaliénablement, intégralement et indissociablement partie des droits universels de la personne. La protection contre la violence et la discrimination, en tant que droit de la femme, a été proclamée objectif prioritaire de la communauté internationale. Dans la Déclaration finale de Vienne, les Etats exigent que soit étudiée la possibilité d'introduire un droit de présenter des plaintes en élaborant un Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁷. La plate-forme d'action et la Déclaration finale de la quatrième Conférence mondiale des femmes, organisée en 1995 à Pékin, ont réaffirmé l'universalité des droits humains des femmes comme partie intégrante des droits de la personne et réclamé une nouvelle fois l'élaboration, le plus tôt possible, d'un Protocole facultatif¹⁸.

Se fondant sur les travaux préparatoires d'un groupe d'experts réunis à l'Université de Limburg (Pays-Bas), le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a émis, en 1995, une recommandation portant sur le contenu éventuel d'un Protocole facultatif. Une procédure de communication individuelle et une procédure d'enquête en cas de renseignements crédibles sur des formes systématiques de discrimination de la femme en constituaient les éléments essentiels. Sur la base de la résolution du Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) de juillet 1995, un groupe de travail de la Commission des Nations Unies sur le statut de la femme (Commission on the Status of Women, CSW), spécialement institué à cet effet, a entamé en 1996 les travaux d'élaboration d'un Protocole facultatif. Après quatre ans de négociations, le projet de Protocole facultatif a finalement été adopté, le 10 mars 1999, par la 43^e session de la Commission sur le statut de la femme (VN Doc. E/CN.6 1999/WG/L.2). La Suisse a participé de manière constructive à ces négociations et a contribué à leur succès.

L'Assemblée générale des Nations Unies a approuvé par consensus le projet de Protocole facultatif le 6 octobre 1999 (VN Doc. A/54/L.4 [1999]). Le Protocole facultatif a été ouvert à la signature le 10 décembre 1999. 26 Etats (dont l'Autriche, la Belgique, la Bolivie, le Chili, l'Allemagne, la France, la Colombie, le Costa Rica, la République tchèque, le Danemark, l'Italie, la Grèce, le Liechtenstein, les Pays-Bas et l'Islande) ont saisi cette occasion pour le signer.

En vertu de son article 16, al. 1, le Protocole facultatif est entré en vigueur trois mois après la date de dépôt du dixième instrument de ratification ou d'adhésion, soit le 22 décembre 2000 pour les Etats qui y avaient adhéré ou l'avaient ratifié à cette date. 71 Etats, parmi lesquels figurent tous ceux de l'Union européenne (UE), ont à

¹⁷ UN Doc. A/CONF. 157/23 (1993).

¹⁸ UN Doc. A/CONF. 177/20 (1995), Cm 230/k.

ce jour ratifié le Protocole facultatif (voir l'état actuel des ratifications à l'adresse suivante: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/sigop.htm)¹⁹.

2 La position de la Suisse à l'égard du Protocole facultatif

2.1 Position du Conseil fédéral

De l'avis du Conseil fédéral, le Protocole facultatif (OP CEDAW) fournit une contribution importante à la protection des droits humains des femmes dans le monde.

Prévenir les violations des droits humains, tel est en fait le but essentiel de la protection nationale et internationale des droits de la personne. Vu les innombrables violations graves et systématiques des droits humains qui ont été perpétrées au siècle dernier et au début de ce siècle, le postulat de la prévention semble encore utopique. Mais de grands progrès vers la réalisation de cet idéal ont été accomplis dans les décennies qui ont suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale et, de manière encore plus soutenue, depuis la fin du conflit Est-Ouest. Le Protocole facultatif donne désormais aux femmes un nouvel instrument, la procédure de communication individuelle, qui est comparable au standard d'autres conventions des Nations Unies relatives aux droits humains. Elles ont ainsi la possibilité, après avoir épuisé les voies de droit nationales, de faire examiner un éventuel cas personnel de discrimination par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. La procédure d'enquête, également introduite par le Protocole facultatif, permet en outre au Comité d'agir de son propre chef s'il est informé, par des renseignements crédibles, de violations graves ou systématiques des droits énoncés dans la Convention et d'inviter les Etats Parties à prendre position. Cette procédure d'enquête constitue un complément important à la procédure de communication individuelle et contribue à garantir un standard universel en matière de droits humains.

Ces dernières années, le Conseil fédéral a accordé la priorité à la ratification des conventions (ou à l'adhésion aux conventions) des Nations Unies qu'il considère fondamentales pour la protection et la promotion des droits humains dans le monde. Il estime en outre que «la mise en place d'instruments de contrôle efficaces constitue une incitation indispensable au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales»²⁰. Le contrôle est en effet un élément déterminant de toute politique menée en vue d'améliorer la protection des droits humains. La Suisse prend donc

¹⁹ Albanie, Allemagne, Andorre, Autriche, Azerbaïdjan, Bangladesh, Bélarus, Belgique, Belize, Bolivie, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Cameroun, Canada, Costa Rica, Croatie, Chypre, Danemark, Equateur, Espagne, Fédération de Russie, Finlande, France, Gabon, Géorgie, Grèce, Grande-Bretagne, Guatemala, Hongrie, Iles Salomon, Irlande, Islande, Italie, Kazakhstan, Kirghizistan, Lesotho, Libye, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Mali, Macédoine, Mexique, Mongolie, Namibie, Niger, Nigeria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République dominicaine, République tchèque, République slovaque, Roumanie, Sénégal, Serbie-et-Monténégro, Slovaquie, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Timor-Leste, Turquie, Ukraine, Uruguay, Venezuela. 76 autres Etats ont signé le Protocole facultatif.

²⁰ Voir l'avis du Conseil fédéral sur la motion Maury Pasquier (CN 00.3527), «Signature et ratification par la Suisse du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes», du 5 octobre 2000, transmise sous forme de postulat.

une part active aux efforts visant à renforcer les mécanismes de contrôle du respect des droits humains au niveau international²¹. Le Conseil fédéral a réaffirmé cette position dans ses réponses à différentes interventions parlementaires et a constaté à maintes reprises qu'un renforcement des mécanismes de contrôle internationaux était souhaitable²². La ratification du présent instrument est donc conforme à la volonté d'œuvrer en faveur d'instruments internationaux efficaces pour protéger les droits humains, volonté que le Conseil fédéral a exprimé dans différentes prises de position.

Par ailleurs, une ratification de cet instrument renforce la position de tous les pays qui luttent afin que les droits humains et, en particulier les droits de la femme, gagnent globalement du terrain. Au niveau international, cette ratification renforce aussi la position de la Suisse et sa crédibilité lorsqu'il s'agit d'intervenir en faveur de ces valeurs. Le Comité a d'ailleurs invité la Suisse, à l'occasion de l'examen de ses premier et deuxième rapports, à ratifier le Protocole facultatif à la Convention²³.

2.2 Evolution de l'affaire

Le 10 décembre 1999, la Suisse ne figurait pas parmi les premiers signataires du Protocole facultatif, même si, dès l'ouverture à la signature, le Conseil fédéral a considéré qu'il convenait de le signer et de le ratifier.

Une ratification du Protocole facultatif refléterait la politique que la Suisse a adoptée jusqu'ici en matière d'égalité entre les sexes et qu'elle défend aussi à l'égard de l'étranger, en particulier la conviction qu'il convient de promouvoir les droits de la femme comme une partie intégrante, inaliénable et indissociable des droits universels de la personne, conception qui est aussi celle du Plan d'action de la Suisse pour l'égalité entre femmes et hommes (1999). C'est pourquoi la signature et la ratification du Protocole facultatif sont un objectif déjà inscrit dans le rapport du Conseil fédéral sur le programme de la législature 1999–2003.

La Suisse a toutefois pour pratique de ne faire aucune démarche en vue de signer un accord international avant d'être sûre de pouvoir ensuite le ratifier. A l'époque, il était encore difficile d'apprécier la portée du Protocole facultatif et ses effets sur le système juridique suisse. Etant donné que le Protocole facultatif, contrairement à la Convention, n'admet aucune réserve, il a paru indispensable de procéder tout d'abord à une étude complète des conséquences éventuelles sur le système juridique suisse. C'est pourquoi le Conseil fédéral a décidé, le 6 décembre 1999, de ne pas signer immédiatement le Protocole facultatif, mais d'examiner tout d'abord l'impact qu'aurait sa ratification sur le droit national. La question de la signature et de la ratification du Protocole facultatif devait également être soumise aux cantons pour

²¹ Voir notamment à ce sujet le Rapport sur la politique extérieure 2000 «Présence et coopération: la sauvegarde des intérêts dans un monde en cours d'intégration» du 15 novembre 2000 (FF 2001 237), ch. 3.2.2.2. ainsi que le rapport du Conseil fédéral sur la politique suisse des droits de l'homme du 16 février 2000 (FF 2000 2460), ch. 2.1 et 2.2.2.

