Renforcer les droits humains en Suisse

Nouvelles idées pour la politique et la pratique

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Renforcer les droits humains en Suisse

Nouvelles idées pour la politique et la pratique

Centre suisse de compétence pour les
droits humains (CSDH)

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Renforcer les droits humains en Suisse : nouvelles idées pour la politique et la pratique du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) est couvert par une licence Creative Commons – attribution – pas d'utilisation commerciale – pas de modification 4.0 international, sauf indication contraire.

© 2022 – CC-BY-NC-ND (ouvrage), CC-BY-SA (texte)

Éditeur : Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Responsables du projet : Noah Keuzenkamp et Evelyne Sturm
Traduction de l'allemand : Nadine Cuennet Perbellini, Jean-François Cuennet et Floriane Bonnave (chapitres 1 à 6, 8, 10 et 12 à 14)
Relecture : Nadège Piller et Claire Robinson
Conception de la couverture : Eliot Gisel
Photo de couverture : Keystone-SDA/Thomas Hodel
Maison d'édition et production : buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:
978-3-03805-495-5 (Print – Softcover)
978-3-03805-496-2 (PDF)
978-3-03805-497-9 (ePub)
Version: 1.01 – 20220706

Ce livre est disponible sous forme de livre en ligne buch & netz, de livre électronique dans divers formats et de livre imprimé. Pour plus d'informations, veuillez consulter l'URL suivante :
https://buchundnetz.com/werke/renforcer-les-droits-humains-en-suisse/.

L'édition allemande de l'ouvrage est disponible à l'adresse suivante :
https://buchundnetz.com/werke/menschenrechte-in-der-schweiz-staerken/.

Table des matières

Index des Objectifs de développement durable 8

Remerciements 10

Préfaces 11
Helen Keller / Yasmina Savoy

Introduction 15
Jörg Künzli et Evelyne Sturm

Partie I État de droit et droits humains

1 Les droits humains, une limite aux décisions prises par la majorité 19
Eva Maria Belser et Sandra Egli

2 Les atouts du fédéralisme pour les droits humains 41
Eva Maria Belser et Sandra Egli

3 Une justice adaptée aux enfants : plus simple qu'il n'y paraît 59
Christina Weber Khan et Sandra Hotz

4 Des conditions de détention conformes aux droits humains 73
David Krummen, Jörg Künzli et Meret Lüdi

5 Des pratiques policières conformes aux droits humains 89
Alexandra Büchler, Jörg Künzli et Judith Wyttenbach

Partie II Protection des groupes vulnérables

6 Réaliser les droits fondamentaux des personnes vulnérables 109
Sandra Egli et Eva Maria Belser

7 Santé des sans-papiers : accès aux assurances sociales et aux soins 129
Anne-Laurence Graf et Joëlle Fehlmann

8 Créer des espaces sécurisés pour les femmes du domaine de l'asile victimes de violence 147
Julia Egenter et Anne-Laurence Graf

9 Lutter contre les discriminations raciales au travail en transposant la loi sur l'égalité 163
Anne-Laurence Graf et Nesa Zimmermann

Partie III Droits humains en temps de crise du coronavirus

10 Les droits humains, fil rouge de la lutte contre les pandémies 185
Sandra Egli, Kelly Bishop, Eva Maria Belser et Jörg Künzli

11 L'aide sociale pour les personnes migrantes : la problématique du « non-recours » à la lumière de la crise du coronavirus 205
Anne-Laurence Graf

12 Le droit de participation de l'enfant durant la pandémie de coronavirus 223
Sandra Hotz

Partie IV Responsabilité des entreprises

13 Cadre règlementant les activités des entreprises : vers un devoir de diligence complet en matière de droits humains ? 245
Christine Kaufmann et Res Schuerch

14 Le respect des droits humains, pilier d'une gouvernance d'entreprise durable 265
Christine Kaufmann et Res Schuerch

Liste des abréviations 283

Bibliographie 293

Auteur·e·s 329

Index des Objectifs de développement durable

D'ici à 2030, tous les États membres de l'ONU – la Suisse en faisant partie – devront avoir atteint les Objectifs de développement durable (ODD). La mise en œuvre des recommandations formulées dans cet ouvrage contribue significativement à la réalisation de 10 de ces 17 objectifs.

L'index ci-dessous permet de s'orienter par objectif et de savoir dans quel(s) chapitre(s) des recommandations s'y rapportant sont énoncées.

Objectifs de développement durable (ODD)	Chapitre(s)
PAUVRETÉ *Éliminer la pauvreté sous toutes ses formes et partout dans le monde.*	11, 12
FAIM *Éliminer la faim, assurer la sécurité alimentaire, améliorer la nutrition et promouvoir l'agriculture durable.*	11
SANTÉ *Permettre à tous de vivre en bonne santé et promouvoir le bien-être de tous à tout âge.*	7, 10, 12
ÉDUCATION *Assurer l'accès de tous à une éducation de qualité, sur un pied d'égalité, et promouvoir les possibilités d'apprentissage tout au long de la vie.*	12

Objectifs de développement durable (ODD)	Chapitre(s)
ÉGALITÉ DES GENRES *Parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles.*	8
TRAVAIL ET ÉCONOMIE *Promouvoir une croissance économique soutenue, partagée et durable, le plein emploi productif et un travail décent pour tous.*	9, 13, 14
INÉGALITÉS *Réduire les inégalités dans les pays et d'un pays à l'autre.*	1, 2, 6, 9, 11
CONSOMMATION ET PRODUCTION *Établir des modes de consommation et de production durables.*	13, 14
CLIMAT *Prendre d'urgence des mesures pour lutter contre les changements climatiques et leurs répercussions.*	13, 14
PAIX ET JUSTICE *Promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et ouvertes à tous aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous.*	1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 12

Remerciements

Nous tenons premièrement à remercier chaleureusement les membres du Directoire du CSDH pour leur contribution et leur examen critique des différents chapitres, ainsi que l'ensemble des auteur·e·s, sans qui cette publication n'aurait pas pu voir le jour.

Plusieurs spécialistes ont également contribué, par leurs précieuses suggestions, à la réalisation de cet ouvrage. Nous remercions Alexandra Büchler (chapitre 7), Valérie Burnens (chapitre 7), Yves Jackson (chapitre 7), Reto Locher (chapitres 9 et 10), Remo Messerli (chapitres 13 et 14) et Nesa Zimmermann (chapitre 6). Nos remerciements vont également à Zoé Huber (chapitre 12), Fabian Naumer (chapitre 12), Samuel Ostendarp (chapitres 4, 5, 10 et bibliographie), Ella Sägesser (chapitres 1, 2, 6 et 10), Dominik Steinacher (chapitre 8) et Noel Stucki (chapitres 4, 5 et bibliographie) pour leur soutien.

Un grand merci aux collaborateurs·trices du Secrétariat général, Luisa Jakob, Noah Keuzenkamp, Nadège Piller, Claire Robinson et Evelyne Sturm pour la coordination et la gestion du projet ainsi que pour leurs nombreuses autres contributions nécessaires à la finalisation de ce livre. Nous souhaitons également remercier Nadine Cuennet Perbellini, Jean-François Cuennet et Floriane Bonnave pour la traduction allemand-français, Brigitte Eggenschwyler pour la traduction français-allemand et Antonia Bertschinger pour la relecture du manuscrit allemand. Enfin, nous remercions Andreas Von Gunten et Petra Bitterli des éditions buch & netz pour la réalisation de cet ouvrage et Eliot Gisel pour la conception de la couverture du livre.

Le CSDH

Préfaces

Il ne faut pas s'y tromper : les droits humains ne sont pas gravés dans le marbre. Les normes reconnues actuellement ne sont pas acquises une fois pour toutes. Peut-être devons-nous même admettre que les droits humains n'auraient probablement pas connu une telle consécration dans le monde entier sans l'horreur de la Seconde Guerre mondiale. En Suisse, leur essor politique et juridique n'intervint toutefois qu'avec un certain retard par rapport à d'autres pays. Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral créa une jurisprudence progressiste qui renforça les droits humains ; quant aux organes politiques, ils ratifièrent des conventions internationales dans le domaine (notamment la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 – ratifiée en 1974 –, le Pacte social et le Pacte civil des Nations Unies de 1966 – ratifiés en 1992 –, la Convention contre le racisme de 1965 – ratifiée en 1994 – et la CEDEF de 1979 – ratifiée en 1997). On peut donc qualifier la seconde moitié du XX^{e} siècle de véritable âge d'or des droits humains, qui se caractérise par la volonté d'ancrer ces principes dans les législations et les jurisprudences tant nationales qu'internationales. Cette phase a bénéficié d'un large consensus au sein de la société, que le monde politique partageait également.

Un déclin s'amorce à la fin du millénaire, si ce n'est avant, et diverses tendances se conjuguent. Toujours plus d'acquis sont remis en question et il arrive même que l'on dénigre, dans le débat public, le système des droits humains. Dans les milieux qui les défendent, un constat aussi incontournable que dégrisant s'impose : reconnaître formellement des droits ne suffit de loin pas à en faire une réalité. Laisser aux tribunaux la tâche de les concrétiser, c'est intervenir en fin de processus seulement, et accepter d'importants coûts transactionnels. Or, ce sont justement les personnes les plus vulnérables qui n'ont souvent pratiquement aucune possibilité de saisir la justice. Si les litiges stratégiques peuvent de prime abord sembler apporter une solution, on ne parvient cependant à un jugement définitif qu'au terme d'un parcours long et coûteux pour les victimes. Actuellement, pour améliorer la mise en œuvre des droits humains, on s'efforce par conséquent de les ancrer en amont, au sein de la société, notamment en traitant de manière différenciée les individus, en fonction de leur vulnérabilité et

de leur résilience. Enfin, des phénomènes comme la pandémie de COVID-19, la migration et le réchauffement planétaire montrent toujours plus clairement que les violations de droits humains ne connaissent pas de frontières. Dans le domaine des droits humains comme dans d'autres, les tenants et aboutissants doivent donc toujours plus être analysés dans leur contexte international également. Une telle démarche exige d'aborder les problématiques au niveau international, tout en gardant présent à l'esprit le large spectre des porteurs·euses de droits fondamentaux.

Il suffit de jeter un coup d'œil aux chapitres de cet ouvrage pour voir que la Suisse n'échappe pas à ces tendances. Les lignes directrices pour une lutte contre la pandémie de COVID-19 respectant les droits humains (chapitre 10) se révèleront très utiles dans d'autres contextes également. L'un des principaux défis de ces prochaines années consistera à aborder les problématiques en lien avec les droits humains à des échelons divers (local, régional et international). Le renforcement conceptuel des droits humains est traité dans trois chapitres, consacrés aux pratiques policières (chapitre 5), au système pénitentiaire (chapitre 4) et au fédéralisme (chapitre 2). Plusieurs chapitres traitent de la vulnérabilité de divers·es porteurs·euses de droits humains (chapitres 6 à 9 et 11 notamment). Quant à l'approche qui vise à aborder les problématiques dans le contexte national et transnational, elle fait l'objet de deux chapitres (13 et 14) consacrés aux entreprises. Enfin, le chapitre 1 sur l'État de droit cerne le déclin du consensus au sujet des droits humains que l'on observe dans de nombreux domaines aujourd'hui.

Ces contributions, dans leur diversité, ne mettent pas seulement en évidence l'engagement du CSDH en faveur des droits humains, elles montrent aussi à quel point la Suisse est bien inspirée de se faire conseiller en la matière par des spécialistes du domaine.

Helen Keller

Professeure de droit public, de droit européen et de droit international public à l'Université de Zurich, juge à la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine et ancienne juge à la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH).

S'assurer que toutes les personnes bénéficient d'un traitement en accord avec les droits humains constitue une des bases d'un pays démocratique. Une majorité de la population s'accorderait sûrement à dire que respecter les droits humains est essentiel, en citant, à juste titre, des exemples de pays dictatoriaux où des atrocités sont commises. Mais la situation suisse, pays reconnu pour sa neutralité, son économie florissante, est quant à elle rarement mise en cause. En effet, certain·e·s pourraient se demander : pourquoi devrions-nous nous imposer une telle rigueur concernant le respect des droits humains ?

Ma réponse est la suivante : il ne s'agit pas ici d'une liste de droits à la carte selon les intérêts de chacun·e, mais bien d'une ligne directrice qui inscrit comment les personnes doivent être traitées de manière juste, tout en respectant les mœurs et coutumes du pays. Les droits humains permettent de nous protéger contre l'arbitraire des États. Et en Suisse aussi, des lacunes sont à déplorer dans le respect des droits humains. Ce constat est rendu possible par le travail que réalise le CSDH depuis des années. Justement, la crise du COVID-19 a permis d'en mettre un certain nombre en lumière.

En s'arrêtant plus particulièrement sur les droits des enfants et des jeunes, on remarque certains manquements, alors que ces derniers·ères constituent pourtant les adultes de demain. Il me semble donc d'autant plus important d'assurer leurs droits. Le chapitre 12 thématise une question devenue centrale durant la pandémie : qui décide de la vaccination pour un enfant ? Un consentement éclairé de sa part suffit-il ? D'autre part, alors que le droit à la participation fait partie des droits humains, durant la pandémie les jeunes et surtout les enfants ont été peu écouté·e·s, consulté·e·s et invité·e·s à participer. Bien que les mesures sanitaires ont en grande partie impacté leur vie, ils et elles n'étaient que peu représenté·e·s au sein de la *COVID-19 Science Task Force*.

L'absence de participation des enfants et des jeunes est une problématique plus générale, comme nous pouvons le lire dans le chapitre 3 au sujet des bonnes pratiques relatives à la participation des enfants au processus judicaire. Ce manque de consultation des jeunes est d'autant plus étonnant que nous nous targuons

d'être le pays de la démocratie. Mais comment espérer qu'un·e jeune commence à voter à 18 ans, qu'il ou elle prenne position sur des sujets d'importance nationale, alors qu'il ou elle n'a jamais été amené·e à prendre position auparavant ?

Toutes ces réflexions me poussent à rappeler l'importance du respect de tous les droits humains en Suisse et d'user des spécificités de notre pays pour en faire une force.

Yasmina Savoy

Ancienne présidente du Conseil des jeunes du canton de Fribourg et d'une jeunesse de parti cantonal, actuellement étudiante en sciences politiques à l'Université de Genève.

Introduction

Quel bilan tirer à propos des droits humains en Suisse ? Comment remédier aux lacunes en la matière ? Ces deux questions ont servi de fil rouge aux activités du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) durant ces onze dernières années. En effet, depuis 2011, notre centre avait pour mission d'encourager la concrétisation des engagements internationaux de la Suisse en matière de droits humains et de conseiller et soutenir les pouvoirs publics, les organisations non gouvernementales ainsi que les entreprises dans leurs activités en faveur de ces droits. Ce projet pilote, qui devait initialement durer cinq ans, a été prolongé à deux reprises par le Conseil fédéral. En définitive, le CSDH fermera fin 2022 pour laisser place à l'Institution nationale des droits de l'homme (INDH) permanente qui entrera en activité en 2023.

Le CSDH a réalisé plus de 200 projets durant ses onze années d'existence. Dans divers domaines, nous avons enrichi la connaissance scientifique et mis en évidence des pistes de solution. L'ouvrage que vous avez entre les mains est la dernière publication du CSDH. Avec un regard vers l'avenir, nous nous adressons au monde politique ainsi qu'aux professionnel·le·s sur le terrain pour proposer de nouvelles idées et impulsions au sujet de quatorze problématiques.

Ni ce livre ni les autres projets du CSDH n'auraient pu voir le jour sans l'engagement infaillible des collaborateurs·trices et des membres du Directoire, qui, durant toutes ces années, ont fait preuve de conviction et d'esprit novateur pour faire des droits humains une réalité en Suisse. Nous leur témoignons ici notre reconnaissance.

Nous aimerions aussi remercier les universités membres du réseau et nos anciens partenaires pour avoir fait vivre le CSDH, tout comme la Division Paix et droits de l'homme (DFAE) et l'Office fédérale de la justice (DFJP) pour l'avoir financé et accompagné. Nos remerciements vont également aux membres du Conseil consultatif qui ont fait preuve de dévouement, à nos mandant·e·s, aux spécialistes de différents domaines qui, en qualité d'indépendant·e·s, ont travaillé pour nous tout au long de ces années, ainsi qu'aux nombreuses personnes qui nous ont soutenu·e·s et ont suivi nos activités.

À la future INDH, nous souhaitons qu'elle obtienne le soutien nécessaire pour pouvoir prendre sa place en tant qu'institution indépendante et efficace, et ainsi devenir une voix critique et respectée dans le domaine des droits humains en Suisse.

Jörg Künzli	*Evelyne Sturm*
Directeur	*Directrice administrative*

Partie I

État de droit et droits humains

1 Les droits humains, une limite aux décisions prises par la majorité

Eva Maria Belser et Sandra Egli

Introduction

Cas pratique : Initiative populaire

Le 29 novembre 2009, le peuple et les cantons ont accepté une initiative populaire interdisant la construction de minarets. L'Assemblée fédérale avait validé cette dernière, car elle ne violait pas de règle impérative du droit international. Dans son message et dans sa brochure d'explication, le Conseil fédéral avait toutefois sans équivoque indiqué qu'elle était contraire non seulement à une série de droits humains reconnus à l'échelle internationale, mais aussi à des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution fédérale. Aucune demande de construction de minaret n'ayant été déposée depuis l'acceptation de cette initiative, ni le Tribunal fédéral ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont eu l'occasion de trancher la question de savoir si l'interdiction de construire des minarets est compatible avec la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination.

Cas pratique : Loi fédérale

Le 13 juin 2021, la population suisse a accepté la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme. Durant la campagne de votation, de nombreux·euses professeur·e·s de droit et expert·e·s des droits humains avaient exprimé leurs doutes quant à la conformité de cette loi à la Convention européenne des droits de l'homme, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention relative aux droits de l'enfant. Le Conseil fédéral et le Parlement, en revanche, étaient d'avis que cette loi n'était pas contraire aux obligations prises par la Suisse en matière de droits humains. Pour que le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme puissent s'exprimer sur cette question, il faut qu'un cas concret d'application leur soit soumis. Et même ainsi, ils ne peuvent que corriger une éventuelle violation du droit international, pas de la Constitution fédérale.

Cas pratique : Constitution cantonale

Le canton de Berne a accepté le 24 novembre 2013 en votation populaire l'initiative intitulée « Pas de naturalisation de criminels et de bénéficiaires de l'aide sociale ! ». Lors de la procédure visant à octroyer la garantie fédérale à la nouvelle disposition constitutionnelle cantonale, le Conseil fédéral a exprimé des doutes quant à la conformité de cette initiative avec les principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination. Il a toutefois fini par conclure que le canton de Berne disposait de suffisamment de marge de manœuvre pour appliquer cette disposition dans le respect des droits constitutionnels. Au Conseil national, il a été question de formuler des réserves, mais comme cela aurait constitué un changement de pratique, les député·e·s y ont renoncé et ont accordé leur pleine garantie. Il n'est dès lors plus possible de recourir au Tribunal fédéral pour attaquer cette règle constitutionnelle, en raison de la jurisprudence constante de ce dernier en la matière.

Démocratie et État de droit ne vont pas l'un sans l'autre et se renforcent mutuellement[1]. Le droit de participation démocratique a, déjà en soi, une importance du point de vue des droits fondamentaux, et ainsi de l'État de droit, dont le bon fonctionnement dépend de l'existence d'une protection effective des droits fondamentaux tels que la liberté de réunion. Quant à l'État de droit, il tire sa légitimité du fait que la législation repose sur la volonté du peuple. Ces deux principes, démocratie et État de droit, tout aussi essentiels l'un que l'autre pour la Confédération suisse, peuvent toutefois entrer en conflit, comme le montrent les exemples ci-dessus. En effet, le principe démocratique veut que la majorité du peuple prenne des décisions, tandis qu'en vertu du principe de l'État de droit, l'individu ainsi que les groupes vulnérables ont droit à la protection. L'une des principales fonctions de l'État de droit est par conséquent de veiller, à l'aide d'instruments adéquats, à ce que les décisions ne soient pas seulement prises *par* le peuple, mais aussi *pour* l'ensemble du peuple, sans discriminer des groupes de personnes ni violer les droits des individus. Le défi consiste à limiter aussi peu que possible la liberté de la majorité, tout en évitant que cette dernière fasse abstraction des droits fondamentaux et des droits humains.

Nous analysons ci-dessous trois situations qui illustrent les conflits entre démocratie et État de droit en Suisse : *premièrement,* lorsque le peuple est appelé à se prononcer sur une initiative populaire contraire aux droits fondamentaux

1 Ce chapitre se fonde sur l'étude du CSDH, État des lieux questions institutionnelles.

inscrits dans la Constitution fédérale[2] ou à des conventions internationales relatives aux droits humains ratifiées par la Suisse (voir le cas pratique « Initiative populaire ») ; *deuxièmement,* lorsque le Parlement adopte une loi fédérale contraire aux droits fondamentaux ou droits humains (voir le cas pratique « Loi fédérale ») ; *troisièmement,* quand l'Assemblée fédérale accorde sa garantie à une disposition d'une constitution cantonale, assurant ainsi qu'elle remplit les conditions posées par le droit fédéral, alors que cette norme ne respecte pas certains droits humains ou certains droits fondamentaux (voir le cas pratique « Constitution cantonale »).

En démocratie, la concrétisation des droits humains passe toujours par la recherche d'un équilibre entre les possibilités dont bénéficie la majorité et les droits des individus, et cet équilibre n'est pas acquis une fois pour toutes. Le meilleur garant de la démocratie *et* de l'État de droit est un dialogue d'égal à égal entre le pouvoir législatif d'un côté et le pouvoir judiciaire de l'autre. Les recommandations qui suivent visent donc à renforcer la collaboration entre les plus hautes instances de l'État et à faire intervenir, ou renforcer, d'autres acteurs pouvant servir d'intermédiaires et encourager ce dialogue. Soulignons ici que ce dialogue permet à diverses instances de débattre d'égal à égal des questions qui se posent et d'établir un échange sur leurs arguments ; il n'exclut pas que les acteurs en présence fassent usage de leur autorité pour prendre des décisions sur certaines questions relevant de leur compétence.

Analyse

Initiatives populaires contraires aux droits humains

Depuis l'introduction du droit d'initiative en 1891, 39 initiatives populaires problématiques du point de vue des droits fondamentaux ou des droits humains ont été lancées[3] ; 23 d'entre elles ont été soumises au peuple et aux cantons ; huit ont été acceptées[4]. Ces initiatives concernent souvent des groupes structurellement

2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Constitution fédérale, Cst. ; RS 101).
3 CSDH, Initiatives populaires contraires aux droits fondamentaux et droits humains (15.06.2022).
4 Un total de 220 initiatives a été soumis au peuple ; 237 autres ont été lancées, mais n'ont pas atteint le nombre de signatures nécessaire (129), ont été retirées (102), classées (2) ou déclarées non valables (4). État au 12.06.2021.

défavorisés au sein de la démocratie directe[5] : ce sont, outre des minorités religieuses[6] – comme dans le cas de l'initiative contre la construction de minarets mentionnée plus haut –, des migrant·e·s n'ayant pas le droit de vote[7] ou des personnes en détention, sans réelles possibilités de participer activement au débat précédant les votations[8] (voir le chapitre 6).

En Suisse, il arrive que le peuple et les cantons soient appelés à se prononcer sur des textes contraires aux droits humains, car le droit d'initiative ne connaît qu'une seule limitation matérielle : les règles impératives du droit international[9]. La pratique actuelle veut dès lors que l'Assemblée fédérale, à qui il revient d'examiner la validité des initiatives populaires, valide même celles qui ne sont pas compatibles avec les droits humains reconnus à l'échelle internationale ou les droits fondamentaux figurant dans la Constitution fédérale, et qu'elle les soumette à votation[10]. Depuis 1891, il n'est arrivé que deux fois au Parlement de ne pas valider des initiatives contraires aux règles impératives du droit international (il a déclaré l'une nulle et l'autre partiellement nulle).

Lorsqu'une initiative contraire aux droits fondamentaux ou aux droits humains est acceptée, la Suisse se retrouve dans une situation très délicate, puisqu'il lui faut soit porter atteinte au droit international ou aux valeurs fondamentales de sa Constitution, soit ne pas appliquer le droit constitutionnel en vigueur. Plusieurs instruments internationaux, comme la Convention européenne des droits de l'homme[11] et les deux pactes des Nations Unies concernant les droits humains[12], ne peuvent être résiliés, en droit ou en fait ; pour la Suisse, se retirer de ces instruments ne constitue donc pas une option. Il n'existe pas non plus de règle sur la manière de trancher les conflits entre normes ou valeurs inscrites dans la Constitution fédérale, puisque le principe de l'égalité des normes constitutionnelles veut qu'aucune disposition ne soit en soi supérieure aux autres.

5 Voir aussi PEDRETTI, Minderheitenschutz, pp. 18 s.
6 Cinq initiatives nationales (et de nombreuses cantonales) au total.
7 21 initiatives nationales au total.
8 Sept initiatives nationales au total.
9 Art. 139 al. 3 Cst.
10 Art. 139 al. 3 Cst.
11 Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; RS 0.101).
12 Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte social, PIDESC ; RS 0 103.1) et Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte civil, PIDCP ; RS 0.103.2).

Il est par conséquent depuis longtemps question en Suisse d'étendre les motifs d'invalidité matérielle des initiatives populaires fédérales à la révision partielle de la Constitution fédérale. En 1942 déjà, Hans Nef demandait de considérer les droits humains inhérents et inaliénables comme des limites au droit d'initiative[13]. Si l'on ne compte plus depuis les propositions faites pour étendre ces motifs d'invalidité, aucune solution tant juridiquement que politiquement convaincante n'a été trouvée. Il n'empêche qu'il est nécessaire de fixer une limite au droit d'initiative, de manière à bien signaler que les droits fondamentaux et les droits humains ne sont pas à la merci de la majorité du peuple et des cantons, mais posent plutôt des bornes claires à tous les pouvoirs de l'État, pouvoir constituant y compris.

Les droits fondamentaux et les droits humains comme limite du droit d'initiative

Dans la Principauté du Liechtenstein, c'est l'ensemble du droit supérieur qui fait office de limite matérielle au droit d'initiative[14]. Il ne saurait être question en Suisse de restreindre ce droit à ce point-là : considérer l'ensemble du droit international (y compris certains traités datant d'un certain temps, de moindre importance ou peu légitimes démocratiquement) comme une limite au pouvoir constituant limiterait bien plus fortement le principe démocratique que ce qui est nécessaire pour garantir les droits humains. Le constituant comme le législateur sont autorisés, dans certaines circonstances, à déroger au droit international et à en porter la responsabilité à cet échelon (c'est ce qu'on appelle la « jurisprudence Schubert »). C'est notamment le cas lorsqu'une partie déroge délibérément à un accord bilatéral de libre-échange et s'accommode des éventuelles mesures de rétorsion économiques. En revanche, il n'est en principe pas permis à l'État – et donc pas non plus au pouvoir constituant – de violer les droits fondamentaux et les droits humains (« jurisprudence PKK[15] »), car ces droits servent justement à protéger les individus et les minorités de potentielles violations approuvées par la majorité. Il faut par conséquent considérer les droits fondamentaux figurant dans la Constitution fédérale et les garanties du droit international en matière de droits humains comme des limites au droit d'initiative. On permettrait ainsi tout à fait à l'instance constituante de limiter

13 Nef, Materielle Schranken, pp. 108 ss.
14 Seferovic et Schiess Rütimann, Liechtenstein, p. 427.
15 ATF 125 II 417.

les droits fondamentaux et les droits humains, mais pas de porter atteinte à leur noyau intangible, ni de discriminer des groupes de population, ni encore de limiter de manière disproportionnée l'exercice de ces droits (recommandation a).

Le Tribunal fédéral comme instance décisionnelle

Les motifs d'invalidité ne sont pas le seul aspect à faire débat. Il est aussi question de savoir quelle instance est autorisée à statuer sur la validité des initiatives populaires, et à quel moment elle intervient. On ne saurait se contenter de la solution actuelle, dans laquelle il revient à une autorité politique, l'Assemblée fédérale, de prendre cette décision : ce qu'elle fait en appliquant l'adage *in dubio pro populo* (en cas de doute, l'initiative est validée[16]), même si l'initiative est susceptible de porter atteinte aux droits d'une partie de la population. La question de savoir si une initiative populaire respecte ou pas les droits fondamentaux et les droits humains étant de nature juridique, c'est à un tribunal d'y répondre. La répartition des pouvoirs dans le domaine des droits fondamentaux le veut : le législateur détermine ce qui est d'intérêt public et crée les bases légales pour protéger cet intérêt ; et lorsque ces normes légales limitent des droits fondamentaux, le pouvoir judiciaire est appelé à examiner le cas, et à décider notamment si le principe de proportionnalité est respecté. Il semble donc logique que le Tribunal fédéral examine si les initiatives populaires présentent des motifs d'invalidation et, qu'en tant qu'« autorité judiciaire suprême de la Confédération »[17], il statue sur cette question décisive. Il devrait intervenir le plus en amont possible, mais au plus tard après le dépôt des initiatives.

Le Tribunal fédéral ne dispose pas seulement de l'autorité et de la légitimité nécessaires pour assumer cette fonction, il joue déjà un rôle semblable pour les initiatives cantonales. Quand le parlement ou le gouvernement d'un canton valide une initiative cantonale malgré des doutes sur sa compatibilité avec les droits fondamentaux et les droits humains, le Tribunal fédéral peut la déclarer nulle, ce qui arrive d'ailleurs de temps en temps. Et cette pratique, que personne ne conteste, a fait ses preuves (recommandation a).

16 Rapport du Conseil fédéral sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, FF 2011 3401, 3407.
17 Art. 188 al. 1 Cst.

Lois fédérales contraires aux droits fondamentaux et aux droits humains

Le législateur est, en vertu de la Constitution fédérale, tenu de respecter les droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.). Il n'a toutefois guère de conséquences à craindre à l'échelle fédérale s'il ne s'y tient pas et adopte une disposition contraire à ces droits. La Suisse, contrairement à la majorité des États européens, ne connaît pas de juridiction constitutionnelle complète (c'est-à-dire pas de contrôle de la constitutionnalité par les tribunaux). Cela s'explique d'une part par l'absence à l'échelon fédéral de contrôle abstrait des normes (le fait d'examiner une norme sans trancher une affaire précise)[18] et d'autre part par la limitation du contrôle concret (le fait d'examiner l'application d'une norme à un cas concret). L'article 190 Cst. oblige le Tribunal fédéral à appliquer les lois, même si elles sont contraires au droit constitutionnel. Cette obligation vaut certes aussi pour le droit international, de sorte que le Tribunal fédéral peut renoncer à appliquer des lois fédérales parce qu'elles violent la Convention européenne des droits de l'homme (jurisprudence PKK[19]), mais la jurisprudence rendue n'est pas systématique[20] et ne protège que les garanties – minimales – contenues dans cette convention, et pas les droits fondamentaux figurant dans la Constitution fédérale[21]. Il s'ensuit que la hiérarchie des normes n'est pas appliquée de manière systématique en Suisse et que des modifications de loi adoptées de manière démocratique peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux et aux droits humains. Il est toutefois pratiquement impossible de savoir combien de lois fédérales en vigueur et effectivement appliquées sont contraires aux droits fondamentaux[22].