²² Voir, par exemple, l'avis du Conseil fédéral sur la motion Teuscher «Ratification du Protocole no 12 à la CEDH concernant l'interdiction de la discrimination» du 13 décembre 2000 (CN 00.3674).

²³ Remarques finales du Comité du 31 janvier 2003 (CEDAW/C/2003/L/CRP.3/Add.1/Rev.1), ch. 52.

consultation, comme le prévoit la loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (LFPC)²⁴.

3 Partie spéciale teneur et champ d'application du Protocole facultatif

3.1 Teneur du Protocole facultatif

Le Protocole facultatif complète les mécanismes de contrôle de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (CEDAW) en lui adjoignant deux procédures de contrôle.

D'une part, le Comité mis en place conformément à l'art. 17 CEDAW est autorisé à recevoir les communications des particuliers ou groupes de particuliers qui affirment être victimes d'une violation, par un Etat Partie, d'un des droits énoncés dans la Convention (Art. 2 OP CEDAW), et à les examiner selon une procédure réglée en détail dans les art. 3 à 7 du Protocole facultatif.

D'autre part, le Comité se voit accorder, en plus, la compétence d'engager, de sa propre initiative, une procédure d'enquête lorsqu'il est informé, par des renseignements crédibles, qu'un Etat Partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits énoncés dans la Convention (art. 8 et 9 OP CEDAW). Les Etats Parties ne sont toutefois pas tenus de reconnaître cette compétence au Comité (art. 10 OP CEDAW, clause de l'«opting-out»). Il convient de préciser que, jusqu'ici, seuls trois Etats Parties ayant ratifié le Protocole facultatif ont fait usage de cette possibilité (Belize, Bangladesh et Cuba).

Le Protocole facultatif ne contient pas de règles de droit matériel. Il fixe uniquement les modalités de la procédure de communication individuelle et de la procédure d'enquête. Ces deux procédures sont calquées sur celles qu'ont déjà établies d'autres conventions des Nations Unies relatives aux droits humains. Il faut rappeler, dans ce contexte, que chaque particulier peut, en principe, porter à l'attention des organes et institutions de l'ONU un problème concernant les droits humains.

Le fait que des particuliers puissent faire valoir leurs droits au niveau international est un phénomène récent dans l'histoire du droit international public. Outre les procédures au niveau régional, comme la procédure de requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH), différents mécanismes de communications et de recours individuels se sont développés parallèlement au niveau international depuis le début des années 1970. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle l'art. 1 du premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte II de l'ONU, l'art. 22 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT)²⁵, l'art. 14 de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination (CERD)²⁶ et l'art. 77 de la Convention des Nations Unies sur la pro-

²⁴ RS 138.1

²⁵ RS 0.105

²⁶ RS 0.104

tection des droits des travailleurs migrants (CMW)²⁷ prévoient, tout comme le présent Protocole, une procédure de communication individuelle, soit la possibilité, pour tout individu, d'adresser à l'organe de contrôle compétent, après avoir épuisé toutes les instances de recours nationales, une communication écrite sur les violations des droits humains subies²⁸. Les modalités de cette procédure de communication sont réglées soit dans les différentes conventions elles-mêmes, soit – comme dans le cas présent – dans des Protocoles dits facultatifs dont le titre même met en évidence le caractère optionnel de la procédure.

De par leur conception et, en partie aussi, de par leur application par les différents comités, les procédures de communication individuelles de l'ONU sont une combinaison de protection judiciaire des droits et de conciliation diplomatique. Il ne s'agit pas d'une voie de droit au sens propre du terme. En effet, les personnes concernées ne peuvent pas déposer une plainte ou un recours, mais simplement adresser à l'organe de contrôle compétent une «communication» (Communication) faisant état de la violation des dispositions de la Convention. Toutefois, les comités examinent ensuite, tout comme dans une procédure en due forme, la recevabilité («admissibility») et le bien-fondé («merits») d'une communication en fonction de la convention concernée et de son règlement²⁹.

Aux mécanismes de communication individuelle prévus par les différents traités s'ajoutent les procédures de recours devant la Commission des droits de l'homme de l'ONU (en particulier la procédure dite 1503³⁰) et la Commission de l'ONU sur le

²⁷ La Convention sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families [CMW]) est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003. L'organe de contrôle qu'elle institue se compose de 10 experts indépendants. Il est en activité depuis mars 2004.

²⁸ La Suisse reconnaît jusqu'à présent la procédure facultative de communication selon l'art. 22 CAT, ainsi que, depuis le 19 juin 2003, la procédure de communication individuelle prévue à l'art. 14 CERD (voir le Message relatif à la reconnaissance de la compétence du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale [CERD] pour recevoir et examiner des communications au sens de l'art. 14 de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 29 août 2001, FF 2001 5649–5669). En revanche, un grand nombre d'Etats a déjà ratifié le 1^{er} Protocole facultatif au Pacte II de l'ONU (à l'heure actuelle 104 sur 149 Etats parties; le site suivant: <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf> permet de connaître l'état précis des ratifications).

²⁹ Les règles de procédure relatives à l'OP CEDAW figurent dans la troisième partie (art. 56 à 91) du Règlement intérieur du Comité (ci-après «RI CEDAW»); cf. Rapport annuel du Comité à l'attention de l'Assemblée générale de l'ONU pour 2001 (UN Doc. A/56/38, annexe I) ainsi que: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedawreport-a5638-RulesOfProcedure.htm#part3>.

³⁰ Créée par la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social du 27 mai 1970 pour l'examen des communications relatives aux violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'agit d'une procédure confidentielle, purement diplomatique, qui ne présente aucun caractère judiciaire. Voir à ce sujet Michael Schaefer, Brückenbau – Herausforderung an die Menschenrechtskommission, in: Gerhart Baum/Eibe Riedel/Michael Schaefer (éd.), Menschenrechtsschutz in der Praxis der Vereinten Nationen, Baden-Baden 1998, p. 57 ss., p. 77 s.

statut de la femme (CSW)³¹. Ces dernières font intervenir des organes politiques, composés de représentants d'Etats, et sont parmi les plus anciennes du système des Nations Unies. Elles diffèrent dans leur orientation des procédures établies par les traités internationaux déjà mentionnés. Bien qu'elles soient aussi ouvertes à tous, les communications adressées aux Commissions se concentrent sur des tendances et des schémas mondiaux concernant les violations des droits humains (par ex. graves violations des droits de l'homme à l'encontre de minorités dans un pays) et peuvent être dirigées contre n'importe quel pays dans le monde.

La réglementation de la procédure d'enquête prévue dans le Protocole facultatif (art. 8 et 9 OP CEDAW) est calquée sur celle de l'art. 20 de la Convention contre la torture (CAT), une procédure qui lie aujourd'hui déjà la Suisse.

3.2 Les dispositions du Protocole facultatif

3.2.1 La compétence du Comité (art. 1)

Selon l'art. 1 OP CEDAW, les Etats Parties reconnaissent la compétence du Comité pour recevoir et examiner les communications qui lui sont soumises conformément au Protocole. La disposition correspond aux réglementations d'autres procédures de communication individuelle de conventions de l'ONU relatives aux droits humains. Elle doit garantir la continuité de la compétence que détient le Comité pour veiller au respect de la Convention et mettre à profit les qualifications et l'expérience d'un organe des droits de l'homme déjà existant.

Selon l'art. 17 de la Convention, le Comité se compose de 23 experts d'une haute autorité morale et éminemment compétents dans le domaine auquel s'applique la Convention. Ces experts sont élus par les Etats Parties pour une période de quatre ans. Ils sont choisis au scrutin secret sur une liste de candidats désignés par les Etats Parties. Le Comité jouait, auparavant déjà, un rôle important en ce qui concerne l'interprétation de la Convention. Il ne se borne pas à examiner les rapports présentés par les Etats, selon l'art. 20, al. 1, CEDAW, mais peut notamment aussi, en vertu de l'art. 21, al. 1, CEDAW, formuler des recommandations générales fondées sur cet examen.

³¹ Alors que l'objet de la procédure 1503, développée devant la Commission des droits de l'homme de l'ONU (CDH), est de mettre en évidence des violations flagrantes des droits humains dans des pays déterminés, la procédure de recours organisée par la Commission de l'ONU sur le statut de la femme (Commission on the Status of Women, CSW) a été créée pour identifier des tendances et des schémas mondiaux concernant les droits des femmes. Elle a été mise en place en application de plusieurs résolutions du Conseil économique et social en vertu desquelles la Commission examine des communications confidentielles et non confidentielles relatives à la condition de la femme (Résolutions du Conseil économique et social 76 [V] en date du 5 août 1947; 304 I [XI] en date des 14 et 17 juillet 1950; 1983/27 en date du 26 mai 1983; 1992/19 en date du 30 juillet 1992 et 1993/11 en date du 27 juillet 1993). Comme la procédure 1503, son objectif premier n'est pas d'offrir une réparation directe aux victimes de violations des droits humains.