Cette juridiction constitutionnelle limitée présente aussi un autre grand inconvénient : dans les domaines du droit qui relèvent de la compétence de la Confédération, le Tribunal fédéral n'a pratiquement aucune possibilité de s'exprimer sur les garanties de la Constitution fédérale, de les concrétiser ou de les étendre. Il s'ensuit que la Suisse, contrairement à d'autres États, ne passe pas par un dialogue entre pouvoir législatif et pouvoir judiciaire pour concrétiser les droits

18 Art. 189 al. 2 Cst.
19 ATF 125 II 417.
20 Hertig Randall, Juridiction constitutionnelle, pp. 251 s. et Auer et Griffel, Art. 190 BV, ch. 10.
21 Ne sont pas concernés les art. 8, 9, 12, 19, 24, 26, 27 et 34 Cst. (Auer et Griffel, Art. 190 BV, ch. 15 ; Rhinow, Schefer et Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, ch. m. 2864).
22 Pour des estimations à ce sujet, voir Seiler, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 440 ; Auer et Griffel, Art. 190 BV, ch. 15 ; Hangartner et Looser, SGK zu Art. 190 BV, ch. 4 ; Tschannen, Staatsrecht, par. 8, ch. 9 ; Auer, Verfassungsgerichtsbarkeit, ch. m. 140.

fondamentaux, mais par le seul pouvoir législatif, auquel seule la Convention européenne des droits de l'homme pose des limites. La Cour européenne des droits de l'homme n'a toutefois pas comme mission de guider le développement des droits fondamentaux en Suisse ; sa tâche se limite à appliquer un socle minimum commun à toute l'Europe pour ce qui est des droits garantis par la convention (voir le chapitre 2). À l'échelle fédérale, il revient donc exclusivement au pouvoir législatif de définir la teneur exacte et les limites des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Les individus ou les groupes de personnes dont les libertés et les droits sont ainsi compromis se voient par conséquent privés du droit à un recours efficace.

Dans la perspective des droits fondamentaux, la juridiction constitutionnelle devrait donc s'appliquer aux lois fédérales, même si cette pratique est politiquement mal vue. C'est le seul moyen de concrétiser ces droits fondamentaux également dans les domaines de compétence de la Confédération. La Suisse pourrait ainsi développer sa propre jurisprudence dans tous les domaines des droits fondamentaux et ne plus dépendre, pour le contrôle des lois fédérales, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales

Jusqu'à maintenant, la plupart des interventions politiques visaient à étendre le contrôle concret des normes, c'est-à-dire l'examen dans le cadre d'un cas d'application concret[23]. Il n'y a eu que peu d'appels à permettre aussi un examen abstrait dans certains domaines, à savoir un examen en dehors d'un cas concret[24]. Cela ne manque pas d'étonner si l'on pense à la longue tradition de contrôle abstrait des dispositions cantonales et communales. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral fait d'ailleurs preuve d'une grande retenue en raison du régime fédéraliste de répartition des compétences et du principe de proportionnalité : selon notre statistique, il a été appelé 168 fois à statuer sur des actes cantonaux ou communaux depuis l'entrée en vigueur en 2007 de la loi sur le Tribunal fédé-

23 SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 520.
24 La doctrine se révèle elle aussi en majorité en défaveur du contrôle abstrait des normes (AUER et GRIFFEL, Art. 190 BV, ch. 33, avec renvoi à HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, ch. m. 3 et RHINOW, Verfassungsgerichtsbarkeit, ch. m. 19).

ral en vertu de l'art. 82 al. 2 LTF[25], et n'a accepté – en partie ou en totalité – que 51 recours[26]. On ne voit pas pour quelle raison il ne devrait pas en aller de même à l'échelon fédéral.

La Constitution fédérale permet déjà d'adopter des lois qui prévoient des exceptions à l'interdiction du contrôle abstrait[27]. Les possibilités en la matière sont certes limitées, puisque l'obligation d'appliquer les normes, inscrite à l'art. 190 Cst.[28], ne saurait être contournée de cette manière, mais il serait tout de même concevable de commencer par procéder, sur la base du droit constitutionnel en vigueur, à des extensions ponctuelles qui seraient déjà précieuses. Nous recommandons ici deux extensions (recommandation b) :

1. En situation de crise, le Conseil fédéral peut lui aussi fortement limiter des droits fondamentaux, alors qu'en temps normal seul le pouvoir législatif, qui jouit d'une plus forte légitimation démocratique, y est autorisé. Malgré ces compétences étendues, les ordonnances d'urgence du gouvernement ne peuvent actuellement faire l'objet que d'un contrôle sur la base d'un cas concret, et la démarche dure parfois si longtemps que l'intérêt juridique à protéger s'éteint en cours de procédure[29]. Il semble donc indispensable de prévoir la possibilité d'attaquer de manière générale et abstraite les ordonnances d'urgence du Conseil fédéral, qui seraient de la sorte plus légitimes et mieux acceptées. Afin de laisser toutefois au Conseil fédéral la marge de manœuvre nécessaire pour gérer les crises, ces recours pourraient être privés d'effet suspensif.
2. En réaction aux attentats contre le World Trade Center en 2001, le Bundestag en Allemagne a adopté en 2005 une disposition permettant d'abattre, en cas d'urgence, un avion de ligne détourné par des kamikazes. Celle-ci a été déclaré nulle par la Cour constitutionnelle allemande en 2006, qui a estimé qu'utiliser des passagers·ères comme de simples objets dans le cadre d'une opération de sauvetage visant à protéger d'autres personnes

25 Loi du 17.06.2005 sur le Tribunal fédéral (loi sur le Tribunal fédéral, LTF ; RS 173.110).
26 CSDH, Contrôle abstrait des normes (15.06.2022). Le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière dans 27 cas et a rejeté les recours dans 90 autres.
27 Rhinow, Schefer et Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, ch. m. 2942. Jusqu'à présent, le législatif n'a fait usage de sa compétence selon l'art. 189 al. 4, 2e phrase, Cst. qu'avec des décisions du Conseil fédéral (Haller, SGK zu Art. 189 BV, ch. 61 ; Seferovic, BSK zu Art. 189 BV, ch. 62).
28 Biaggini, OFK zu Art. 189 BV, ch. 20 ; Hangartner et Looser, SGK zu Art. 190 BV, ch. 9.
29 Voir ATF 131 II 670, consid. 2.

était contraire à la dignité humaine[30]. En Suisse, dans un cas similaire et contrairement à l'Allemagne, le contrôle concret serait le seul moyen d'attaquer une telle norme. Il faudrait donc attendre qu'un avion soit abattu pour pouvoir soumettre cette disposition à un tribunal. Devoir attendre que des détenteurs·trices de droits fondamentaux aient effectivement subi une atteinte au noyau intangible de leurs droits fondamentaux pour pouvoir agir n'est pas raisonnable et ne permet pas de protéger à temps les citoyen·ne·s contre de graves et irréparables violations de leurs droits fondamentaux. C'est pourquoi le contrôle abstrait des normes doit être possible lorsque le noyau intangible même des droits – la dignité humaine – est en jeu.

Lorsqu'ils procèdent au contrôle abstrait d'une norme, les tribunaux sont appelés à se prononcer à un moment où il n'est pas encore possible de cerner précisément quelles en seront les conséquences pour les droits humains. Un exemple provenant de l'étranger montre comment les tribunaux peuvent agir dans de telles situations :

Bonne pratique : Devoir d'observation et d'amélioration

En Allemagne, la Cour constitutionnelle a la compétence d'abroger les lois contraires à la Loi fondamentale. Lorsque les conséquences d'une loi ne sont de prime abord pas manifestes, elle s'abstient cependant de le faire, mais impose au législatif un devoir « d'observation et d'amélioration ». Elle le charge par exemple de relever des données permettant d'évaluer les effets de la loi en question sur les droits fondamentaux[31].

Outre ce contrôle abstrait des normes (au moins ponctuel), il s'agit aussi de prévoir un contrôle concret des lois fédérales. Les interventions allant dans ce sens ont régulièrement échoué dans l'arène politique, car un tel contrôle soulève une série de questions complexes relevant du droit constitutionnel[32]. Il faut par conséquent poursuivre le débat politique sur le rôle de la justice dans la concrétisation des droits humains.

30 Voir BVerfG (Cour constitutionnelle fédérale allemande), Urteil des ersten Senats vom 15.02.2006, BvR 357/05.

31 FLÜCKIGER, Évaluation législative, pp. 156 ss.

32 Notamment concernant les motifs de recours, l'organisation de la juridiction ainsi que les conséquences des violations de la Constitution (voir notamment HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle, pp. 336 ss ; SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, pp. 528 ss et RHINOW, Verfassungsgerichtsbarkeit, ch. m. 38).

Comme premier pas vers un contrôle général de la constitutionnalité des lois fédérales, il semble indiqué de codifier la jurisprudence PKK, dans l'ensemble incontestée, pour la renforcer et encourager son application systématique. La jurisprudence PKK est source d'équilibre entre démocratie et État de droit : elle permet au pouvoir législatif de déroger consciemment aux engagements internationaux de la Suisse, mais pose des limites à sa volonté lorsque des garanties fondamentales des droits humains sont touchées. Dans ce dernier cas, ce n'est en effet pas le peuple dans son ensemble qui subit les conséquences de sa décision (en raison par exemple de mesures de rétorsion relevant du droit international), mais bien les individus dont les droits et libertés fondamentales ne sont pas respectées. Les garanties des conventions internationales et de la Constitution fédérale sont justement là pour assurer à chaque individu que ses droits et libertés seront respectées, même si la majorité veut les bafouer. Tout le monde doit pouvoir soumettre les décisions de la majorité à des tribunaux indépendants afin de faire respecter ses droits et libertés fondamentales (recommandations c et d).

La jurisprudence PKK ne concerne que les garanties fondamentales du droit international, et pas les droits fondamentaux figurant dans la Constitution, pourtant eux aussi de rang supérieur. Il est par conséquent important d'examiner aussi des mesures plus poussées, qui renforcent le dialogue entre le Tribunal fédéral et l'Assemblée fédérale et permettent ainsi de rendre le rapport entre démocratie et État de droit plus équilibré. Voici nos recommandations en la matière :

1. Actuellement, la Constitution prévoit une obligation d'appliquer les normes, mais pas une interdiction de les examiner. Le Tribunal fédéral peut donc, même là où il est tenu d'appliquer la législation, rendre des décisions incitatives (ou injonctions) et appeler ainsi le législatif à adapter la norme. Ces injonctions sont toutefois rares[33], en raison tant de la retenue généralement observée par le Tribunal fédéral que du caractère peu attirant des recours en la matière. Il serait par conséquent judicieux, pour améliorer la sécurité juridique, de compléter l'obligation d'appliquer les normes par une obligation de les examiner, et donc d'obliger le Tribunal fédéral à s'expri-

33 HANGARTNER et LOOSER, SGK zu Art. 190 BV, ch 11 et STEINMANN, Präventive Rechtskontrolle, p. 375. Il est difficile d'établir le nombre de ces décisions incitatives, car elles ne font pas l'objet d'un catalogue distinct et ne sont pas non plus toujours explicitement désignées comme telles (LEUZINGER, Hinweise Bundesgericht, ch. m. 15). Une recherche avec le mot-clé « Décision incitative » ou « Appellentscheid » dans la base de données du Tribunal fédéral donne 68 arrêts, dont 13 arrêts de principe.

mer sur leur conformité au droit supérieur. De plus, une assistance judiciaire gratuite devrait être garantie lorsque le recours revêt une importance pour l'évolution des droits fondamentaux en Suisse, mais que l'utilité que la personne recourante peut en tirer est très faible dû à l'obligation faite aux juges d'appliquer la norme. Enfin, afin de faciliter le débat scientifique et politique au sujet des décisions incitatives, il faudrait faire en sorte que ces dernières soient plus faciles à trouver, par exemple en leur ajoutant une appellation spécifique (recommandations e, f et g).

2. Depuis 2007, le Tribunal fédéral tient dans son rapport de gestion une rubrique intitulée « Indications à l'intention du législateur », dans laquelle il pointe du doigt les lacunes de la législation. Il s'y exprime non seulement sur des erreurs de traduction, des lacunes législatives et d'autres incohérences[34], mais aussi sur des normes dont l'application se révèle ou pourrait se révéler problématique. Depuis lors, il a soulevé 12 cas dans lesquels la législation présentait des lacunes du point de vue des droits fondamentaux et des droits humains[35]. Tandis que certaines de ces indications s'inspiraient de ses propres injonctions[36], d'autres reposaient sur la jurisprudence internationale. Le Tribunal fédéral a ainsi attiré l'attention du législateur sur la coexistence des procédures pénale et administrative que suit actuellement le retrait de permis de conduire, estimant qu'en vertu d'une décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme[37], il n'était pas exclu qu'elle puisse être déclarée non conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. Afin de rendre plus visible le rapport de gestion du Tribunal fédéral et d'institutionnaliser le dialogue entre pouvoir judiciaire et pouvoir législatif, il serait indiqué que l'Assemblée fédérale prenne chaque année officiellement connaissance de ce rapport (recommandation h).

34 Voir par ex. Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2007, p. 18 et 21; Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2008, p. 16 ; Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2009, p. 16 ; Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2013, p. 17 et Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2016, p. 14.

35 Parmi lesquels quatre portaient sur des garanties procédurales, et cinq sur une lacune concernant la base légale.

36 Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2011, p. 20.

37 Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2010, p. 17.

Amélioration de la procédure législative

Tant que la juridiction constitutionnelle sera limitée en Suisse, il faudra également penser aux moyens d'identifier au stade le plus précoce possible du processus politique les potentielles violations des droits fondamentaux et des droits humains, et empêcher leur survenue. Il convient donc d'aborder ici les possibilités de renforcer ce contrôle préventif de la conformité au droit.

Des personnes extérieures à l'administration et au Parlement participent sans cesse à la formation de l'opinion et à la prise de décision inhérentes à tout processus législatif[38]. La procédure de consultation, qui constitue l'un des éléments essentiels de ces démarches, vise actuellement avant tout à aboutir à un projet capable de résister à un éventuel référendum. Or, les violations des droits humains touchent souvent des groupes ne bénéficiant pas d'une assise assez forte au sein de la société pour pouvoir brandir la menace d'un référendum. De modestes adaptations permettraient déjà de rendre les procédures de consultation plus inclusives. Il serait par exemple indiqué d'inclure les organisations de défense des droits humains dans la liste des entités systématiquement invitées à donner leur avis[39] et de prévoir des mécanismes spécifiques pour les groupes vulnérables, tels que la possibilité de communiquer les prises de position par oral (recommandations i et j)[40].

On peut s'attendre à ce que l'Institution nationale des droits de l'homme (INDH) dont la Suisse va se doter devienne une voix importante lors des procédures de consultation. Il faut toutefois qu'elle dispose de compétences plus étendues que celles prévues dans la loi qui lui est actuellement consacrée si l'on veut qu'elle puisse jouer effectivement son rôle de défenseure des droits fondamentaux et des droits humains[41]. En Allemagne par exemple, l'INDH présente chaque année au Bundestag un rapport sur l'évolution de la situation en matière de droits

38 Voir par ex. l'art. 57 al. 1 de la loi du 21.03.1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010) et l'art. 45 al. 1 let. b et c de la loi du 13.12.2012 sur l'Assemblée fédérale [loi sur le Parlement, LParl ; RS 171.10]).

39 Ce privilège est accordé aux organisations économiques qui, bien que l'art 147 Cst. ne les mentionne pas, comptent maintenant parmi les organismes systématiquement invités à exprimer leur avis (art. 4 al. 2 de la loi fédérale du 18.03.2005 sur la procédure de consultation [loi sur la consultation, LCo ; RS 172.061]).