3.2.2

La procédure de communication individuelle (art. 2 ss)

L'art. 2 OP CEDAW règle tout d'abord la légitimation active. Il définit donc le cercle de personnes justifiées, selon le Protocole facultatif, à présenter des communications au Comité (voir art. 68 RI CEDAW). Il détermine en outre les dispositions de la Convention qui peuvent faire l'objet d'une procédure de communication.

Le Protocole accorde tant aux particuliers qu'aux groupes de particuliers³² la légitimation active pour présenter au Comité des communications. Celles-ci peuvent également être introduites par des représentants de ces particuliers ou groupes de particuliers. Un lien direct et personnel est indispensable: la personne qui présente une communication (ou la personne représentée) doit être victime de la violation alléguée. Elle doit prouver qu'elle est personnellement et directement lésée par un acte ou par une omission, év. aussi par une disposition légale, d'un Etat Partie. Une personne n'est pas directement concernée lorsqu'elle ne tombe pas sous le coup de l'acte de puissance publique incriminé (par ex. une décision ou le jugement d'un tribunal). Le Comité n'entre pas en matière sur une communication purement abstraite déposée au nom d'un nombre indéterminé de tiers contre une loi en tant que telle, une politique ou une pratique d'un Etat (pas d'actio popularis).

La possibilité de se faire représenter est particulièrement importante, car bien des femmes (surtout dans les pays du tiers monde) n'ont souvent pas les connaissances professionnelles ou juridiques, ni les moyens techniques ou financiers requis pour déposer elles-mêmes une communication. Le principe de la représentation permet aussi de donner à des groupes internationaux de défense des droits humains ou des droits de la femme en particulier la compétence de déposer des communications au nom de ces femmes. Les représentants ne doivent pas nécessairement relever de la juridiction de l'Etat Partie. L'utilisation effective des possibilités offertes par le Protocole facultatif est ainsi garantie en tenant compte des situations de vie spécifiques des femmes.

Les communications qui sont présentées non pas directement par des particuliers ou des groupes de particuliers, mais en leur nom doivent être expressément approuvées ou autorisées par ceux-ci. On peut imaginer que, pour des raisons pratiques, les auteurs potentiels de communications soient dans l'impossibilité de donner formellement leur consentement (lorsqu'ils sont, par ex., complètement isolés, empêchés d'avoir des contacts avec des personnes de l'extérieur ou en cas de peur de représailles contre des membres de leur famille). Pour de tels cas, l'art. 2, phrase 2, OP CEDAW prévoit qu'une communication peut, à titre exceptionnel, être présentée par

³² L'art. 14 CERD accorde aussi la légitimation active aux «personnes ou groupes de personnes» qui se plaignent d'être victimes d'une violation. En revanche, il est uniquement question de «particuliers» à l'art. 1 du Protocole facultatif au Pacte II de l'ONU et à l'art. 22 de la Convention contre la torture (CAT). L'art. 1 OP CEDAW et l'art. 14 CERD prévoient donc expressément la possibilité que des groupes introduisent une procédure pour violation d'une disposition de la convention concernée. Un lien direct et personnel est toutefois toujours indispensable: il ne s'agit pas d'une «actio popularis» contre une politique générale de l'Etat (voir Fiche d'information n° 7//Rev. 1 du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Procédures d'examen des requêtes, ainsi que la décision du Comité CERD sur la communication no 28/2003, ch. 6.5 s. [Centre de documentation et de conseil en matière de discrimination raciale c. Danemark]. Le Comité a déclaré la communication irrecevable en l'absence de victimes identifiables personnellement affectées).

des tiers à condition que ceux-ci puissent justifier de leur pouvoir d'agir au nom de la ou des victimes présumées sans leur consentement³³. Le Comité n'exige alors aucune autorisation formelle (voir art. 68, ch. 2, RI CEDAW).

L'art. 2 OP CEDAW précise en outre que le Comité ne peut recevoir que des communications faisant état de violation par un Etat Partie de droits énoncés dans la Convention. Celle-ci crée essentiellement des obligations à la charge des Etats Parties qui sont tenus de mettre en oeuvre, dans leur droit national, les dispositions de la Convention et les droits qu'elle reconnaît aux femmes. Dans la mesure où l'art. 2 du Protocole facultatif parle d'une «violation par cet Etat Partie d'un des droits énoncés dans la Convention», seules sont concernées et peuvent donc faire l'objet d'une communication les dispositions de la Convention qui, dans leur degré de concrétisation, correspondent à des droits individuels et sont donc justiciables. Il convient de les distinguer des dispositions programmatiques pour la mise en oeuvre desquelles l'Etat Partie possède une marge d'appréciation politique³⁴.

Parlent en faveur de cette conception non seulement le texte de l'art. 2 OP CEDAW, mais aussi l'histoire de sa négociation qui montre bien que l'on était parfaitement conscient de la différence entre les *droits* (rights) et les autres prescriptions (provisions) de la Convention. Comme il l'a déjà précisé dans son Message relatif à la Convention³⁵, le Conseil fédéral est d'avis que les dispositions de la Convention «ne sont, pour l'essentiel, pas directement applicables»³⁶. Il n'a toutefois, à l'époque déjà, pas exclu que le Tribunal fédéral déclare directement applicables certaines parties des art. 9 CEDAW (*Acquisition et perte de la nationalité*) et 15 CEDAW

33 Après l'adoption du Protocole facultatif, en mars 1999, la délégation de l'Allemagne qui assumait la présidence de l'UE a, au nom de l'Union européenne et des pays associés ainsi que des Etats de l'AELE, y compris la Suisse, fait la déclaration suivante au sujet de l'art. 2 du Protocole facultatif:

«(...) (a) *Les délégations sus-mentionnées interprètent la phrase deux de l'art. 2 à la lumière de l'application des instruments existants relatifs aux droits humains telle qu'elle se reflète dans leurs règles de procédure, à savoir le règlement intérieur du Comité des droits de l'homme, art. 90 (b), le règlement intérieur du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, art. 91 (b) et le règlement intérieur du Comité contre la torture art. 107 (1) (b).*

(b) *Nous, les délégations précitées, estimons, conformément aux principes généraux du droit international, que le terme de «violation» d'un droit énoncé dans la Convention utilisé à l'art. 2, phrase 1, et à l'art. 8, phrase 1, recouvre aussi bien un acte qu'une omission de l'Etat partie concerné.»* (voir le rapport de la 43e session de la Commission de l'ONU sur le statut de la femme [E/1999/27 CSW], p. 63 s.).

La lettre a de la déclaration insiste sur le fait que la représentation sans mandat explicite doit être interprétée dans le sens que lui donne les autres instruments de l'ONU relatifs aux droits de l'homme et que l'art. 2, phrase 2, du Protocole n'introduit aucune exigence formelle plus stricte. La lettre b de la Déclaration précise que les droits énoncés dans la Convention peuvent être violés tant par un acte que par une omission de l'Etat partie concerné. Le Comité va prendre en compte cette déclaration lors de l'examen des communications.

34 Sur la question de la structure des engagements liée à celle de la justiciabilité des droits sociaux et économiques, voir, par exemple, le Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme (FF 1991 I 1129).

35 Voir à ce sujet les commentaires dans le Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 23 août 1995 (FF 1995 IV 869), ch. 31.

36 Cet avis est critiqué par le Comité qui, dans ses conclusions sur le rapport initial et le deuxième rapport périodique de la Suisse (CEDAW/C/CHE/1-2), «note avec préoccupation que le Conseil fédéral a estimé que le contenu de la Convention était principalement programmatique» (cf. Extrait du rapport A/58/38 [Part I], para. 87 à 141; ch. 20).

(*Egalité devant la loi, capacité juridique et contractuelle en matière civile et judiciaire, libre circulation et libre choix du domicile*) et éventuellement aussi de l'art. 7 CEDAW (*Vie politique et publique*) et 16 CEDAW (*Mariage et famille*)³⁷. Il revient par ailleurs au Comité d'interpréter la Convention en vue de déterminer les dispositions qui contiennent des droits suffisamment concrets pour faire l'objet d'une communication selon le Protocole facultatif et celles qui fixent des obligations aux Etats et dont le respect est contrôlé dans le cadre de l'examen des rapports périodiques des pays (selon la partie V de la Convention).

3.2.3 Prescriptions de forme (art. 3)

L'art. 3 OP CEDAW fixe les exigences à respecter quant à la forme des communications adressées au Comité et règle la légitimation passive. Il prévoit que les communications doivent être présentées sous forme écrite et ne peuvent être anonymes (voir art. 56 RI CEDAW). Vu le caractère facultatif de la procédure, seules peuvent être soumises des communications qui concernent un Etat Partie au Protocole. Une communication peut dès lors être dirigée uniquement contre un Etat (Partie) qui a ratifié tant la Convention que le Protocole facultatif et qui reconnaît ainsi la compétence du Comité pour traiter les communications de particuliers ou de groupes de particuliers. Le Protocole facultatif oblige seulement les Etats. Les particuliers n'ont pas de légitimation passive.

Ces prescriptions sont conformes au standard des procédures de communication individuelle établies par d'autres conventions de l'ONU relatives aux droits humains (voir art. 22 CAT et art. 14 CERD).

3.2.4 Examen de la recevabilité d'une communication (art. 4)

Les conditions de recevabilité d'une communication selon le Protocole facultatif ont été définies en fonction de l'expérience des autres organes de surveillance des traités. Les motifs d'irrecevabilité, énoncés à l'art. 4 OP CEDAW, sont conformes aux schémas généraux des procédures mentionnées (CERD; CAT; 1^{er} Protocole facultatif se rapportant au Pacte II de l'ONU). Il convient cependant de noter que deux éléments s'en écartent. Premièrement, comme dans le cas du Comité contre la torture (CAT), une communication est irrecevable *expressis verbis* si elle a déjà fait l'objet d'un examen dans le cadre d'une autre procédure d'enquête ou de règlement international. Deuxièmement, le Comité est aussi explicitement autorisé à rejeter, dès le début de la procédure, les communications manifestement mal fondées ou, en d'autres termes, injustifiées.

³⁷ Sur ce point, voir, par ex., l'ATF 125 I 21, consid. 4 b: concernant les mesures spéciales limitées dans le temps (par ex. traitement préférentiel ou systèmes de quotas) visant à promouvoir l'intégration des femmes, notamment dans le domaine de la politique, le Tribunal fédéral constate que la Convention ne contient aucune obligation concrète, mais laisse aux Etats parties le choix des moyens par lesquels ils entendent remédier à la sous-représentation des femmes dans la vie politique et publique. Voir aussi Christina Hausammann/Erika Schläppi, *Menschenrechte und Frauenrechte – Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz*, AJP 1995, p. 32–46, p. 38 et 44.

L'art. 4, al. 1, OP CEDAW (art. 69, ch. 6, RI CEDAW) précise tout d'abord la condition régissant la recevabilité dans toute procédure internationale concernant les droits humains, soit la nécessité d'avoir épuisé tous les recours internes (*exhaustion of local remedies-rule*) pour que le Comité examine une communication³⁸.

De quelles voies de droit internes faut-il préalablement avoir fait usage? La question doit être tranchée pour chaque cas en tenant compte du système juridique national et des circonstances concrètes. En principe, toutes les possibilités judiciaires et administratives susceptibles de régler le problème doivent avoir été épuisées. S'agissant d'éventuelles communications qui seraient présentées à l'encontre de la Suisse, le Comité ne pourrait en principe les examiner que si les faits invoqués avaient fait l'objet d'une décision entrée en force sur le plan national et qu'un recours de droit public (art. 84 ss. OJ³⁹) n'avait pas abouti.

Sur le principe de l'épuisement des voies de recours internes, tous les comités de l'ONU sont relativement stricts: ainsi, devant le Comité de la CERD, un recourant n'a pu se prévaloir de la négligence de son avocat, qui n'avait pas respecté les délais, pour justifier le fait de n'avoir pas épuisé toutes les voies de droit. Le Comité de la CERD a estimé que la négligence ne pouvait être imputée à l'Etat contractant, car l'auteur de la communication avait choisi lui-même son avocat et l'avait engagé à titre privé (communication n° 5/1994, ch. 6.2). Les requérants ne peuvent pas non plus invoquer sans autre l'inefficacité des voies de droit internes. Selon les comités, de simples doutes sur l'efficacité des recours internes ne dispensent pas de l'obligation de les épuiser.

Des exceptions au principe de l'épuisement des voies de recours nationales sont toutefois admises, mais de manière restrictive. Si l'épuisement des recours internes risque d'entraîner un retard excessif, si ces recours ne permettraient manifestement pas d'obtenir satisfaction ou s'il n'est pas possible d'y avoir accès, le requérant peut être dispensé de cette obligation. Il est cependant tenu d'expliquer en détail pourquoi la règle générale ne doit pas s'appliquer. Les efforts consentis pour épuiser les voies de recours interne doivent être décrits dans la communication (procédure, dates, résultats). Celle-ci doit également indiquer les raisons pour lesquelles une exception devrait être faite.

En vertu de l'art. 4, al. 2, let. a, OP CEDAW, une communication est irrecevable lorsqu'elle a trait à une question que le Comité a déjà examiné ou qui a déjà fait l'objet ou qui fait l'objet d'un examen dans le cadre d'une autre procédure d'enquête ou de règlement international. Cette interdiction de cumul entend éviter des doubles emplois avec les procédures de communication établies par d'autres conventions relatives aux droits humains. La disposition est identique à celles que l'on trouve dans d'autres conventions de l'ONU portant sur les droits humains, par ex. l'art. 22, al. 5, let. a, de la Convention des Nations Unies contre la torture (CAT)⁴⁰.

³⁸ Le principe de l'épuisement des voies de recours internes avait, pour fonction classique, de protéger la souveraineté de l'Etat contre l'ingérence excessive d'un autre Etat pour faire valoir des prétentions en faveur de particuliers (exercice de la protection diplomatique). Pour éviter le risque d'une dégradation des relations internationales et sauvegarder le principe de la souveraineté de l'Etat, le principe de l'épuisement des recours internes a été introduit dans le droit international. On a en outre admis que la procédure juridique nationale était mieux à même de donner rapidement satisfaction à la personne lésée.

³⁹ RS 173.110.

⁴⁰ Voir ci-après les commentaires sous ch. 3.3.

La prescription de l'art. 4, al. 2, let. a, OP CEDAW limite donc *expressis verbis* l'application d'autres mécanismes internationaux de contrôle (contrairement par ex. à l'art. 14 CERD au sujet duquel la Suisse a fait une déclaration qui précisait sa position). Les organes de surveillance des conventions de l'ONU sont de toute façon fidèles au principe de l'égalité hiérarchique de toutes les instances internationales judiciaires et de contrôle. Ce principe de droit international vise à éviter qu'une autorité internationale juge la décision d'une autre par la voie d'un recours.

Selon l'art. 4, al. 2, let. b, une communication peut être rejetée lorsqu'elle est «incompatible avec les dispositions de la Convention». Comme l'objet d'une communication se limite, en vertu de l'art. 2, aux droits énoncés dans la Convention, les communications faisant état de violations d'autres droits, sont, *ratione materiae*, incompatibles avec les dispositions de la Convention.

Aux termes de l'art. 4, al. 2, let. c, les communications qui sont manifestement mal fondées ou insuffisamment motivées (obligation de présenter tous les faits nécessaires à la solution du litige) sont également irrecevables. Il s'agit en particulier des communications qui ne présentent pas tous les faits susceptibles de prouver l'existence d'une violation des droits garantis. Les communications qui ne donnent pas un minimum d'informations permettant de conclure qu'il y a éventuellement eu violation de la Convention sont donc irrecevables. Toutefois, en règle générale, les comités de l'ONU examinent librement si d'autres dispositions de la Convention concernée – qui ne sont pas mentionnées dans la communication – entrent en ligne de compte.

L'art. 4, al. 2, let. d, précise en outre qu'une communication est irrecevable lorsqu'elle constitue un abus de droit. Ce motif est invoqué lorsque la communication a, par ex. manifestement un caractère procédurier (le même cas est présenté, sans succès, à de nombreuses reprises) ou si elle fait sciemment état de données fausses en vue d'induire le Comité en erreur.

La let. e de l'art. 4, al. 2, prévoit enfin que le droit de déposer une communication n'est pas applicable rétroactivement. Les faits qui sont antérieurs à la date d'entrée en vigueur du Protocole facultatif et qui n'ont pas perduré après cette date ne peuvent faire l'objet d'une communication (champ d'application temporel [*ratione temporis*])⁴¹. A titre exceptionnel, les Comités de l'ONU examinent toutes les circonstances d'un cas lorsque les effets de l'événement soumis à la discussion s'étendent jusqu'à la période où le mécanisme de la communication est entré en vigueur.

⁴¹ Le 14 juillet 2004, le Comité s'est prononcé sur son premier cas (Communication n° 1/2003, Mm. B.-J. contre Allemagne). Il a, pour des raisons formelles, déclaré irrecevable cette communication datée du 20 août 2002. Agée de 57 ans, l'auteure de la communication s'était, pendant ses trente ans de mariage, consacrée à l'éducation de ses trois enfants et avait renoncé, à la demande de son époux, à reprendre une activité lucrative. Le divorce a été prononcé en l'an 2000 et la recourante a fait valoir que le droit allemand du divorce est discriminatoire à l'égard des femmes, car il ne tient pas suffisamment compte des tâches éducatives et des tâches d'assistance assumées gratuitement et du fait que les chances, pour les femmes surtout, de retrouver par la suite un emploi étaient considérablement réduites. Le Comité a déclaré la communication irrecevable d'une part pour des raisons temporelles (le Protocole facultatif est entré en vigueur pour l'Allemagne le 15 avril 2002) et, d'autre part, du fait que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées (le montant de la pension due par le mari n'avait pas encore été fixé au moment de la réception de la communication).