40 Pour des recommandations supplémentaires concernant la protection des personnes et des groupes vulnérables, voir le chapitre 6.

41 Voir l'objet du Conseil fédéral 19.073 « Mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme. Loi fédérale ».

humains[42], rapport qui fait ensuite l'objet d'un débat[43] et stimule donc une « attitude autocritique »[44] de la part du législateur. Il serait sans aucun doute souhaitable que la future INDH suisse établisse des rapports à l'intention de l'Assemblée fédérale et s'y exprime notamment sur le programme de législature (recommandation k).

On ne saurait toutefois faire reposer sur les seuls acteurs externes la responsabilité de soulever les questions relevant des droits fondamentaux et des droits humains dans les processus législatifs. Il est par conséquent important de renforcer les services de l'administration fédérale compétents en la matière, en particulier l'Office fédéral de la justice (OFJ) et la Direction du droit international public (DDIP)[45]. Une comparaison avec d'autres pays montre en effet que les compétences et les moyens que la Suisse consacre à ce domaine sont plutôt limités[46]. Temps, personnel et indépendance manquent pour procéder à un examen approfondi[47]. Il faut donc débloquer des ressources en personnel et prévoir une indépendance accrue, en inscrivant par exemple dans l'ordonnance d'organisation que l'OFJ et la DDIP travaillent sans recevoir d'instructions lorsqu'ils assurent le suivi de l'activité législative ; en outre, il faut absolument que ces deux organes puissent prendre à nouveau position lors de la procédure de co-rapport (recommandation l).

Le Conseil fédéral est tenu, en vertu de la loi sur le Parlement[48], de faire le point dans son message sur la conformité des futurs actes à la législation, à la Constitution et au droit international. Ses commentaires étant d'ordinaire sommaires[49], l'aide-mémoire sur les messages précise depuis 2015 que « si la ques-

42 Par. 2 ch. 5 de la *Deutsches Gesetzes über die Rechtsstellung und Aufgaben des Deutschen Instituts für Menschenrechte* du 16.07.2015 (DIMRG) (Loi allemande sur le statut juridique et les missions de l'Institut allemand des droits humains [traduction libre]).

43 Voir par exemple DEUTSCHER BUNDESTAG, Plenarprotokoll 19/15, pp. 27128 ss.

44 DIMR, Bericht, p. 5.

45 Voir art. 7 al. 2 de l'ordonnance du 17.11.1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP ; RS 172.213.1) et l'art. 8 al. 2 let. a de l'ordonnance du 20.04.2011 sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères (Org DFAE ; RS 172.211.1).

46 En Allemagne, cette tâche est accomplie notamment au sein d'unités spécialisées du ministère fédéral de la justice. Après avoir examiné le projet de norme, ce ministère donne son aval en attestant officiellement ne pas avoir d'objection juridique à son adoption. Si sa conclusion est négative, le projet n'est pas soumis au vote (Rapport du Conseil fédéral sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, FF 2010 1989, 2029 ; BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, Handbuch, ch. m. 8 ss.). L'Autriche s'est elle aussi dotée d'une procédure d'expertise interne à l'administration (LIENBACHER, Präventive Rechtskontrolle, pp. 405 ss.).

47 FF 2010 1989, 2015 s. et 2018 s. BIAGGINI parle de « *vorprogrammierte Überforderung* » (« surcharge programmée ») de l'OFJ (BIAGGINI, Präventive Rechtskontrolle, p. 313).

48 Art. 141 al. 2 let. a LParl.

49 FF 2010 1989, 2015 et BIAGGINI, Präventive Rechtskontrolle, p. 318.

tion de la compatibilité du projet d'acte avec le droit fédéral supérieur a donné lieu dans le cadre de la procédure de consultation à des appréciations divergentes d'une certaine portée ou si la doctrine et la pratique ne sont elles-mêmes pas unanimes à cet égard, on exposera clairement les différents points de vue pour les soumettre à un examen critique »[50]. Cette exigence semble d'autant plus fondée qu'elle rend le processus plus transparent et soutient dans leurs décisions les acteurs qui s'engagent pour un État de droit consolidé.

Une évaluation des messages des années 2015, 2016, 2019, 2020 et 2021 montre toutefois qu'encore seule une minorité d'entre eux contiennent des commentaires à ce sujet, que ces derniers sont généralement très sommaires et que dans quatre cas seulement le Conseil fédéral a consacré un chapitre à la question de la compatibilité du projet de loi avec les droits fondamentaux. Les messages n'abordent pas ouvertement les divergences de vue au sein de l'administration fédérale et ne relaient presque pas les voix critiques de la doctrine[51]. Cette pratique s'explique en partie par la loi, qui précise que le Conseil fédéral n'est tenu de faire le point sur ces sujets que « dans la mesure où des indications substantielles peuvent être fournies »[52] . Il serait donc utile d'envisager de rendre la teneur de la loi sur le Parlement plus proche de celle de l'aide-mémoire sur les messages (recommandation m).

Une fois que le gouvernement a transmis son projet d'acte au Parlement, il n'y a actuellement plus de contrôle juridique systématique : les propositions de modification faites au sein des commissions ou en séance plénière ne font pas l'objet d'une vérification de conformité au droit supérieur. Une manière d'améliorer l'autocontrôle des parlementaires serait de créer une commission ad hoc, comme l'a fait la Finlande : dans ce pays, une « Commission de la Constitution » composée de 17 parlementaires donne, à la demande du gouvernement ou du Parlement, des avis sur la conformité des projets de loi au droit supérieur, et cette étape est même obligatoire en cas de doute sur la compatibilité avec les engagements relatifs aux droits humains[53]. Même si les avis de cette commission ne sont pas juridiquement contraignants, cette procédure permet de rendre les

50 CHANCELLERIE FÉDÉRALE, Aide-mémoire sur les messages, pp. 44 s. Cette modification, publiée dans la FF 2010 1989, 2061, a été appliquée en 2015 selon la Chancellerie fédérale.
51 Au total 311 messages ont été analysés (état au 30.09.2021).
52 Art. 141 al. 2 LParl.
53 Voir article 74 de la Constitution finlandaise du 11.06.1999 et FF 2010 1989, 2031.

décisions parlementaires plus conformes à l'État de droit, en cela qu'elle stimule l'autocritique. Il est intéressant de constater que certains cantons connaissent des modèles similaires (recommandation n)[54] :

Bonne pratique : Contrôle de qualité assuré par une commission mixte

Dans le canton de Berne, la Commission de rédaction du Grand Conseil examine la qualité rédactionnelle et juridique des projets d'actes constitutionnels et législatifs et vérifie notamment s'ils ne sont pas contraires au droit supérieur[55]. Contrairement à ce qui se fait dans la plupart des autres cantons, la majorité des membres de cette commission ne proviennent pas du Grand Conseil, mais sont des spécialistes externes du droit et de la langue. Un représentant de l'Université de Berne et trois des autorités judiciaires cantonales suprêmes en font actuellement partie[56].

Une fois la procédure parlementaire terminée, le peuple est parfois amené à se prononcer. En vue de cette votation, le Conseil fédéral informe les votant·e·s via notamment sa brochure d'explication, qui constitue une importante source d'information pour bon nombre de citoyen·ne·s. En mettant en avant les éventuelles lacunes du projet du point de vue de l'État de droit, le Conseil fédéral donnerait au peuple davantage d'outils pour mener sa propre réflexion sur le sujet, sans pour autant limiter sa liberté de vote (recommandation m).

Une fois qu'une loi est en vigueur, les autorités chargées de sa mise en œuvre – notamment les administrations et les cours de justice – sont dans l'obligation de l'appliquer de manière conforme aux droits fondamentaux et de signaler les éventuels problèmes qu'elle soulève du point de vue de l'État de droit. Le pouvoir législatif est lui aussi tenu d'examiner les conséquences de sa loi et de chercher à l'améliorer s'il s'avère qu'elle entre en conflit avec le droit supérieur. Pour ce faire, une obligation d'évaluer les actes à la lumière des droits fondamentaux, comme celle qu'a introduite le canton de Genève, peut être utile. L'indépendance de la future INDH ferait d'elle une entité adéquate pour un tel contrôle (recommandation o) :

54 SCHUHMACHER et CAUSSIGNAC, Legistische Qualität, p. 53.
55 SCHUHMACHER et CAUSSIGNAC, Legistische Qualität, pp. 54 et 58.
56 Art. 98 al. 1 de la loi du 04.06.2013 sur le Grand Conseil (LGC ; RSB 151.21) et art. 134 al. 2 du règlement du 04.06.2013 du Grand Conseil (RGC ; RSB 151.211).

Bonne pratique : Évaluation en matière de droits fondamentaux

La Constitution du canton de Genève prévoit, à son article 42, que la concrétisation des droits fondamentaux fera l'objet d'une évaluation périodique indépendante. Les autorités genevoises n'ayant rien mis en œuvre pour appliquer cet article, un réseau d'organisations de défense des droits humains a présenté son propre rapport d'évaluation. L'objectif de ce réseau était également de lancer le débat sur la mise en œuvre de l'article constitutionnel en question, en soulevant notamment la question de savoir à quel organe confier cet examen.

Constitutions cantonales

Avant d'entrer en vigueur, les constitutions cantonales doivent être garanties par l'Assemblée fédérale[57], et cette garantie comprend un contrôle tant politique que juridique[58]. Cette manière de faire, qui a ses raisons historiques, n'est à bien des égards plus satisfaisante aujourd'hui. Rien ne s'oppose à ce que l'on confie à un organe politique la responsabilité de décider si la constitution d'un État membre est suffisamment « démocratique » pour s'insérer dans le droit national. En revanche, la question de savoir si une norme constitutionnelle respecte ou non le droit supérieur – et notamment les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale – est d'ordre juridique. Elle devrait par conséquent être tranchée par des tribunaux.

Le Tribunal fédéral refuse systématiquement de procéder à un contrôle abstrait des constitutions cantonales[59]. Et ce n'est que depuis 1985 qu'il examine, dans des cas concrets, la conformité de dispositions constitutionnelles cantonales avec le droit supérieur. Il ne le fait toutefois que lorsque le droit supérieur en question n'a pas pu être pris en compte lorsque l'Assemblée fédérale a accordé sa garantie, car il n'était pas encore en vigueur[60]. Cette jurisprudence crée une délicate lacune dans notre dispositif légal, puisqu'elle revient pratiquement à refuser l'accès à un tribunal indépendant à toute personne dont les droits et libertés sont limitées par une constitution cantonale. La pratique du Tribunal fédéral, de l'aveu même de ce dernier, fait par conséquent l'objet de critiques fondées,

57 Art. 51 al. 2 Cst.
58 Belser et Masügger, BSK zu Art. 51 BV, ch. 45.
59 ATF 118 Ia 124, consid. 3a.
60 ATF 111 Ia 239, consid. 3b.

et pour ainsi dire unanimes[61]. L'immunité des constitutions cantonales que l'on observe en Suisse représente par ailleurs une exception parmi les États fédéraux. En Autriche par exemple, la conformité des lois des *Länder* avec le droit supérieur peut faire l'objet d'un contrôle tant abstrait que concret[62].

La règlementation actuelle n'est pas non plus satisfaisante d'un point de vue pratique. Si, comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral ne peut exercer qu'un contrôle très limité sur les normes figurant dans les constitutions cantonales, il est en revanche libre de procéder à un contrôle tant abstrait que concret des actes législatifs qui mettent en œuvre ces normes constitutionnelles. Ce hiatus peut être source de discordances dans l'évolution du droit, comme le montre l'exemple des circonscriptions électorales : alors que le Tribunal fédéral avait abrogé plusieurs dispositions cantonales et communales ne respectant pas l'égalité en matière de droit de vote[63], il s'en est fallu de peu que l'Assemblée fédérale ne garantisse une disposition similaire figurant dans une constitution cantonale[64] – et cela, bien que le Conseil fédéral, dans son message, ait clairement établi que le paragraphe en question était contraire au droit fédéral[65].

Enfin, la jurisprudence de la cour de Mon-Repos génère aussi une inégalité de traitement entre dispositions constitutionnelles. La validation d'une initiative populaire cantonale peut être attaquée auprès du Tribunal fédéral au moyen d'un recours en matière de droit de vote[66]. S'il est saisi, le Tribunal examine la conformité de l'initiative avec le droit supérieur. S'il ne l'est pas, l'Assemblée fédérale peut accorder sa garantie, ce qui immunise la norme en question de tout contrôle par les juges. Qui n'a pas fait recours se prive donc des voies de droit que lui accorde la loi.

La Constitution et la législation n'excluent pas d'emblée le contrôle abstrait de dispositions figurant dans les constitutions cantonales[67], mais il faudrait, pour qu'il soit possible, que la loi déclare recevable les recours contre la garantie donnée par l'Assemblée fédérale. S'agissant du contrôle concret des normes, le

61 ATF 111 Ia 239, consid. 3b. Confirmé dans l'ATF 131 I 126, consid. 3.2.
62 Art. 140 Bundes-Verfassungsgesetz Österreich du 19.12.1945 (B-VG) (*Constitution fédérale de l'Autriche*) et art. 62 à 65a Verfassungsgerichtshofgesetz Österreich 1953 (VfGG) (*loi sur le tribunal constitutionnel de l'Autriche*).
63 ATF 136 I 376, consid. 4.5 et ATF 129 I 185, consid. 7.4 à 7.6.
64 Le Conseil national a refusé d'accorder sa garantie par 100 voix contre 91 (arrêté fédéral accordant la garantie fédérale au paragraphe 48, al. 3 de la Constitution du canton de Schwyz, objet 12.070, vote n° 8665 du 18.03.2013).
65 Message concernant la garantie de la constitution du canton de Schwyz, FF 2012 7331, 7335.
66 Art. 82 let. c et art. 88 al. 1 let. a LTF.
67 Belser et Masügger, BSK zu Art. 51 BV, ch. 47 ; Biaggini, OFK zu Art. 51 BV, ch. 25.

droit actuellement en vigueur le permettrait en revanche déjà sans conditions. La grande retenue dont fait preuve le Tribunal fédéral au moment d'examiner les normes constitutionnelles cantonales n'est dès lors ni appropriée ni logique. Pour que les voies de droit soient efficaces, il faut au contraire qu'il entre en matière lorsque des recours relatifs aux droits fondamentaux lui sont présentés, qui exigent à titre préjudiciel un contrôle d'une norme constitutionnelle cantonale (recommandation p).

Recommandations

Initiatives populaires

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a Le Tribunal fédéral ne valide pas les initiatives populaires contraires aux droits fondamentaux inscrits dans la Constitution fédérale ou aux droits humains garantis par le droit international.

Lois fédérales

Le CSDH est d'avis qu'il faut pouvoir contrôler la constitutionnalité des lois fédérales, et cela de manière illimitée, c'est-à-dire tant dans le cadre d'un cas d'application concret que de manière abstraite. Cette proposition n'a toutefois aucune chance sur l'échiquier politique actuellement.