3.2.5 Mesures conservatoires en cas d'urgence (art. 5)

L'art. 5, al. 1, OP CEDAW, qui trouve son pendant à l'art. 63 du Règlement intérieur du Comité, permet à celui-ci de demander des mesures conservatoires. Les communications n'ont pas d'effet suspensif, mais le Comité peut, après avoir reçu une communication et avant de s'être prononcé sur le fond, adresser à l'Etat Partie intéressé une demande d'examen immédiat et l'inviter à prendre les mesures conservatoires nécessaires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes de la violation alléguée.

Pour juger si un préjudice peut être considéré comme irréparable, le Comité dispose d'une certaine marge d'appréciation. Dans l'exercice de cette appréciation, il prend en considération la manière dont les règles concernant les mesures conservatoires prévues par d'autres conventions sur les droits humains (voir art. 108, al. 1, du règlement intérieur du CAT⁴²; 94, al. 3, du Règlement intérieur du CERD⁴³) sont mises en oeuvre. Les critères essentiels permettant d'admettre qu'un dommage est irréparable sont la gravité et le caractère irréversible des conséquences pour la ou les victimes, conséquences qui pourraient rendre obsolètes une décision ultérieure du Comité en la matière⁴⁴.

Il convient de préciser que la demande de mesures provisoires adressée par le Comité à l'Etat Partie n'a pas de caractère obligatoire. L'art. 5, al. 2, OP CEDAW prévoit en outre qu'une requête de mesures conservatoires présentée par le Comité ne préjuge pas de sa décision sur la recevabilité ou sur le fond de la communication.

3.2.6 Echange d'information (art. 6)

L'art. 6, al. 1, OP CEDAW contient d'autres règles de procédure concernant le traitement des communications admises par le Comité. Dès réception d'une communication, le Comité la porte à titre confidentiel à l'attention de l'Etat Partie concerné (voir art. 69, ch. 1, RI CEDAW). Il faut toutefois que la ou les victimes de la violation alléguée d'un droit énoncé dans la Convention consentent à ce que leur identité soit révélée à l'Etat Partie intéressé. Si la victime refuse que son identité soit dévoilée, la procédure prend fin.

En vertu de l'art. 6, al. 2, l'Etat Partie intéressé est tenu de présenter par écrit au Comité, dans un délai de six mois, sa vision de l'affaire en indiquant, le cas échéant, les mesures correctives qu'il a prises (voir art. 69, ch. 3, RI CEDAW). Cette obligation est conforme au standard d'autres conventions de l'ONU relatives aux droits humains, par ex. l'art. 4, al. 2, du 1^{er} Protocole facultatif se rapportant au Pacte II de l'ONU. Dans sa prise de position, l'Etat Partie peut se prononcer tant sur le bien-fondé de la communication que sur sa recevabilité selon l'art. 4 OP CEDAW. Le Comité peut alors la réexaminer à la lumière de cette réponse.

⁴² UN Doc. CAT/C/3/Rev. 2 (1997).

⁴³ UN Doc. CERD/C/65/Rev. 3 et révision 1993 (UN Doc. A/48/18, annexe V).

⁴⁴ Dans le deuxième cas qu'il a été appelé à traiter (Communication n° 2/2003 Mme A.T. c. Hongrie), le Comité a, dans le cadre de l'art. 5 OP CEDAW, invité la Hongrie à prendre immédiatement les mesures nécessaires pour protéger la victime. La recourante avait fait valoir, dans sa communication, qu'elle se sentait menacée par son mari violent et qu'elle craignait pour sa vie.

3.2.7

Examen du bien-fondé d'une communication (art. 7)

L'art. 7 OP CEDAW porte sur le traitement de la communication individuelle sur le fond (examen matériel visant à déterminer si un des droits ancrés dans la Convention a été violé).

En vertu de l'art. 7, al. 1, OP CEDAW, le Comité doit examiner tant les communications reçues que les explications données, selon l'art. 6, par l'Etat partie, en tenant compte de toutes les indications fournies par les parties. Il est tenu de transmettre ces renseignements aux parties concernées. Le Comité peut en outre, en cours d'examen, demander aux organismes des Nations Unies ou à d'autres organes, par l'intermédiaire du Secrétaire général, toute documentation ou information susceptibles de l'aider à juger l'affaire (voir art. 72, ch. 2, RI CEDAW).

Cette prescription donne au Comité la possibilité de rendre une décision parfaitement étayée: il ne se borne pas à examiner la communication et la réponse de l'Etat Partie intéressé, mais prend aussi en considération les informations complémentaires fournies par les Parties et leurs représentants. Par souci d'équité, chaque Partie a l'occasion de faire des observations sur les renseignements en question. Ainsi, les Parties se battent à armes égales et la procédure peut se dérouler de façon équitable.

Aux termes de l'art. 7, al. 2, OP CEDAW, le Comité doit examiner à huis clos les communications qui lui sont adressées (voir aussi art. 74 RI CEDAW).

Après avoir examiné le bien-fondé de la communication, le Comité transmet aux Parties concernées ses constatations, éventuellement accompagnées de ses recommandations (art. 7, al. 3, OP CEDAW). S'il parvient à la conclusion qu'il y a bien eu violation de droits énoncés dans la Convention, il peut en effet aussi formuler à l'intention de l'Etat Partie concerné des recommandations en vue de corriger la situation (voir art. 72, ch. 5, RI CEDAW). Selon les expériences faites avec les autres procédures de communications de l'ONU, les recommandations peuvent consister à proposer des modifications légales, une amélioration de la formation des organes d'exécution, une intensification du travail de relations publiques ou le versement d'indemnités à la ou aux victimes.

Alors que les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH) ont force obligatoire en vertu du droit international, le Comité se borne à formuler des observations ou des recommandations. Celles-ci ne lient pas les parties et n'obligent donc pas l'Etat concerné à agir sur le plan juridique.

Selon l'al. 4, l'Etat Partie doit examiner dûment les constatations et les éventuelles recommandations du Comité auquel il doit soumettre, dans un délai de six mois, une réponse écrite détaillée, l'informant notamment de toute action menée à la lumière de ses constatations et recommandations (voir aussi art. 73, ch. 1, RI CEDAW). L'Etat Partie doit également faire savoir si et pourquoi il n'a pas donné suite aux recommandations éventuelles du Comité.

Le Comité peut, conformément à l'al. 5, inviter l'Etat partie à lui soumettre de plus amples renseignements sur les mesures prises en réponse à ces constatations et recommandations éventuelles. Si le Comité le juge approprié, il peut aussi demander à l'Etat Partie de donner ces renseignements dans le rapport que celui-ci soumettra ultérieurement, conformément à l'art. 18 de la Convention (voir art. 73, ch. 2 et 3 RI CEDAW). Cette disposition contient donc une sorte de mécanisme de suivi qui sert tout d'abord à instaurer un «dialogue critique» avec les Etats Parties et à évaluer le

poinds des recommandations du Comité. La plupart des mesures qu'un Etat Partie met en oeuvre en réponse aux recommandations faites par le Comité suite à une communication ne sont pas efficaces à court terme. Il est donc judicieux que le Comité reste en contact avec l'Etat Partie. Il est dès lors logique que, pour assurer le suivi, le Comité puisse inviter l'Etat Partie à rendre compte de la mise en oeuvre des recommandations formulées au cours de la procédure de communication individuelle dans le rapport périodique qu'il est tenu de présenter en vertu de l'art. 18 de la Convention.

3.2.8 La procédure d'enquête (art. 8 ss)

Alors que les art. 2 à 7 du Protocole facultatif portent sur les règles de la procédure de communication individuelle ouverte aux particuliers et aux groupes de particuliers, les art. 8 à 10 OP CEDAW traitent de la procédure d'enquête. Celle-ci est reprise de l'art. 20 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT) (voir art. 76 à 91 RI CEDAW).

L'art. 8 OP CEDAW consacre le caractère confidentiel de la procédure d'enquête. Celle-ci comprend plusieurs étapes et l'Etat Partie concerné est sollicité à tous les stades (art. 8, al.5).

Dans un premier temps, le Comité qui est informé, par des renseignements crédibles, qu'un Etat Partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits énoncés dans la Convention, peut, en vertu de l'art. 8, al. 1, OP CEDAW, inviter cet Etat à participer à l'examen de ces renseignements et à présenter ses observations à leur sujet. Le point de départ d'une procédure d'enquête est donc constitué par des renseignements crédibles faisant état de violations soit graves, soit systématiques des droits fondamentaux des femmes. Sont considérées comme des violations graves en premier lieu les menaces contre la vie, l'intégrité physique et psychique ou la sécurité d'une personne. Parmi les violations systématiques, dont la gravité peut être moindre, figurent en particulier les pratiques discriminatoires largement répandues ou ciblées.