Dans ces circonstances, pour la meilleure protection des droits humains possible en Suisse :

b Le Tribunal fédéral examine la constitutionnalité des ordonnances d'urgence du Conseil fédéral et les potentielles violations du noyau intangible des droits fondamentaux et cela, en dehors également de tout cas d'application.

c Une loi dispose que les garanties fondamentales en matière de droits humains priment les lois fédérales (jurisprudence PKK).

d Le Tribunal fédéral applique de manière systématique la jurisprudence PKK.

e Le Tribunal fédéral procède à un contrôle de constitutionnalité des dispositions légales lorsqu'il est saisi d'un recours (devoir de contrôle).

f La gratuité des frais de justice est accordée aux victimes présumées de violations de droits fondamentaux tombant sous le coup de l'obligation d'appliquer.

g Toutes les décisions du Tribunal fédéral qui enjoignent au législateur de modifier des lois en vigueur (injonctions ou « décisions incitatives ») sont explicitement désignées comme telles.

h L'Assemblée fédérale prend officiellement connaissance une fois par an des rapports de gestion du Tribunal fédéral.

i Les organisations de défense des droits humains figurent parmi les organismes systématiquement invités à répondre aux consultations.

j Des mécanismes ad hoc garantissent que les groupes vulnérables participent et sont entendus dans le cadre de procédures de consultation.

k La nouvelle INDH présente chaque année un rapport à l'Assemblée fédérale et prend position sur le programme de législature.

l L'administration fédérale dispose de compétences et de moyens suffisants pour procéder au contrôle préventif de conformité aux droits fondamentaux et aux droits humains.

m Dans ses messages et dans ses brochures d'explication, le Conseil fédéral met l'accent sur les problèmes que soulèvent les projets d'acte du point de vue de l'État de droit.

n Une commission parlementaire fédérale ad hoc est chargée d'étudier les questions relevant des droits fondamentaux et des droits humains.

o La nouvelle INDH évalue une fois par an la concrétisation des droits fondamentaux.

Constitutions cantonales

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

- Le Tribunal fédéral examine de manière abstraite et concrète la conformité des dispositions constitutionnelles cantonales avec la Constitution fédérale.

2 Les atouts du fédéralisme pour les droits humains

Eva Maria Belser et Sandra Egli

Introduction

Cas pratique : Un canton ne respecte pas des normes minimales

La prison de Champ-Dollon, dans le canton de Genève, est surpeuplée depuis des années. Cet établissement conçu pour 398 personnes en a hébergé jusqu'à 900, ce qui correspond à un taux de suroccupation de 233 %. Des organismes tant nationaux qu'internationaux actifs dans le domaine des droits humains ont à plusieurs reprises qualifié d'intenables les conditions de détention qui y règnent. En 2014, le Tribunal fédéral a considéré, dans un arrêt de principe, que le manque de place conjugué à d'autres éléments tels que les longs isolements était susceptible de bafouer la dignité humaine. Or, sept ans après cette prise de position on ne peut plus claire, les problèmes persistent, puisque la surpopulation était encore de 151 % à la fin 2020.

Cas pratique : Le Conseil fédéral présente des rapports incomplets

En décembre 2020, le Conseil fédéral a adopté le dernier rapport périodique de la Suisse sur l'application de la Convention des droits de l'enfant. Au sujet de l'inclusion des enfants porteurs de handicap dans les écoles ordinaires, il se limitait à indiquer que la législation de plusieurs cantons prévoyait la primauté de la scolarisation intégrée sur la scolarisation séparée ; il ne précisait pas dans combien de cantons c'est le cas (trois, quatre, dix ?), ni comment les autres cantons encouragent l'intégration de ces élèves. Pour ce qui est des enfants sans permis de séjour, il assurait dans ce même rapport que leur scolarisation était pratique courante dans la plupart des cantons, et notamment dans les centres urbains de Genève, Zurich, Bâle-Ville et Berne, sans préciser dans quels cantons la scolarisation des enfants sans-papiers n'est pas assurée, ni ce que la Confédération entreprend pour y remédier. Et il ne s'agit pas là du seul rapport de la Suisse à l'intention des Nations Unies qui dresse un tableau incomplet de la situation dans les cantons et ne fournit par conséquent pas une image représentative de la situation des droits humains dans notre pays.

Tout comme la démocratie, le fédéralisme peut consolider les droits fondamentaux et les droits humains ou au contraire entraver leur réalisation[1]. S'il permet aux cantons et aux communes de se mettre à l'écoute des citoyen·ne·s pour concrétiser droits et libertés, d'expérimenter de nouveaux droits et mécanismes d'application ainsi que de consolider et d'étendre les droits humains, dans une démarche ascendante, il peut aussi retarder la mise en œuvre de nouvelles dispositions et compliquer les procédures contre les violations de ces droits. Tout l'enjeu consiste par conséquent à faire en sorte que le fédéralisme favorise le plus possible les droits humains. La question de savoir comment y parvenir est l'objet du présent article.

Analyse

Au sein des organismes internationaux de défense des droits humains, le fédéralisme est souvent vu comme un danger. Les différents organes de traités des Nations Unies se sont presque tous déclarés préoccupés par la structure fédéraliste de la Suisse – ainsi que par celle d'autres États fédéraux –[2], exigeant périodiquement davantage d'engagement de la Confédération, soit sous forme d'une meilleure coordination, soit sous celle d'une harmonisation de la législation à l'échelle fédérale[3]. Dans les milieux suisses de défense des droits humains également, des voix s'élèvent régulièrement pour réclamer des interventions descendantes[4].

Un retour sur l'histoire suisse suffit à faire comprendre que les solutions nationales ne sont pas forcément synonymes de progrès et que la Confédération ne fait souvent que reprendre les pratiques de cantons ou communes novateurs. Pendant longtemps en effet, les cantons ont été les principaux moteurs du déve-

1 Ce chapitre se fonde sur CSDH, État des lieux questions institutionnelles et BELSER, Federalism. Les exemples cités dans le cas pratique « Le Conseil fédéral présente des rapports incomplets » proviennent de CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport périodique Droits des enfants, ch. 158 et 224.

2 Pour des exemples, voir BELSER, Federalism, pp. 64 ss ; CSDH, État des lieux questions institutionnelles, ch. m. 18 ; WYTTENBACH, Bundesstaaten, pp. 64 ss ; SPENLÉ et SKALSKI, Staatenberichtsverfahren, ch. m. 56 ss.

3 CSDH, État des lieux questions institutionnelles, ch. m. 19 ; BELSER, Federalism, pp. 64 ss.

4 Au sujet des normes régulant les placements d'enfants hors de leur environnement familial, voir RÉSEAU SUISSE DES DROITS DE L'ENFANT, Rapport des ONG, p. 52 ; pour ce qui est de la législation relative à l'aide sociale, voir UFS, Nationale Regelung (12.07.2021).

loppement des droits fondamentaux[5]. Lorsque le Tribunal fédéral, au milieu du XX^e siècle, commence à reconnaître des droits fondamentaux non écrits, il s'inspire de leurs constitutions. Ainsi, au moment de faire du droit à la liberté personnelle un droit fondamental non écrit, en 1963, il motive sa jurisprudence par le fait que cette liberté jouit déjà d'une protection étendue dans la plupart des constitutions cantonales[6]. Et aujourd'hui encore, plusieurs constitutions cantonales garantissent des droits qui, à l'échelon fédéral, ne sont pas reconnus, ou du moins de manière plus restrictive. Le droit à un environnement sain, par exemple, figure depuis 2012 dans la constitution du canton de Genève, alors que ce n'est que tout récemment, près de dix ans plus tard, qu'un tel droit a été reconnu par les Nations Unies[7]. Le débat autour de l'inscription de ce droit dans la Constitution fédérale, lui, ne fait que commencer[8].

Dans le domaine des droits politiques également, divers exemples montrent que l'autonomie accordée aux régions peut être source de nouveaux droits : plusieurs cantons et communes de Suisse ont accordé le droit de vote ou d'éligibilité aux étrangers et étrangères[9], aux jeunes[10] et aux personnes incapables de discernement[11], alors qu'à l'échelon fédéral les tentatives d'étendre les droits politiques ont toutes échoué jusqu'ici (voir le chapitre 6).

L'importance de l'autonomie cantonale tient aussi au fait que de nombreux problèmes du vivre-ensemble se manifestent d'abord au niveau local. Les échelons les plus bas d'un État constituent par conséquent des antennes fiables pour identifier les nouvelles menaces ainsi que les nouveaux besoins et enjeux. En cas de crise, cantons et communes sont en outre capables de réagir de manière plus rapide et plus souple que Berne. On l'a très bien vu pendant la pandémie de COVID-19 : ce sont les villes qui ont réagi lorsqu'il s'est avéré que l'aide sociale ordinaire, conditionnée par la législation sur la migration, excluait de nom-

5 CSDH, CEDH et cantons, p. 1; BESSON, Fédéralisme, p. 21 et BELSER, Kantonale Grundrechte, pp. 70 ss.
6 ATF 98 I 92, consid. 3.
7 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Résolution 48/13, Droit à un environnement sûr, propre, sain et durable, 05.10.2021, A/HRC/48/L.23/Rev.1.
8 Motion Schlatter 21.436 du 19.03.2021 « Consacrer le droit à un environnement sain et les droits de la nature » ; concernant le sujet de manière générale, voir CSDH, Recht auf Umwelt.
9 Voir OFS, Droit de vote et éligibilité (12.07.2021).
10 Le canton de Glaris accorde le droit de vote dès 16 ans (art. 56 al. 1 constitution du 01.05.1988 du canton de Glaris [Constitution du canton de Glaris, Cst-GL ; RS 131.217]).
11 Dans le canton de Genève, les personnes durablement incapables de discernement peuvent maintenant exercer leurs droits politiques (suppression de l'art. 48 al. 2 constitution du 14.10.2012 de la République et canton de Genève [Constitution du canton de Genève, Cst-GE ; RS 131.234]).

breuses personnes dans le besoin. La ville de Zurich, par exemple, a alors lancé un projet pilote de soutien financier aux personnes qui ne pouvaient bénéficier de l'aide sociale par crainte des conséquences[12].

Ces exemples montrent bien que l'uniformisation du droit ne saurait être un objectif en soi de la protection des droits humains sur le plan international et sur le plan national. Il s'agit plutôt de garantir des normes minimales qui fixent un seuil à respecter[13]. Il est non seulement permis, mais aussi souhaité, que les pays, cantons ou communes prévoient une protection plus étendue. Les innovations à l'échelle locale garantissent la capacité d'adaptation des droits humains et encouragent les évolutions sur le plan régional comme mondial.

Le fédéralisme et la variété de solutions qui est son corollaire peuvent donc avoir un effet favorable sur les droits humains. Le contraire peut aussi être vrai, comme le montrent les cas pratiques présentés en début de chapitre. Les voix qui, en Suisse ou à l'étranger, dénoncent une répartition floue des compétences ainsi que des inégalités choquantes pointent du doigt de sérieuses lacunes qui ne sont pas sans lien avec la structure fédéraliste de la Suisse. Les principaux chantiers dans le domaine sont les suivants :

- les mécanismes garantissant le respect des normes minimales internationales et nationales par les cantons et les communes ;
- le processus d'apprentissage mutuel entre Confédération, cantons et communes ;
- la communication et la coordination, verticales et horizontales, lors de l'application des obligations internationales dans un État à trois niveaux.

Dans les pages qui suivent, nous examinons ces trois aspects et présentons des moyens susceptibles d'aider à mieux tirer profit du potentiel du fédéralisme pour les droits humains.

12 Ville de Zurich, Basishilfe (13.09.2021).
13 Belser, Kantonale Grundrechte, p. 69.

Définition et application des normes minimales par les tribunaux

Le droit fédéral – et donc le droit international également – prime le droit cantonal et le droit communal[14]. Cantons et communes jouissent par conséquent d'une autonomie limitée lorsqu'il s'agit d'appliquer les droits humains. Il ne leur est notamment pas permis d'adopter des dispositions qui ne rempliraient pas les normes minimales prévues par le droit fédéral et le droit international. S'ils le font malgré tout, c'est entre autres parce que ces normes minimales ne sont pas toujours clairement définies et qu'il n'existe pas de moyens effectifs de les faire respecter, ou que ces moyens ne sont pas utilisés.

Les traités internationaux en matière de droits humains contiennent des garanties justiciables et des garanties programmatiques. Les garanties justiciables sont celles que toute personne lésée peut faire valoir directement devant une cour de justice. Le Tribunal fédéral joue un rôle déterminant dans l'application de ces garanties, puisqu'il lui revient de concrétiser les droits, de fixer des normes minimales et de critiquer les pratiques qui ne respecteraient pas ces normes. Il assure par conséquent une certaine harmonisation sur le plan national. Que plusieurs domaines importants pour les droits humains – tels que la police ou l'aide sociale – soient de la compétence des cantons constitue même un avantage, car les lois cantonales, contrairement aux lois fédérales, peuvent être examinées sans restriction par un tribunal et abrogées si elles violent un droit fondamental (voir le chapitre 1).

Les obligations programmatiques s'adressent en premier lieu au pouvoir législatif. Elles sont contraignantes, mais leur formulation plutôt vague et générale les rend plus difficiles à faire respecter. Si le législatif ne les concrétise pas, la justice se trouve privée de ses moyens traditionnels, qui consistent à invalider des décisions. Les exemples de bonnes pratiques ci-dessous montrent toutefois que les tribunaux peuvent tout à fait aussi jouer un rôle lorsque la responsabilité de concrétiser un droit humain revient principalement à un parlement.

14 Art. 49 al. 1 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Constitution fédérale, Cst. ; RS 101). Voir WALDMANN, BSK zu Art. 49 BV, n. m. 9 ; RUCH, SGK zu Art. 49 BV, n. m. 7.

Bonne pratique : Le Tribunal fédéral fixe une norme minimale

En 2010, le Grand Conseil zougois refuse de reconduire la commission cantonale de l'égalité, sans prendre aucune mesure de remplacement. Le Tribunal fédéral est alors amené à juger si le canton de Zoug se soustrait ce faisant à son devoir, inscrit dans la Constitution fédérale et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)[15], de promouvoir l'égalité effective entre femmes et hommes. Il parvient certes à la conclusion que ce n'est pas le cas, mais fixe dans son arrêt des normes institutionnelles minimales qui découlent du droit supérieur : les cantons sont tenus de charger un ou des organe(s) de promouvoir l'égalité ; ils doivent déterminer les compétences de ces organes, leur octroyer suffisamment de personnel et de ressources financières et veiller à ce qu'ils disposent des compétences professionnelles nécessaires[16]. Ces normes minimales limitent certes la liberté d'action des cantons, mais ne les empêchent pas de décider, par exemple, s'ils veulent charger un service ou une commission de ces tâches, ou s'ils préfèrent honorer cette obligation en optant pour une solution décentralisée[17].

Bonne pratique : Examen du caractère raisonnable

L'Afrique du Sud, contrairement à la Suisse, considère les droits économiques, sociaux et culturels comme des garanties justiciables, c'est-à-dire des droits qui peuvent être revendiqués en justice. Le législatif jouissant toutefois d'une grande latitude pour les appliquer, le Tribunal constitutionnel sud-africain a mis au point le *reasonableness test* (examen du caractère raisonnable) : les autorités doivent prouver qu'elles ont pris toutes les mesures possibles et adéquates pour remplir leurs obligations. Si elles ne parviennent pas à démontrer qu'elles ont adopté les dispositions nécessaires et octroyé les financements requis, le tribunal conclut à une violation des droits humains[18].

15 Convention du 18.12.1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Convention CEDEF, CEDEF ; RS 0.108).
16 ATF 137 I 305, consid. 5 et 6.6.
17 ATF 137 I 305, consid. 6.6.
18 CCT, Republic of South Africa v. Grootboom, Case No. CCT 11/00. 2000 (11) Afrique du Sud (CCT 11/00), 04.10.2000, ch. m. 41 ; COOMANS, Reasonableness Test, p. 168.

En Suisse, contrairement à l'Afrique du Sud, il est rare que le Tribunal fédéral concrétise des obligations programmatiques dans ses arrêts, comme il l'a fait dans celui sur la commission de l'égalité zougoise. Ce constat s'applique également au domaine de compétences de la Confédération, mais c'est bien dans le domaine de compétences des cantons qu'il pose davantage de problèmes, car cela peut conduire à des différences considérables entre cantons et les moyens de contrôle sont limités. Il serait donc essentiel que le Tribunal fédéral joue un rôle plus actif dans la concrétisation et l'application des droits humains reconnus sur le plan international, et l'Afrique du Sud peut servir de modèle en la matière (recommandation a).