Selon l'art. 8, al. 2, OP CEDAW, le Comité, se fondant sur les observations éventuellement formulées par l'Etat Partie intéressé, ainsi que sur tout autre renseignement crédible dont il dispose, peut, dans un deuxième temps, charger un ou plusieurs de ses membres d'effectuer une enquête. Celle-ci peut, avec l'accord de l'Etat Partie, comporter des visites sur le territoire de cet Etat (voir art. 86 RI CEDAW).

Les résultats auxquels parvient le Comité sur la base d'une telle enquête sont, conformément à l'art. 8, al. 3 OP CEDAW, communiqués à l'Etat Partie intéressé avec, le cas échéant, des observations et des recommandations. Celui-ci dispose d'un délai de six mois pour soumettre sa prise de position au Comité (art. 8, al. 4, OP CEDAW).

La procédure d'enquête décrite ici complète de manière essentielle la procédure de communication, puisqu'elle permet d'agir contre des violations graves et systématiques des droits humains même si aucune communication n'est déposée. Son rôle est capital, car en cas de violations graves ou systématique des droits humains, les particuliers ou les groupes de particuliers sont souvent exposés à des dangers ou des menaces sérieuses, ce qui limite leurs possibilités de présenter une communication.

La procédure d'enquête doit en outre avoir une certaine fonction de prévention. Le seul fait que le Comité puisse mener une enquête peut contribuer à prévenir les violations graves ou systématiques des droits humains par un Etat Partie.

Si le Comité contre la torture (CAT) a jusqu'ici introduit des enquêtes pour torture systématique dans six Etats Parties au total et publié les résultats de cinq procédures (contre le Mexique, le Sri Lanka, la Turquie, l'Egypte et le Pérou), le Comité contre la discrimination à l'égard des femmes n'a, à l'heure actuelle, mené qu'une seule enquête au sens de l'art. 8 OP CEDAW. Cette procédure a été ouverte contre le Mexique et elle a porté, concrètement, sur les enlèvements, les viols et les assassinats de femmes dans la région de Chihuahua. Après la visite au Mexique d'une délégation du Comité, celui-ci a formulé des remarques et des recommandations qui ont été communiqués au Mexique pour prise de position⁴⁵.

3.2.9 Mécanismes de suivi de la procédure d'enquête (art. 9)

Cette disposition prévoit deux mécanismes de suivi de la procédure d'enquête de l'art. 8 OP CEDAW. Parallèlement à l'art. 7, al. 5, OP CEDAW, l'art. 9, al. 1, stipule que le Comité peut inviter l'Etat Partie à inclure, dans le rapport périodique qu'il doit présenter conformément à l'art. 18 de la Convention, des indications sur la mise en oeuvre des recommandations formulées à la fin de la procédure d'enquête et des précisions sur les mesures éventuellement prises (voir art. 90, ch. 1 RI CEDAW).

Tout comme l'art. 7, al. 5, OP CEDAW, l'al. 2 va encore plus loin dans le suivi, puisqu'il permet au Comité, à l'expiration du délai de six mois visé au para. 4 de l'art. 8, d'inviter l'Etat Partie intéressé à l'informer des mesures prises à la suite d'une telle enquête et de rester en contact avec lui durant la phase de mise en oeuvre des recommandations après avoir reçu ses observations selon l'art. 8, al. 4 (voir aussi art. 90, ch. 2, RI CEDAW).

3.2.10 Clause de l'«opting-out» (art. 10)

En vertu de l'art. 10 OP CEDAW, les Etats Parties au Protocole facultatif ne sont pas tenus de reconnaître au Comité la compétence de mener des enquêtes conformément aux art. 8 et 9 CEDAW (clause dite de l'«opting-out»). En dépit de l'art. 17 OP CEDAW qui précise que le Protocole n'admet aucune réserve, les Etats peuvent, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, faire une déclaration unilatérale selon laquelle ils ne reconnaissent pas au Comité la compétence que confèrent les art. 8 et 9. Jusqu'à aujourd'hui, trois pays sur septante et un ont fait usage de cette possibilité. Il s'agit du Bangladesh, du Belize et de Cuba.

Il n'a pas semblé opportun que la Suisse fasse une telle déclaration au moment de son adhésion. Tous les Etats voisins de la Suisse, ainsi que tous les Etats membres de l'UE qui ont déjà ratifié le Protocole facultatif ou y ont adhéré (Allemagne,

⁴⁵ Vous trouverez des informations sur ce cas à l'adresse suivante:
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw32/CEDAW-C-2005-OP.8-MEXICO-E.pdf>.

Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hollande, Irlande, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Pologne, Portugal, Slovaquie, Slovénie, et République tchèque), ont renoncé à une telle déclaration à l'occasion de la ratification.

Le fait de renoncer à une déclaration d'opting-out est d'ailleurs conforme à la position de la Suisse à l'égard d'autres procédures d'enquête. L'art. 28, al. 1, CAT prévoit aussi une telle possibilité, mais la Suisse n'en a pas fait usage⁴⁶.

3.2.11 Devoirs de protection et d'information (art. 11 ss)

En vertu de l'art. 11 OP CEDAW, les Etats parties sont tenus de protéger les personnes qui se sont adressées au Comité dans le cadre de l'une des deux procédures ou qui sont impliquées dans ces procédures. La disposition vise surtout à empêcher que les personnes ayant adressé une communication au Comité soient en butte à des mauvais traitements ou intimidations. L'Etat doit s'abstenir de tels actes à l'égard de ces personnes et empêcher les tiers de les commettre. Le cercle des personnes à protéger est considéré dans un sens large et comprend tant les particuliers, les groupes de particuliers et leurs représentants mentionnés à l'art. 2 que les personnes qui fournissent des renseignements au Comité, par ex., dans le cadre d'une procédure d'enquête selon l'art. 8, et qui relèvent de la juridiction d'un Etat Partie.

3.2.12 Obligation du Comité de présenter un rapport (art. 12)

L'art. 12 OP CEDAW étend l'obligation faite au Comité de présenter un rapport. Conformément à l'art. 21 de la Convention, le Comité est tenu de rendre compte chaque année de ses activités à l'Assemblée générale de l'ONU, par l'intermédiaire du Conseil économique et social (ECOSOC). Selon l'art. 12 OP CEDAW, ce rapport annuel doit également contenir un résumé des activités menées au titre du Protocole facultatif (voir aussi art. 73, ch. 7 RI CEDAW).

3.2.13 Diffusion du contenu de la Convention et du Protocole facultatif (art. 13)

Cette disposition oblige les Etats Parties à faire connaître et à diffuser la Convention CEDAW ainsi que le Protocole facultatif. L'art. 13 OP CEDAW s'inspire de l'art. 42 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CRC)⁴⁷. Les Etats Parties sont en outre tenus de faciliter l'accès aux informations relatives aux constatations et aux recommandations du Comité, en particulier pour les affaires les concernant.

⁴⁶ Tout comme l'art. 10 OP CEDAW, l'art. 28 CAT dispose que les Etats parties à la Convention de l'ONU contre la torture ont la possibilité, lors de la signature ou de la ratification, d'exclure par une réserve spéciale la procédure d'enquête prévue à l'art. 20 CAT. Un nombre relativement important d'Etats, en majorité socialistes, ont, dans un premier temps, formulé une telle réserve, mais ils l'ont retirée par la suite.

⁴⁷ RS 0.107 (entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997).

La Suisse se conforme aujourd'hui déjà largement aux obligations en matière d'information et d'explications qui découlent pour elle des autres conventions de l'ONU relatives aux droits humains. C'est ainsi que l'on trouve, sur le site Internet des autorités fédérales (www.admin.ch), toutes les conventions sur les droits de l'homme en vigueur pour la Suisse et ce, dans les trois langues officielles de la Confédération. Il est en outre possible, sur le site du Département fédéral des affaires étrangères (www.eda.admin.ch), de consulter, également en trois langues, les rapports périodiques les plus récents présentés par la Suisse, ainsi que les recommandations et les conclusions des Comités. Ce site fournit aussi de nombreuses autres adresses Internet. Enfin, des efforts concrets sont entrepris en vue de développer d'autres instruments efficaces de diffusion des obligations de droit international qui incombent à la Suisse d'une manière générale et dans le domaine des droits humains en particulier (moteurs de recherche sur Internet, brochures d'information, collections de textes et de données, documentations).

3.2.14 Règlement intérieur (art. 14)

Selon cet article, le Comité est autorisé à arrêter son propre règlement intérieur qu'il est tenu de respecter dans l'exercice des fonctions que lui confère le Protocole facultatif. Le Comité a formellement adopté son règlement intérieur le 26 janvier 2001⁴⁸.

3.2.15 Dispositions finales (art. 15 à 21)

Les art. 15 à 21 OP CEDAW relèvent de la technique contractuelle. Ils règlent en effet, sur le modèle d'autres conventions, différents détails, en particulier les conditions d'adhésion au Protocole facultatif (art. 15), son entrée en vigueur (art. 16), les amendements (art. 18) et la dénonciation (art. 19) du Protocole. Pour la Suisse, le Protocole entrerait en vigueur trois mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification. L'art. 20 OP CEDAW concerne les devoirs d'information du Secrétaire général des Nations Unies relatifs au Protocole facultatif. L'art. 21 OP CEDAW traite du versement aux archives du Protocole facultatif dans toutes les langues officielles des Nations Unies, ainsi que la transmission des copies certifiées conformes du Protocole aux Etats parties.

L'art. 17 OP CEDAW précise que le Protocole facultatif n'admet aucune réserve, exception faite de la clause de l'«opting-out», expressément prévue à l'art. 10, al. 1, OP CEDAW, qui permet aux Etats Parties de ne pas reconnaître la compétence du Comité en matière de procédure d'enquête (art. 8 s. OP CEDAW).

⁴⁸ UN Doc. A/56/38, annexe I.

3.3

Concurrence avec d'autres procédures internationales de contrôle

L'interdiction de cumul de l'art. 4, al. 2, let. a, OP CEDAW exclut un chevauchement avec d'autres procédures d'enquête ou de règlement international. L'art. 4, al. 1, let. a, du Protocole facultatif s'inspire largement de l'art. 22, ch. 5, let. a, CAT qui limite aussi, *expressis verbis*, l'application d'autres mécanismes internationaux de contrôle et met en évidence le principe de l'égalité hiérarchique de toutes les instances internationales judiciaires et de contrôle consacré par le droit international. Ce principe a pour but d'éviter qu'une autorité internationale soit amenée à juger la décision d'une autre autorité par la voie d'un recours. Cette réglementation doit permettre d'empêcher les doubles emplois au niveau international.

Le terme «international» fait référence non seulement aux procédures équivalentes des Nations Unies en matière d'enquête et de règlement des différends, mais également aux procédures telles que celle, par exemple, mises en place, au niveau européen, par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Si l'on considère les procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH), on constate qu'un concours d'actions est presque exclu: l'art. 35, al. 2, let. b, CEDH ne permet pas à la Cour de retenir une requête qui est «déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement et ne contient pas de faits nouveaux» (ce qui signifie que le Comité de la CEDWA et la Cour eur. DH ne peuvent être saisis en même temps et qu'il n'y a pas possibilité de recourir à la Cour eur. DH après la CEDAW).

En principe, une personne peut donc choisir de faire valoir ses droits devant la Cour eur. DH ou devant un autre organe international de surveillance (pour la Suisse, la CAT ou la CERD par exemple). La communication ne sera toutefois traitée que par l'un de ces organes. Dans les cas concernant la Suisse, il semble exclu que ces organes, ignorant être saisis des mêmes affaires, les traitent tous les deux. En effet, les services compétents de l'administration fédérale veillent à coordonner la représentation de la Suisse devant les cours internationales appelées à statuer. Le fait que deux organes internationaux traitent la même affaire pourrait éventuellement être admis si l'organe saisi en premier n'est pas entré en matière, de sorte qu'aucune décision n'a été prise sur le fond.

Les constatations et les recommandations du Comité ne lient pas le gouvernement de l'Etat Partie concerné. S'il ne partage pas l'avis du Comité, il ne doit pas nécessairement introduire des mesures, sur le plan législatif par exemple, pour satisfaire aux recommandations qui lui ont été transmises. L'Etat Partie est simplement tenu d'examiner dûment les constatations et les éventuelles recommandations du Comité et de lui soumettre, dans un délai de six mois, une réponse écrite indiquant notamment les mesures prises pour donner suite aux constatations et recommandations (art. 7, al. 4, OP CEDAW). En revanche, dans les procédures introduites devant la Cour eur. DH, les Etats contractants doivent, aux termes de l'art. 46, al. 1, CEDH, s'engager à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels ils sont Parties.

4 Le Protocole facultatif et l'ordre juridique suisse

4.1 Nature des obligations de droit international

Comme nous l'avons déjà indiqué, le Protocole facultatif ne contient aucune règle de droit matériel. Il prévoit uniquement des règles de procédure visant à assurer le respect des obligations auxquelles nous devons déjà faire face depuis la ratification de la Convention.

Une des questions principales que soulève la mise en oeuvre du Protocole facultatif résulte du caractère essentiellement programmatore de la Convention⁴⁹: afin de faciliter autant que possible l'adhésion des Etats et de leur laisser une ample marge de manoeuvre, les dispositions de la Convention CEDAW ont, hormis un petit nombre qui sont directement applicables, le caractère de programme. Dans son message du 23 août 1995 relatif à la Convention, le Conseil fédéral a estimé que quatre articles tout au plus de la Convention pourraient être déclarés directement applicables par le Tribunal fédéral (voir les considérations à ce sujet sous ch. 3.2.2). Au cours des travaux préparatoires du Protocole facultatif, des divergences sont apparues sur la question de savoir si la procédure de communication individuelle devait s'appliquer uniquement aux droits directement applicables de la Convention ou également aux dispositions ayant caractère de programme⁵⁰. Il ressort clairement des documents à disposition que les autres Etats Parties n'estimaient pas non plus que la procédure de communication individuelle devait s'appliquer à la partie programmatore de la Convention⁵¹. Les discussions au sein du groupe de travail ont finalement abouti à une modification du texte des articles déterminants 2 et 8: des communications peuvent être présentées uniquement pour violation des droits énoncés dans la Convention et non des dispositions de la Convention. Il ressort donc de la teneur des art. 2 et 8, ainsi que du déroulement des négociations qui ont abouti à leur adoption, que la procédure de communication individuelle peut porter uniquement sur les droits directement applicables.

4.2 Mesures de mise en oeuvre

En principe, l'adhésion de la Suisse au Protocole facultatif ne requiert aucune mesure de mise en oeuvre. Contrairement aux arrêts juridiquement contraignants de la Cour européenne des droits de l'homme, les constatations et les recommandations du Comité ne lient pas juridiquement les Etats Parties, mais sont de nature politique. Les organes de surveillance institués par les conventions de l'ONU (Treaty Bodies) sont des comités indépendants formés d'experts et non des tribunaux au sens de la Cour eur. DH, de la Cour internationale de justice (CIJ) ou de la nouvelle Cour pénale internationale (CPI). Dès lors, leurs avis sur le bien-fondé d'une communication ne constituent pas, selon le droit international, des jugements contraignants.

⁴⁹ Voir à ce propos les commentaires dans le Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 23 août 1995 (FF 1995 IV 869), ch. 31.

⁵⁰ Discussion on justiciability, in: Elaboration of a draft optional protocol to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women, E/CN.6/1996/15, p. 89 et in: Synthesis of replies received from governments, intergovernmental organizations and non-governmental organizations, E/CN.6/1997/5, p.9.

⁵¹ Commission on the Status of Women, Report on the forty-third session, E/CN.6/1999/10, p. 59 ss.

Ils contribuent, dans leur ensemble, à forger un consensus mondial sur la teneur et la portée des différentes dispositions des conventions relatives aux droits humains.

Par conséquent, l'Etat Partie au Protocole facultatif qui ne partage pas l'avis exprimé par le Comité ne doit pas nécessairement, comme nous l'avons déjà relevé sous ch. 3.3., introduire des mesures, dans le domaine législatif par exemple, pour donner suite aux constatations et recommandations reçues.

Il se pourrait évidemment – ce qui serait également souhaitable – que le Protocole facultatif ait des effets sur le système et la pratique juridiques suisses par le biais des éventuelles recommandations qui seraient formulées par le Comité à la suite de procédures de communication ou d'enquête. Conformément à la position qu'il a adoptée jusqu'ici face aux recommandations des différents organes créés par les traités et en raison des obligations qui découlent du présent Protocole facultatif, le Conseil fédéral examinera avec soin de telles recommandations avec le concours de tous les services compétents. Il a, dans le passé, concrétisé à plusieurs reprises les recommandations d'autres organes de contrôle et il continuera, dans la mesure du possible, à le faire à l'avenir. Lorsqu'il estime que les recommandations ne sont pas pertinentes, qu'elles ne peuvent être mises en oeuvre ou que d'autres mesures permettent mieux d'atteindre l'objectif visé, il l'explique, en règle générale, à l'organe concerné.

Selon le Conseil fédéral, l'adhésion au Protocole facultatif ne va pas provoquer un nombre important de communications à l'encontre de la Suisse. Jusqu'à aujourd'hui, le Comité a reçu trois communications fondées sur le Protocole facultatif. L'estimation du Conseil fédéral s'appuie en outre sur les expériences faites avec les autres procédures de communication individuelle qui existent dans le cadre des Nations Unies. Le nombre de procédures varie certes considérablement d'un instrument à l'autre. Mais on constate que le nombre des cas soumis aux deux comités (CAT et CERD) dont la Suisse a déjà reconnu la compétence est limité.