Étendre la surveillance fédérale

L'affaire de la commission de l'égalité du canton de Zoug a fini devant le Tribunal fédéral parce que des particuliers avaient saisi cette cour. On ne saurait cependant laisser aux seuls particuliers ou associations le soin de recourir contre les décisions des cantons ou des communes contraires aux droits fondamentaux et aux droits humains inscrits dans la Constitution fédérale ou le droit international. Il s'agit là plutôt d'une tâche classique de surveillance fédérale, même si la pratique actuelle en est encore loin[19]. Par surveillance fédérale, on entend ce qu'entreprend la Confédération pour garantir que les cantons et les communes respectent la primauté du droit fédéral (droit international *y compris*). Ce sont surtout le Conseil fédéral, ou des services de l'administration publique dépendant de lui, qui l'exercent[20].

On admet généralement que la surveillance fédérale s'étend tant au domaine de compétence propre des cantons qu'à leur domaine de compétence délégué[21]. Dans la pratique, cette surveillance se limite toutefois la plupart du temps au domaine de compétence délégué, c'est-à-dire aux champs dans lesquels les cantons mettent en œuvre des lois fédérales, comme l'aménagement du territoire ou le droit des étrangers, mais pas à leur domaine de compétence d'origine, comme la police, l'instruction publique ou l'aide sociale. Cette situation s'explique en grande partie par l'évolution historique de la répartition des compétences. À l'origine, le domaine de compétence propre comptait peu de dispositions d'ordre

19 Art. 49 al. 2 Cst. ; art. 173 al. 1 let. d et e Cst. ; art. 182 al. 2 Cst. et art. 186 al. 4 Cst.
20 Tschannen, Staatsrecht, par. 26, ch. m. 1 ss ; Waldmann, BSK zu Art. 49 BV, n. m. 33 et 36 ss.
21 Waldmann, BSK zu Art. 49 BV, n. m. 39 ; Biaggini, OFK zu Art. 49 BV, n. m. 16.

supérieur que les cantons et les communes auraient pu ne pas respecter. Les choses ayant changé avec la création des catalogues internationaux et nationaux des droits humains, il convient de repenser la surveillance fédérale. Il est intolérable que la Confédération ne bronche pas quand, par exemple, un canton viole la Constitution fédérale et le droit international en introduisant, malgré l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) condamnant la prohibition de la mendicité[22], une interdiction de mendier. La liberté des cantons trouve ses limites dans les normes minimales du droit international, des normes que concrétise la cour de Strasbourg dans le cas traité ici.

On comprend donc l'importance de doter la Confédération d'instruments efficaces pour contrôler le respect par les cantons des normes minimales découlant du droit international et du droit constitutionnel et exercer ainsi sa fonction de surveillance. Nous lançons ici une réflexion pour déterminer comment faire en sorte que trois outils de la surveillance fédérale[23] – l'approbation des actes législatifs cantonaux, les directives générales et le recours formé par une autorité – puissent être davantage utilisés pour consolider les droits humains[24]. Le choix du moyen adéquat dans un cas concret dépend entre autres de la disposition bafouée et de la gravité de la violation, mais aussi des compétences respectives, notamment s'il s'agit plutôt d'une compétence cantonale propre ou déléguée[25].

Approbation obligatoire pour les actes législatifs cantonaux

La Constitution fédérale dispose que les lois fédérales peuvent dans certains cas prévoir une approbation obligatoire pour les actes législatifs cantonaux[26], dans le but d'éviter l'application de dispositions cantonales contraires au droit fédéral. Les deux exemples de bonnes pratiques qui suivent illustrent comment cette obligation est utilisée, ou pourrait l'être, dans le but de garantir le respect d'obligations en matière de droits humains.

22 CourEDH, *Lacatus c. Suisse*, requête n° 14065/15, 19.04.2021.
23 Le CSDH ayant déjà conclu dans une analyse précédente que l'obligation de faire rapport, le recours à des moyens de pression financiers ainsi que l'exécution par substitution ne sont guère efficaces pour encourager les cantons à appliquer les conventions internationales relatives aux droits humains (CSDH, État des lieux questions institutionnelles, ch. m. 33 s. et 47), ces sujets ne sont pas abordés ici.
24 Les recours généraux formés par une autorité ne comptent certes pas parmi les instruments classiques de la surveillance fédérale, mais leur fonction est similaire (SEILER, SHK zu Art. 89 BGG, n. 70).
25 KÖLZ, HÄNER et BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, ch. m. 767.
26 Art. 186 al. 2 Cst.

Bonne pratique : Approbation de dispositions d'exécution cantonales

Le code pénal permet aux cantons de déléguer à titre d'essai l'exécution de peines privatives de liberté à des établissements privés, mais exige d'eux qu'ils soumettent leurs dispositions d'exécution à la Confédération pour approbation[27]. Dans son message, le Conseil fédéral ne dit rien des raisons qui l'ont amené à introduire cette obligation d'approbation[28]. Quelle que fût son intention, la Confédération pourrait recourir à cette obligation pour s'assurer que les cantons assument leurs obligations en matière de droits humains dans le domaine de la détention privatisée également. L'examen mené à cette occasion pourrait notamment porter sur la question de savoir si les dispositions d'exécution prévoient des moyens adéquats d'exercer la surveillance[29].

Le régime obligatoire de l'approbation des actes législatifs présente le grand avantage d'intervenir en amont, c'est-à-dire avant que les droits des personnes ne soient bafoués. Il s'agit en revanche d'un instrument plutôt lourd, qui pèse sur l'autonomie des cantons. Là où il s'applique déjà, ce régime peut toutefois lui aussi être utilisé pour consolider les droits humains. On pourrait également l'introduire dans des domaines dans lesquels ces droits sont particulièrement susceptibles de ne pas être respectés. Cette solution n'est cependant envisageable que dans les domaines de compétence de la Confédération, comme la surveillance relative aux placements d'enfants hors de leur environnement familial (recommandations b et c)[30].

27 Art. 387 al. 4 et 5 code pénal suisse du 21.12.1937 (code pénal, CP ; RS 311.0).

28 Message du 21.09.1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale de mineurs, FF 1999 II 1787, 1990.

29 Les textes normatifs internationaux n'excluent pas que l'exécution des peines soit déléguée à des établissements privés, mais il reste du devoir de l'État de garantir le respect des droits humains (art. 2 Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques [Pacte civil, PIDCP ; RS 0.103.2] ; art. 2 al. 1 Convention du 10.12.1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [Convention des Nations Unies contre la torture, CAT ; RS 0.105] et art. 1er Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; RS 0.101]). Voir CSDH, Privatisierung, pp. 20 ss.

30 Art. 316 code civil suisse du 10.12.1907 (code civil, CC ; RS 210).

Bonne pratique : Approbation de plans directeurs cantonaux

Le nomadisme étant protégé par les droits fondamentaux et les droits humains, la Suisse doit veiller à proposer suffisamment d'aires de séjour pour les gens du voyage[31]. En vertu du droit international, cette obligation incombe à la Confédération, mais au niveau national les compétences en la matière reviennent dans une large mesure aux cantons et aux communes. La Confédération dispose toutefois d'un levier pour agir sur l'application des obligations découlant du droit international, puisque les cantons sont tenus de lui soumettre leurs plans directeurs pour approbation[32]. Depuis quelques années, l'Office fédéral du développement territorial prend effectivement en compte les besoins des gens du voyage au moment d'examiner les plans directeurs cantonaux. Il a ainsi subordonné l'approbation de modifications des plans directeurs du canton de Schaffhouse et du canton de Schwyz à la mise à disposition des gens du voyage d'aires de séjour ou de transit[33].

Directives générales

Un autre moyen d'exercer la surveillance est d'édicter des directives générales. Ces directives, souvent nommées « circulaires », ont pour objectif de garantir une certaine uniformité dans l'application du droit. La Confédération n'a pas besoin de bases légales pour les formuler, et elle peut aussi le faire dans les champs de compétence propres des cantons. Si elle n'est pas censée s'en servir pour contourner les mécanismes en place afin d'harmoniser des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence, elle peut néanmoins les utiliser pour informer les autorités cantonales et communales des obligations qui découlent de la Constitution fédérale et des conventions internationales et leur enjoindre de respecter ces normes[34]. Les droits humains étant en évolution constante, les directives constituent un instrument utile pour présenter aux cantons un état des lieux des obligations en la matière et préciser les normes minimales à respecter dans ce

31 ATF 129 II 321, consid. 3.
32 Art. 11 loi fédérale du 22.06.1979 sur l'aménagement du territoire (loi sur l'aménagement du territoire, LAT; RS 700).
33 ARE, Plan directeur du canton de Schaffhouse, points 5.11 et proposition 5 c p. 20 ; ARE, Plan directeur du canton de Schwyz, proposition 5 p. 9.
34 Réponse du Conseil fédéral du 27.11.2000 à la question ordinaire Gross 01.1110 du 5.10.2000.

domaine[35]. Là où les droits humains offrent une liberté d'appréciation et où il existe de nombreuses possibilités de les concrétiser, c'est néanmoins à la collectivité compétente qu'il revient de décider comment elle compte agir[36].

S'il est rare que des directives générales soient consacrées spécifiquement à la concrétisation des garanties constitutionnelles et internationales[37], il en existe toutefois plusieurs qui précisent des dispositions relatives aux droits humains ou rendent attentif, par exemple, aux conséquences d'arrêts de la CourEDH, ce qui est à saluer (recommandation d)[38] :

Bonne pratique : Lettre circulaire concernant un arrêt de la CourEDH

Dans une circulaire adressée aux offices AI cantonaux, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a précisé les conséquences de l'arrêt rendu par la CourEDH dans l'affaire Di Trizio c. Suisse[39]. La Cour avait estimé que la méthode mixte utilisée pour déterminer le degré d'invalidité des personnes travaillant à temps partiel conduisait à une discrimination indirecte des femmes. Se fondant sur cet arrêt, l'OFAS a défini de manière abstraite les cas dans lesquels la méthode mixte ne devait plus être appliquée, car elle aurait constitué une violation du droit au respect de la vie familiale combiné à l'interdiction de la discrimination[40].

35 CSDH, État des lieux questions institutionnelles, ch. m. 33.
36 CSDH, État des lieux questions institutionnelles, ch. m. 33.
37 WYTTENBACH, Bundesstaaten, p. 503. Voir toutefois par ex. OFEC, Circulaire.
38 Voir OFAS, Lettre circulaire AI n° 366 qui enjoint aux cantons, à la suite de l'arrêt de la CourEDH dans l'affaire Vukota-Bojić c. Suisse, de suspendre immédiatement les observations en cours et de ne plus en lancer de nouvelles ou SEM, Directives LEI, p. 100 qui précisent dans quelles circonstances une autorisation de séjour de courte durée doit être octroyée en vertu de l'art. 14 Convention du 16.05.2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains (RS 0.311.543).
39 CourEDH, *Di Trizio c. Suisse*, requête n° 7186/09, 02.02.2016.
40 OFAS, Lettre circulaire AI n° 355.

Bonne pratique : Lettre circulaire sur l'égalité en politique

Malgré l'obligation de la Suisse de veiller à l'égalité effective des genres[41], les femmes restent sous-représentées dans de nombreux organes politiques[42]. Dans sa circulaire concernant l'élection 2019 du Conseil national, le Conseil fédéral priait par conséquent les gouvernements cantonaux d'attirer l'attention du corps électoral sur une éventuelle sous-représentation des femmes dans leur canton. Il renvoyait aussi au « Guide à l'usage des groupes voulant lancer des candidatures », dans lequel la Chancellerie fédérale propose des mesures concrètes, dont le cumul officiel, qui consiste à faire figurer deux fois une candidature (féminine) sur une liste préimprimée[43].

Le recours formé par une autorité

Le recours des autorités, que prévoit la loi sur le Tribunal fédéral[44], donne la possibilité à la Chancellerie fédérale et aux départements fédéraux de recourir, dans leur domaine d'attribution, contre les actes des cantons, et cela sans devoir adopter de base légale supplémentaire[45]. Cet instrument est traditionnellement utilisé pour contrôler l'application par les cantons du droit administratif fédéral, mais il constituerait aussi un outil adapté pour faire appliquer la Constitution fédérale et les obligations découlant du droit international. La Confédération est en effet garante de l'unité de l'ordre juridique. Dans un État fédéral qui permet à ses membres de violer la Constitution ou le droit international dans leurs champs de compétence, l'État de droit est gravement compromis. Il ne faut en effet pas oublier que l'autonomie des cantons et des communes est limitée, et que Constitution et droit international exigent de faire respecter ces limites.

À l'heure actuelle, une autorité fédérale pourrait déjà se servir de ce type de recours pour, dans un cas d'espèce, faire respecter des engagements internationaux qui tombent sous la compétence de la Confédération et qui concernent donc la législation fédérale[46] ; mais ces cas sont rares. Concrétiser cet instru-

41 Art. 8 al. 3 Cst. et art. 7 CEDEF.
42 Comité CEDEF, Observations finales Suisse, 25.11.2016, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, par. 31.
43 Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux concernant les élections pour le renouvellement intégral du Conseil national du 20 octobre 2019, FF 2018 6331, 6337 s. ; Chancellerie fédérale, Guide concernant l'élection du Conseil national, pp. 32 ss.
44 Loi fédérale du 17.06.2005 sur le Tribunal fédéral (Loi sur le Tribunal fédéral, LTF ; RS 173.110).
45 Art. 76 al. 2 LTF ; art. 81 al. 3 LTF et art. 89 al. 2 let. a LTF.
46 Wyttenbach, Bundesstaaten, p. 504.

ment et l'étendre au domaine de compétence propre des cantons aurait l'avantage de conférer à la Confédération un moyen efficace contre les cantons négligents (recommandation e).

Stimuler la concurrence, une façon d'aller au-delà des garanties minimales

Pour concrétiser les droits humains, il est judicieux non seulement de faire en sorte que le fédéralisme ne soit pas un obstacle, mais aussi d'exploiter le potentiel de la répartition décentralisée des compétences. Ce sont ces dynamiques que nous abordons dans cette partie. De quel soutien ont besoin les cantons et les communes pour devenir le « laboratoire d'idées » si souvent évoqué ? Comment stimuler une saine concurrence entre cantons ?

Aides financières

Cela peut paraître trivial, mais les cantons et les communes doivent disposer de ressources suffisantes si l'on veut qu'ils tirent parti de leur créativité. Il est improbable qu'ils lancent ou testent de nouveaux projets ou de nouvelles idées lorsque leur personnel et leurs moyens financiers leur permettent tout juste de gérer les affaires courantes. La Confédération soutient déjà financièrement la promotion des droits humains[47], et les cantons et les communes peuvent normalement demander des aides, ce qu'ils font d'ailleurs[48]. Il faut toutefois mener une réflexion pour voir comment mieux ajuster ces soutiens financiers aux besoins des cantons et des communes (recommandation f).

47 Voir art. 14, 16 et 17 loi fédérale du 13.12.2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand ; RS 151.3) et art. 16 à 18 ordonnance du 19.11.2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (ordonnance sur l'égalité pour les handicapés, OHand ; RS 151.31) ; art. 14 et 15 loi fédérale du 24.03.1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1) ; art. 26 loi fédérale du 30.09.2011 sur l'encouragement des activités extrascolaires des enfants et des jeunes (loi sur l'encouragement de l'enfance et de la jeunesse, LEEJ ; RS 446.1) et ordonnance du 11.06.2010 sur des mesures de protection des enfants et des jeunes et sur le renforcement des droits de l'enfant (RS 311.039.1) ; ordonnance du 14.10.2009 sur les projets en faveur des droits de l'homme et de la lutte contre le racisme (RS 151.21) et loi fédérale du 05.10.1984 sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures (RS 341).

48 Par ex. un projet soutenu par le BFEH, voir BFEH, Interaction avec les personnes handicapées : formation destinée au personnel de l'administration (09.11.2021).

Échange de bonnes pratiques, examens périodiques universels et classements

Les initiatives novatrices lancées à l'échelle des cantons et des communes méritent une meilleure visibilité, car cela favorise l'émulation. Concrètement, il s'agit par exemple d'organiser des colloques pour faire connaître des projets et échanger de bonnes pratiques. Le séminaire de la Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses », qui permet aux communes d'échanger sur la création d'aires de séjour, en est un bon exemple[49]. Les sites web, qui présentent des exemples de bonnes pratiques et proposent des outils, – comme celui du CSDH sur la mise en œuvre dans les cantons de la Convention relative aux droits des personnes handicapées[50] (cdph-exemplespratiques.ch), ou encore celui de Gerontologie.ch sur les communes « amies des aîné·e·s » (altersfreundliche-gemeinde.ch) – peuvent aussi servir à diffuser idées et connaissances (recommandation g).

À l'échelon des Nations Unies, ce sont les examens périodiques universels (EPU) qui permettent de tels échanges d'idées et de bonnes pratiques, puisque les États membres se présentent mutuellement des rapports sur la situation des droits humains à l'intérieur de leurs frontières. Le pays sous rapport, en exposant ce qu'il entreprend pour protéger les droits humains, peut inciter ses pairs à prendre de nouvelles mesures. Les recommandations que lui adressent les autres États lui fournissent en retour des idées sur la manière de mettre en place des mécanismes efficaces.

Cette manière de procéder est tout à fait transposable à l'échelon national d'un État fédéral. En Suisse, on pourrait par exemple envisager de se doter d'un « EPU suisse » annuel, lors duquel on examinerait la situation de trois cantons. Ces derniers auraient par là l'occasion de dresser un état des lieux des droits humains dans leur territoire, qui serait complété par des rapports de la société civile et de la Confédération. Les autres cantons pourraient adresser des recommandations à ceux qui seraient sous revue. Une telle procédure aurait non seulement l'avantage de sensibiliser à la question des droits humains dans les cantons, mais aussi de fournir une meilleure vue d'ensemble et de disposer de données plus précises pour rédiger les rapports à présenter aux organismes internationaux (recommandation h).

49 Fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses », Séminaire (23.08.2021).
50 Convention du 13.12.2006 relative aux droits des personnes handicapées (Convention relative aux droits des personnes handicapées, CDPH ; RS 0.109).

Un pas de plus pourrait être accompli en instaurant un classement des cantons, établi par la future Institution nationale des droits humains, par exemple. On pourrait pour ce faire s'inspirer du *State Equality Index* de l'organisation étasunienne *Human Rights Campaign*, qui établit un comparatif des politiques des États fédéraux envers les personnes LGBTIQ* et le présente sous forme synthétique[51]. Cette méthode à fort impact public serait, elle aussi, susceptible de faire progresser la politique suisse en matière de droits humains (recommandation i).

Améliorer la collaboration entre Confédération et cantons

La ratification des conventions relatives aux droits humains relève de la compétence de la Confédération[52], mais la concrétisation de ces instruments se fait en bonne partie à l'échelon cantonal. Ce partage des responsabilités est régulièrement source de tensions entre Confédération et cantons, par exemple dans le cadre de la procédure de rapport par pays (voir le cas pratique « Le Conseil fédéral présente des rapports incomplets ») et du suivi des recommandations.

En 2012 et 2013, dans une de ses études, le CSDH avait par conséquent formulé une série de recommandations visant à améliorer la communication et la coordination entre Confédération et cantons[53]. Pour ce qui est des procédures de rapport, il proposait d'uniformiser les différentes procédures d'élaboration de rapports, de créer un mécanisme de coordination et de désigner des interlocuteurs·trices à tous les niveaux[54]. Pour améliorer le suivi des recommandations, il suggérait que Confédération et cantons se concertent pour analyser les observations finales des organes onusiens et les classer par ordre de priorité[55].

La situation a évolué depuis cette analyse du CSDH, tant pour ce qui est de la communication et de la coordination que pour ce qui est du suivi des recommandations. Depuis 2015, la Conférence des gouvernements cantonaux coordonne les cantons dans le cadre des rapports par pays. Elle rassemble les informations nécessaires, les transmet sous forme agrégée au service fédéral compétent et représente les cantons au sein du Groupe interdépartemental « Politique internationale des droits de l'homme » (KIM, pour *Kerngruppe internationale Menschen-*

51 HRC, State Equality Index (09.11.2021).
52 Art. 54 et art. 184 al. 2 Cst.
53 CSDH, Suivi 2012 ; CSDH, Follow-up 2013.
54 CSDH, Suivi 2012, p. 21 s. ; CSDH, Follow-up 2013, pp. 7 ss et 24 ss.
55 CSDH, Suivi 2012, p. 21 s.

rechtspolitik)[56]. Quant au KIM, il a approuvé en 2016 un concept de coordination *light* pour les rapports par pays, en vertu duquel la coordination est systématiquement inscrite à l'ordre du jour des séances semestrielles. L'Office fédéral de la justice, qui chapeaute le tout, tient une liste de tous les traités internationaux, un calendrier de toutes les procédures de rapport ainsi qu'une liste des interlocuteurs·trices des divers services[57].

Pour ce qui est du suivi, si la démarche d'application des recommandations n'est pas encore unifiée et systématique[58], il existe maintenant de bons exemples de processus de suivi rigoureux. Pour la CEDEF, une feuille de route a ainsi été établie : elle liste toutes les recommandations et les traduit en mesures concrètes, et les offices fédéraux compétents ainsi que les délégué·e·s cantonaux et communaux à l'égalité déterminent un ordre de priorité parmi les mesures[59]. S'agissant de la Convention des droits de l'enfant[60], la Confédération, les cantons et la société civile ont élaboré un tableau commun qui indique, pour chaque recommandation, les services fédéraux et cantonaux compétents ainsi que les coopérations possibles avec les ONG[61]. Quant au Pacte social des Nations Unies[62], il a aussi fait l'objet d'une analyse commune de la part de la Confédération et des cantons[63], mais les résultats concrets ne sont pas publiés.

Dans l'idéal, les rapports par pays et les suivis se succèdent sans interruption, pour constituer un processus continu[64] : les rapports de l'État examiné servent de base aux organes onusiens pour formuler leurs recommandations. La manière dont l'État partie va analyser ces recommandations, se fixer des priorités, définir les services compétents ainsi que concevoir et mettre en route des mesures

56 Le KIM regroupe, outre plusieurs départements fédéraux, des représentant·e·s de commissions extraparlementaires.
57 CSDH, EPU, pp. 11 et 13 et interpellation Mazzone 17.3596 du 16.06.2017 « Mise en œuvre des recommandations des organes onusiens relatifs à la protection des droits humains. Quelle collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes ? ».
58 Interpellation Mazzone 17.3596 du 16.06.2017 « Mise en œuvre des recommandations des organes onusiens relatifs à la protection des droits humains. Quelle collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes ? ».
59 Conseil fédéral, Rapport de la Suisse CEDEF, ch. 2 et 13 ; BFEG, Roadmap, p. 1. Au sujet du plan d'action qui a précédé cette feuille de route, voir Spenlé et Skalski, Staatenberichtsverfahren, ch. m. 53 s.
60 Convention du 20.11.1989 relative aux droits de l'enfant (Convention des droits de l'enfant, CDE ; RS 0.107).
61 Une analyse a aussi été faite, qui a abouti au rapport du Conseil fédéral « Mesures visant à combler les lacunes dans la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant » (Conseil fédéral, Rapport sur les mesures).
62 Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte social, PIDESC ; RS 0.103.1).
63 SECO, Suivi des recommandations, p. 2.
64 CSDH, État des lieux questions institutionnelles, ch. m. 40.

forme à son tour la base du prochain cycle de rapports. Ce processus doit se fonder sur une stratégie bien définie (voir l'exemple de bonne pratique « Concept de mise en œuvre de la Convention d'Istanbul ») et faire l'objet d'un suivi rapproché. La création d'un service de coordination permanent doté d'une mission détaillée aurait l'avantage non seulement de garantir une continuité, mais aussi de rendre le processus transparent (recommandations j et k)[65].

Bonne pratique : Concept de mise en œuvre de la Convention d'Istanbul[66]

Fédéralisme oblige, l'application de la Convention d'Istanbul est du ressort tant de la Confédération que des cantons. Conscients que dans ce contexte, la mise en œuvre coordonnée prévue à l'article 7 de ce traité prend une importance toute particulière, Confédération et cantons se sont dotés d'une stratégie commune. Ce document détaille non seulement la répartition des compétences entre cantons et Confédération mais il précise aussi le processus des rapports et du suivi des recommandations du Conseil de l'Europe, la logique entre rapports et suivi, et la manière dont la société civile est associée à la démarche[67].

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a Le Tribunal fédéral joue un rôle actif dans la concrétisation des engagements en matière de droits humains. Dans le domaine des obligations programmatiques, il exige des autorités compétentes qu'elles démontrent avoir adopté les dispositions nécessaires et octroyé les financements requis.

65 Voir CSDH, EPU, pp. 8, 11 et 13 ; WYTTENBACH, Bundesstaaten, pp. 108 s. et 279.
66 Convention du 11.05.2011 du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul ; RS 0.311.35).
67 BFEG, Concept de mise en œuvre.

b Les autorités fédérales vérifient si les actes législatifs cantonaux soumis à approbation sont compatibles avec les engagements en matière de droits humains.

c Le législateur fédéral introduit une obligation d'approbation pour les actes législatifs cantonaux qui concernent des domaines de la compétence de la Confédération dans lesquels les droits humains sont particulièrement à risque.

d Les cantons et les communes s'appuient sur les directives générales pour la mise en œuvre des engagements relatifs aux droits humains.

e Les normes minimales en matière de droits humains sont appliquées par le biais du recours des autorités.

f Les aides financières de la Confédération pour la concrétisation des droits humains sont adaptées aux besoins des cantons et des communes.

g Confédération, cantons et communes échangent leurs bonnes pratiques en matière d'application des droits humains, lors de colloques ou par le biais des sites web par exemple.

h Confédération et cantons organisent régulièrement un « EPU suisse » lors duquel ils examinent tour à tour la situation des droits humains d'un certain nombre de cantons.

i La future Institution nationale des droits humains est chargée de comparer et d'évaluer la situation des droits humains dans les cantons ainsi que de publier périodiquement un classement des cantons en la matière.

j Confédération et cantons analysent ensemble les recommandations faites par les organes de traités internationaux, établissent un ordre de priorité parmi ces recommandations et désignent les organes responsables de l'application des mesures et du relevé des données nécessaires à la rédaction des rapports.

k Un organe fédéral permanent soutient la Confédération et les cantons dans la rédaction des rapports aux organes de traités des Nations Unies et dans le suivi des recommandations.

3 Une justice adaptée aux enfants : plus simple qu'il n'y paraît

Christina Weber Khan et Sandra Hotz

Introduction

Cas pratique : Représentation de l'enfant dans le domaine de la protection de l'enfance

Marius, âgé de neuf ans, vit avec sa mère, qui l'éduque seule. Son père l'a reconnu, sans toutefois assumer son rôle auprès de lui. Sa mère souffre de problèmes psychiques depuis plusieurs années, mais sait discerner quand il lui faut s'adresser à des spécialistes et à des institutions. En outre, Marius a fait l'objet dès sa naissance d'une curatelle éducative ordonnée par le service de protection de l'enfance. Sa mère et lui ont aussi bénéficié à certains moments d'un accompagnement socio-éducatif et font des séjours dans l'unité parent-enfant d'une clinique.

À l'école, depuis quelque temps, Marius perturbe les cours et ses notes baissent. Sa relation avec sa mère est de plus en plus conflictuelle : Marius se montre rétif, bourru et désobéissant. Son père, qui a passé par des années difficiles, s'est stabilisé et vit en couple. Marius a donc commencé à lui rendre visite de temps en temps et a exprimé le désir de le faire plus souvent. Confrontée à cette nouvelle situation, sa mère sollicite l'aide de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA). Au sein de ce service, la personne responsable du dossier de Marius, qui vient de changer, demande la réalisation d'une expertise psycho-judiciaire pour déterminer les compétences éducatives de la mère. Six mois plus tard, au vu des résultats de l'expertise, l'APEA place Marius dans un foyer pour enfants afin de poursuivre l'examen de la situation.

L'APEA désigne en outre une personne qui, en qualité de curateur, est chargée de défendre les intérêts de Marius, de l'informer et de l'accompagner durant la procédure. Un peu plus de trois mois plus tard, elle attribue l'autorité parentale en exclusivité au père, et Marius va vivre avec lui. L'APEA accorde à la mère un droit de visite bimensuel (accompagné dans un premier temps), ainsi que le droit de parler au téléphone avec l'enfant deux fois par semaine durant 15 minutes. Elle établit aussi un calendrier pour les vacances. Le mandat de représentation prend fin avec cette décision.

L'APEA explique à Marius que sa mère ne peut plus s'occuper correctement de lui et qu'il serait donc préférable qu'il habite chez son père. Marius est d'accord avec cette décision, mais aimerait voir davantage sa mère. Cette dernière s'oppose avec énergie à cette décision, tandis que le père tient à respecter scrupuleusement le régime de contacts établi par l'APEA. Marius ne comprend pas pourquoi il ne peut pas appeler sa mère chaque fois qu'il en a envie. Les parents sont à couteaux tirés et Marius se retrouve seul et tiraillé entre les deux.

À première vue, la procédure a été entièrement respectée dans ce dossier : l'APEA désigne, conformément à l'article 314*a*bis du code civil (CC)[1], un·e curateur·trice chargé de défendre les intérêts de Marius. En Suisse, la représentation de l'enfant prend toutefois fin au moment où l'autorité rend sa décision. En outre, les curateur·trice·s n'ont pas pour tâche première de défendre les intérêts des enfants, mais de mettre en œuvre le mandat éducatif de l'APEA. Marius se retrouve donc en grande partie livré à lui-même, dans une situation des plus délicates et conflictuelles, dont rien ne laisse présager la fin.

Une justice adaptée aux enfants permet de mieux tenir compte de leurs besoins précis. Ce sont surtout les Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants (ci-dessous, les « Lignes directrices »), adoptées en 2010, qui posent le cadre de cette approche[2]. D'autres instruments nationaux et internationaux viennent les compléter, et en premier lieu l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997[3], et l'article 11 de la Constitution fédérale (Cst.)[4], qui régit les droits de l'enfant et les principes de leur protection, comme l'ont montré les études réalisées par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) ces dernières années[5] (à ce sujet, voir également le chapitre 12).

1 Code civil suisse du 10.12.1907 (code civil, CC ; RS 210).
2 Adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17.11.2010 et publiées avec des commentaires en octobre 2011.
3 Convention du 20.11.1989 relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107). Voir aussi l'art. 20 CDE, selon lequel l'État a le devoir d'octroyer à tout enfant qui, comme Marius, est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, une protection et une aide spéciales ; voir également les art. 6, 8 et 13 de la Convention du 4.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; RS 0.101).
4 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Constitution fédérale, Cst. ; RS 101).
5 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention ; CSDH, Une justice adaptée aux enfants ; CSDH, Le droit de protection de l'enfant.