- Ainsi, le nombre absolu de communications reçues selon la procédure au sens de l'art. 14 CRD est resté faible et aucun des cas ne concernait la Suisse. 33 communications au total sont parvenues au Comité de la CERD. 13 cas ont été déclarés irrecevables⁵², cinq cas sont pendants. 15 cas ont été clos après que le Comité se soit prononcé sur leur bien-fondé⁵³; dans cinq de

⁵² Communication no 5/1994 (Ch. Payne c. Danemark); communication no 7/1995 (Barbaro c. Australie); communication no 9/1997 (D.S. c. Suède); Communication no 12/1998 (Barbaro c. Australie) (second examen); communication no 18/2000 (Ali c. Norvège); communication no 19/2000 (Mostafa c. Danemark); communications no 14/1998 et no 21/2001 (D. Sidlo c. Suède); communication no 22/2002 (POEM and FASM c. Danemark); communication no 23/2002 (K.R.C. c. Danemark); communication no 24/2002 (Nikolas Regerat et al. c. France); communication no 25/2002 (Ahmad Najaati Sadic c. Danemark) ainsi que communication no 28/2003 (Centre de documentation et de conseil en matière de discrimination raciale c. Danemark).

⁵³ Communication n° 1/1984 (Yilmaz-Dogan c. Pays-Bas); communication no 2/1989 (Demba Talibe Diop c. France); communication no 3/1991 (Michel L.N. Narrainen c. Norvège); communication no 4/1991 (L. Karim c. Pays-Bas); communication no 6/1995 (Z.U.B.S. c. Australie); communication no 8/1996 (B.M.S. c. Australie); communication no 10/1997 (Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danemark); communication no 13/1998 (Koptova c. Slovaquie); communication no 16/1999 (Kashif Ahmad c. Danemark); communication no 17/1999 (B. Jebelly c. Danemark); communication no 11/1998 (Lacko c. Slovaquie); communication no 15/1999 (Fernand c. Pays-Bas); communication no 26/2002 (Stephen Hagan c. Australie) ainsi que communication no 27/2002 (Quereshi c. Danemark).

ces cas, il a constaté une violation de la Convention et a adressé une recommandation aux Etats concernés⁵⁴.

- S'agissant de la Convention contre la torture, 242 communications ont été enregistrées jusqu'ici (état: 30 avril 2004). Une violation de la Convention a été constatée dans 25 cas. 40 cas ont été déclarés irrecevables, 59 cas sont restés sans suite et 50 étaient pendants. Jusqu'à aujourd'hui, 44 communications ont été présentées contre la Suisse, dont 38 ont fait l'objet d'une décision. 5 d'entre elles ont été déclarées irrecevables et 10 ont été retirées. Dans 20 cas, aucune violation de la Convention n'a été retenue. En revanche, une violation a été constatée dans 3 cas⁵⁵.

Depuis le début de ses activités de surveillance de l'application du Pacte II de l'ONU, le Comité des droits de l'homme a, quant à lui, reçu 1322 communications se fondant sur le premier Protocole facultatif (état: 8 novembre 2004). Le Comité s'est prononcé sur 481 d'entre elles et, dans 373 cas, il a constaté des violations du Pacte. 377 communications ont été déclarées irrecevables, 183 ont été suspendues ou retirées et 281 étaient encore pendantes.

5 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

Le Protocole facultatif n'aura pas de conséquences financières pour la Confédération et les cantons ni effets sur l'état de leur personnel. Selon les informations fournies par les Etats Parties qui ont adhéré au Protocole facultatif, il ne faut pas s'attendre à ce que la déclaration d'acceptation entraîne des frais supplémentaires. Aujourd'hui déjà, l'administration fédérale est tenue, en vertu de l'art. 18, al. 1, de la Convention, de présenter régulièrement un rapport sur les mesures adoptées par la Suisse pour donner effet aux dispositions de la Convention⁵⁶. Les éventuelles indications complémentaires à fournir dans les rapports périodiques pour assurer les mécanismes de suivi ne nécessitent pas de mesures supplémentaires.

Il semble évident de confier à l'Office fédéral de la justice, qui assume aujourd'hui déjà les tâches de cette nature, le soin de représenter la Suisse devant le Comité en cas de communications individuelles concernant notre pays. Des raisons d'efficience et la nécessité de garantir un suivi cohérent des cas parlent en faveur de cette solution. Elle permet aujourd'hui déjà d'exclure que l'auteur d'une communication s'adresse simultanément à différents organes de contrôle internationaux.

⁵⁴ Communication no 1/1984 (Yilmaz-Dogan c. Pays-Bas); communication no 4/1991 (L. Karim c. Pays-Bas); communication no 10/1997 (Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danemark); communication no 13/1998 (Koptova c. Slovaquie) ainsi que communication no 16/1999 (Kashif Ahmad c. Danemark). Le Comité formule parfois des recommandations même s'il a formellement constaté qu'il n'y avait pas eu de violation des droits reconnus par la Convention (voir, par ex., communication no 17/1999 [B. Jebelly c. Danemark]).

⁵⁵ Tous les cas contre la Suisse concernaient des allégations de violation du principe de non refoulement.

⁵⁶ Voir note 3

6

Programme de la législation

Le message était déjà annoncé dans le Rapport sur le programme de la législation 1999–2003⁵⁷ et a été repris dans la liste des objets que le Conseil fédéral envisage de soumettre pour adoption au Parlement durant la législature 2003 à 2007⁵⁸.

7

Constitutionnalité

La base constitutionnelle de l'arrêté fédéral qui est l'objet du présent rapport se trouve à l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.), qui fonde la compétence générale de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères. L'art. 184, al. 2, Cst. autorise le Conseil fédéral à signer et à ratifier des traités internationaux, lesquels doivent être approuvés par l'Assemblée fédérale en vertu de l'art. 166, al. 2, Cst.

Aux termes de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif s'il sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), s'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou s'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3). Ainsi que nous l'avions déjà relevé dans le message concernant l'adhésion à la Convention⁵⁹, celle-ci ne contient pas de clause de dénonciation expresse. Toutefois, la déclaration d'adhésion peut, selon l'art. 19 du Protocole facultatif, être retirée à tout moment par une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Il reste donc à déterminer si le Protocole contient des dispositions importantes fixant des règles de droit. Par dispositions fixant des règles de droit, il faut entendre, selon l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement, les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Les dispositions du Protocole facultatif s'appliquent directement et ont un caractère général et abstrait. Elles confèrent aux particuliers et aux groupes de particuliers qui sont victimes d'une violation le droit d'en informer un comité international d'experts par une procédure de communication standardisée. Les Etats Parties, de leur côté, ne sont certes pas liés par les observations et les recommandations du Comité, mais leurs autorités sont soumises, dans les procédures tant de communication individuelle que d'enquête, à certaines obligations contraignantes de participation. Le Protocole facultatif crée donc des droits et des obligations qui, en droit interne, ne peuvent, selon l'art. 164, al. 1, Cst., être édictées que dans une loi au sens formel.

Par conséquent, l'arrêté portant approbation du Protocole facultatif est sujet au référendum facultatif prévu par l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. pour les traités internationaux.

⁵⁷ FF 2000 2168, annexe 2.

⁵⁸ Voir Programme législatif 2003–2007, p. 11 (Annexe 1 au Rapport du Conseil fédéral sur le Programme de la législation 2003–2007).

⁵⁹ Voir Message du Conseil fédéral du 23 août 1995, FF 1995 IV 869, ch. 6.

De l'avis du Conseil fédéral, le Protocole facultatif (OP CEDAW) fournit une contribution importante à la protection des droits humains des femmes dans le monde. Les droits de la femme sont aujourd'hui reconnus comme une partie intégrante, inaliénable et indissociable des droits de la personne en général. Des procédures de contrôle plus efficaces devraient être mises en place pour assurer leur respect.

Contrairement aux jugements de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH), les constatations et les recommandations du Comité sont uniquement de nature politique et ne lient donc pas le gouvernement de l'Etat Partie concerné. Celui-ci ne doit pas nécessairement donner suite aux observations du Comité en introduisant des mesures, sur le plan législatif par ex., lorsqu'il ne partage pas son avis. L'Etat Partie est simplement tenu d'examiner dûment les constatations et les éventuelles recommandations du Comité.

Bien que les recommandations du Comité n'aient pas de caractère obligatoire, elles contribuent de manière essentielle au développement universel des droits humains en général et des droits des femmes en particulier. Les instruments prévus par le Protocole facultatif sont des procédures institutionnalisées à vocation universelle, mais néanmoins simples qui permettent de concrétiser les droits humains et de les faire respecter de manière avantageuse. Ils posent en outre des exigences internationales minimales tout en tenant compte des différences nationales et créent ainsi un consensus de base au niveau mondial.

Une adhésion au Protocole facultatif met en évidence la volonté de soutenir explicitement son objectif qui est d'améliorer la protection des droits humains. L'adhésion reflète notre engagement, confirmé à plusieurs reprises déjà par le Conseil fédéral, en faveur des droits humains et de la création d'instruments internationaux efficaces pour protéger les droits de l'homme. Enfin, l'adhésion donne un signal, qu'il ne faut pas sous-estimer, aux Etats qui hésitent encore à ratifier ce Protocole facultatif.