Les Lignes directrices du Conseil de l'Europe ont pour vocation de garantir la concrétisation des droits de l'enfant et, en particulier, de son droit, garanti par l'article 12 CDE, de participer à toutes les procédures judiciaires et administratives le concernant. Une justice adaptée aux enfants, c'est une justice amie des enfants[6], qui chemine à leurs côtés et les traite avec franchise, respect, attention et équité. Les Lignes directrices définissent les principes suivants[7] :

- Participation : les enfants devraient en tout temps être traités et informés en tant que titulaires à part entière de leurs droits.
- Protection contre les discriminations : les droits des enfants doivent être garantis sans discrimination aucune (fondée notamment sur le genre, l'origine, l'âge ou la religion).
- Primauté du droit : les garanties procédurales doivent être respectées.
- Intérêt supérieur de l'enfant : l'intérêt supérieur de l'enfant doit, dans toute la mesure du possible, être pris en compte.
- Dignité : il faut respecter pleinement l'intégrité physique et psychique de l'enfant.

Parmi les éléments généraux des Lignes directrices figurent l'information et le conseil de l'enfant, la protection de sa vie privée et familiale et la sécurité. En conséquence, tou·te·s les intervenant·e·s doivent faire preuve de compréhension envers les enfants durant la procédure et les autorités doivent recevoir une formation ad hoc, par exemple sur les approches multidisciplinaires et notamment sur des méthodes d'audition adaptées aux enfants. Les autorités doivent aussi veiller à la publication de matériel d'information à l'intention des enfants. Les Lignes directrices permettant de mettre en place une justice adaptée aux enfants *avant, pendant et après une procédure judiciaire*, elles servent aujourd'hui dans toute l'Europe de modèle pour la mise en œuvre de la participation des enfants dans les affaires judiciaires.

Dans ce chapitre, nous nous intéressons principalement à la perspective de l'enfant et aux implications pour un enfant d'une justice adaptée aux enfants *avant, pendant et après une procédure judiciaire,* lors de laquelle, comme dans le cas de Marius, l'APEA est amenée à décider s'il doit vivre chez sa mère ou chez son père et à déterminer quels contacts lui sont autorisés avec le parent qui n'a pas

6 CDE, Lignes directrices, p. 10 : « La justice devrait être l'amie des enfants. ».
7 CDE, Lignes directrices, pp. 17 s.

l'autorité parentale. Nous n'abordons en revanche donc pas les intérêts des parents, représentés par des avocat·e·s, ni ceux des autres intervenant·e·s (curateurs·trices, juges, fonctionnaires, etc.). Soulignons ici que dans la perspective de l'enfant, il ne suffit pas, en vertu des Lignes directrices et de l'article 12 CDE, que la décision de placement et d'attribution de l'autorité parentale ait été correcte formellement d'un point de vue juridique.

Analyse

Une justice adaptée aux besoins des enfants

De l'information fournie en amont d'une procédure à l'accompagnement dispensé après sa conclusion

Une justice adaptée aux enfants est, plus précisément, une justice adaptée à leurs besoins. À cette fin, il faut en premier lieu que les enfants aient accès à un·e juge. Pour ce faire, l'enfant doit connaître ses droits et ses possibilités de saisir la justice ; cet accès doit par ailleurs être gratuit[8].

En vertu des Lignes directrices, il faut fournir à l'enfant, en son nom propre[9], dès le début d'une procédure à laquelle il participe ou qui le concerne, toutes les informations pertinentes et nécessaires[10]. Les enfants doivent en effet savoir à quoi s'attendre et connaître leurs droits. Ils doivent être informés des possibilités à leur disposition pour faire valoir leurs droits ou, le cas échéant, les défendre. En outre, les autorités doivent, durant toute la procédure, continuer à fournir des renseignements complets aux enfants.

8 CDE, Lignes directrices, p. 27.
9 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 27.
10 CDE, Lignes directrices, p. 25.

Bonne pratique : Manuel du Conseil de l'Europe concernant la participation des enfants

Dans son « Manuel sur la participation des enfants à l'usage des professionnels travaillant pour et avec les enfants » de 2021, le Conseil de l'Europe définit la participation comme suit :

« […] La participation est une démarche volontaire. Il est important que les enfants sachent qu'ils ont tout autant le droit de décider de ne pas participer que celui de choisir consciemment de le faire. Avant de s'engager dans un processus participatif, ils devraient être invités à signer un formulaire pour donner leur consentement, et avoir le temps de discuter de ce que cet acte implique. Ils devraient également être informés du fait qu'ils peuvent retirer leur consentement à tout moment. […]

Lorsque l'on invite des enfants à participer, il convient de s'assurer qu'ils seront bien informés :

- du sujet traité ;
- de la teneur du projet et de sa raison d'être (c'est-à-dire du contexte) ;
- de l'utilisation qui sera faite des informations reçues. »[11]

Durant la procédure, il faut informer l'enfant de toutes les étapes qui suivront et bien lui expliquer chaque décision prise. Selon les Lignes directrices, un système judiciaire est adapté aux enfants lorsqu'il leur permet d'avoir accès à la justice, leur octroie un conseil et une représentation juridiques et leur garantit le droit d'être entendus et d'exprimer leur point de vue. Signalons que le règlement extrajudiciaire de l'affaire peut servir l'intérêt de l'enfant même si la procédure est déjà en cours. L'APEA doit aussi s'enquérir de l'existence d'autres professionnel·le·s dans la vie de l'enfant, par lesquel·le·s ce dernier se sent correctement représenté (ce qui ne la libère pas pour autant de l'obligation de lui garantir une représentation par un·e professionnel·le du droit). L'audition devrait respecter les règles de la justice adaptée aux enfants ; il faudrait y renoncer si elle ne sert pas ses intérêts. Les professionnel·le·s doivent en outre aider de leur mieux l'enfant à parvenir à une décision.

11 Crowley Anne et al., Écouter – Agir – Changer – Manuel du Conseil de l'Europe sur la participation des enfants à l'usage des professionnels travaillant pour et avec les enfants, Strasbourg 2021.

L'APEA doit par ailleurs adapter les mesures relevant du droit civil à *l'évolution de la situation* de l'enfant ou de ses parents, afin de lui garantir la protection requise. En vertu de la maxime inquisitoire, elle doit vérifier systématiquement toutes les mesures prises dans ce but. Or, puisqu'elle ne le fait pas dans tous les cas, il incombe au curateur ou à la curatrice chargée de la représentation de l'enfant d'y veiller.

Représentation de l'enfant suivant l'article 314a^bis CC

Le droit d'être représenté en son nom propre par un·e avocat·e qui agit en son nom et défend exclusivement ses intérêts constitue, selon les Lignes directrices, un moyen efficace pour permettre à l'enfant d'avoir accès à la justice et de défendre ses intérêts dans la procédure : l'APEA devrait octroyer cette représentation d'office dans tous les cas où un conflit d'intérêts est susceptible de survenir avec les parents (ou d'autres représentant·e·s légaux·ales)[12]. Lorsque le père ou la mère partie à une procédure est l'auteur·e de l'infraction (s'il ou elle a porté atteinte à l'intégrité physique de l'enfant, par ex.), l'enfant doit être représenté[13].

En droit suisse, le droit d'être représenté dans une procédure de protection de l'enfant est mis en œuvre conformément à l'article 314*a*bis CC. Par ailleurs, l'article 1*a* alinéa 2 lettre c de l'ordonnance sur le placement d'enfants (OPE)[14] ordonne à l'APEA d'associer *l'enfant placé·* à toutes les décisions déterminantes pour son existence en fonction de son âge. De surcroît, un enfant tel que Marcus, placé temporairement dans un foyer, a le droit de se voir attribuer une *personne de confiance* durant son séjour, en vertu de l'article 1*a* alinéa 2 lettre b OPE. Les personnes de confiance et les curateurs·trices ont des attributions foncièrement différentes[15] : si l'APEA peut désigner comme personne de confiance toute personne en qui l'enfant a confiance (une sœur aînée, une voisine qui connaît bien l'enfant, un oncle, un parrain, par ex.), la représentation juridique ne peut être confiée, dans une procédure de protection de l'enfant, qu'à un·e spécialiste. En pratique, un·e curateur·trice peut faire office de personne de confiance (en particulier pour assister les parents dans la prise en charge de l'enfant, conformément

12 CDE, Lignes directrices, p. 28 : [Une représentation adéquate et le droit d'être représentés indépendamment des parents] « devraient être garantis ».
13 CDE, Lignes directrices, p. 26 : « devrait être garanti ».
14 Ordonnance du 19.10.1977 sur le placement d'enfants (ordonnance sur le placement d'enfants, OPE ; RS 211.222.338).
15 HOTZ, Kinder im Verfahren, ch. m. 125 à 159.

à l'article 308 CC), mais ne présente pas l'indépendance requise pour représenter légalement l'enfant dans la procédure[16].

L'APEA ordonne, « si nécessaire », la représentation de l'enfant et désigne un·e curateur·trice expérimenté·e en matière d'assistance et dans le domaine juridique (art. 314*a*bis CC). En conséquence, cette autorité a *d'office l'obligation d'examiner* si une curatelle est nécessaire, en particulier, en vertu de l'article 314*a*bis alinéa 2 chiffre 1 CC, lorsque la procédure porte sur le placement de l'enfant, comme c'est le cas pour Marius[17]. Elle doit *aussi examiner*, en vertu de l'article 314*a*bis alinéa 2 chiffre 2 CC, s'il convient d'instituer une curatelle lorsque les personnes concernées déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à des questions importantes concernant les relations personnelles avec l'enfant. Cette situation se présente aussi dans le cas de Marius, qui vit désormais avec son père, contrairement à la volonté de sa mère.

Toutefois, la nécessité d'ordonner la représentation de l'enfant relève du pouvoir d'appréciation de l'APEA, qui doit motiver sa décision lorsqu'elle est négative[18]. Néanmoins, en vertu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, cette autorité n'est pas obligée de désigner un·e curateur·trice[19], et cela, même lorsque l'enfant le demande. Cependant, étant donné que le législateur a expressément décrit les situations déterminantes (art. 314*a*bis al. 2 ch. 1 et 2 CC), il est clair qu'il est habituellement nécessaire d'ordonner une représentation dans ces cas[20], de sorte qu'on peut partir du principe qu'un·e curateur·trice doit être désigné·e[21].

Cependant, tant le législateur que le Tribunal fédéral restent muets sur la *durée* du mandat de représentation dans une procédure de protection de l'enfant au sens de l'article 314*a*bis CC, bien que, en vertu des Lignes directrices, la participation de l'enfant et, a fortiori, sa représentation, restent *nécessaires après la*

16 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 85.

17 Kinderanwaltschaft Schweiz, Checkliste: Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes im Sinne von Art. 314*a*bis ZGB im Kindesschutzverfahren, sans date. En particulier en ce qui concerne les décisions d'attribution de l'autorité parentale (art. 298*d* CC et art. 299 du code de procédure civile du 19.12.2008 [CPC ; RS 272]), de retrait du droit de déterminer le lieu de résidence (art. 310 CC), de retrait de l'autorité parentale (art. 311 s. CC), de placement à des fins d'assistance dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique (art. 314*b* CC), d'institution d'une tutelle (art. 327*a* ss CC) et d'introduction d'une procédure d'adoption (art. 264 ss CC) ; Cottier, KuKo ZGB, Art. 314*a*bis ZGB, n. m. 6 ; Biderbost, HandKomm, Art. 314*a*bis ZGB, n. m. 2.

18 ATF 5A_403/2018 du 23.10.2018, consid. 4.1.2 et ATF 5A_618/2016 du 26.07.2016, consid. 2.2.2.

19 ATF 147 III 451, ATF 5A_232/2016 du 06.07.2016, consid. 4 ; autrement ATF 5A_744/2013 du 31.01.2014 consid. 3.2.3 ; de Salis, La demande d'instauration d'un curateur ou d'une curatrice de représentation pour l'enfant, 09.10.2021 (02.03.2022).

20 COPMA, Droit de la protection de l'enfant, 2017, ch. m. 7.51.

21 Cottier, KuKo ZGB, Art. 314*a* ZGB, n. m. 7.

procédure lorsque les actes des parents sont un motif de la procédure[22] ou que, en vertu du code civil (art. 314*a*^{bis} al. 2 ch. 2 CC), il faut ordonner une représentation de l'enfant parce que les parents ont des relations conflictuelles. Marius gagnerait à continuer de bénéficier d'une représentation, d'un accompagnement ou des deux mesures, parce qu'il se retrouve dans une situation à la fois nouvelle et difficile et que les relations entre ses parents se sont envenimées, notamment en raison de la décision rendue par l'autorité. À notre avis, l'approche de la justice adaptée aux enfants exige que l'enfant soit représenté par un·e professionnel·le indépendant·e, dont la mission première est de faire valoir la volonté et les intérêts subjectifs de l'enfant vis-à-vis de tou·te·s les intervenant·e·s. Il faudrait donc continuer, après le prononcé de la décision, à accompagner ou à représenter l'enfant en faisant preuve d'empathie jusqu'au moment où sa situation se sera stabilisée et où il apparaît clairement qu'il ne lui sera plus nécessaire de recourir à la justice.

La participation, une question d'attitude également

Il ne fait aucun doute que le droit de Marius de participer à toutes les procédures le concernant, garanti par l'article 12 CDE, est directement applicable en Suisse. Dans un arrêt récent portant sur le droit des étrangers, le Tribunal fédéral a confirmé que l'article 8 CEDH consacrait aussi le droit de l'enfant à ce que ces aspects (les éléments ressortant de l'audition de l'enfant) soient pris en compte dans l'appréciation de toutes les questions concernant la vie de famille et le bien de l'enfant et, par conséquent, l'obligation des pouvoirs publics d'en tenir dûment compte. La cour a précisé par ailleurs que l'autorité pouvait omettre l'audition personnelle lorsque l'intérêt de l'enfant concorde avec celui du parent concerné[23].

La participation visée à l'article 12 CDE comprend tant la communication verbale, lors des phases formelles de la procédure, que la communication non verbale, lors des audiences et des processus décisionnels concernant l'enfant. L'enfant a besoin de parler, d'écouter, d'être pris au sérieux et d'agir[24]. Dès lors, la participation nécessite aussi une certaine *attitude* de la part des intervenant·e·s,

22 CDE, Lignes directrices, p. 25.
23 ATF 124 II 94 et ATF 147 I 149, consid. 3.1.
24 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, pp. 12 ss et COMITÉ CDE, Participation 2009, ch. m. 1-13, 20-24, 40-47, 53 s., et 90-97.

qui doivent reconnaître que l'enfant[25] est la personne la plus à même de véritablement connaître sa vie, et donc ses besoins et de les transmettre, ainsi qu'un être qui interagit, prend sa vie en main et lui donne sens.

Favoriser la compréhension d'une justice adaptée aux enfants

Formation initiale et continue des professionnel·le·s

Si l'on souhaite améliorer l'attitude envers la participation des enfants, il est nécessaire de prendre des mesures, et notamment d'y sensibiliser tant les parents que les enfants et de dispenser une formation initiale et continue systématique à tou·te·s les professionnel·le·s travaillant avec des enfants[26]. Et pour que ces mesures s'institutionnalisent, il faut pouvoir compter sur une véritable volonté politique.

Lors de sa séance du 5 mars 2021, le Conseil fédéral a décidé de soutenir les organisations qui sensibilisent les acteurs de la formation initiale et continue aux droits de l'enfant, et ce au moyen d'aides financières octroyées pendant cinq ans (2022 à 2026)[27]. Il suit ainsi une des principales recommandations formulées en 2015 par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies[28].

Bien que le dispositif de protection de l'enfant se soit incontestablement professionnalisé en Suisse et que sa qualité se soit améliorée[29], il nous manque toujours un système harmonisé qui, quel que soit le domicile (ou lieu de séjour) de l'enfant, l'associe aux procédures, le fait participer et prenne systématiquement en considération ses opinions[30], de façon à réaliser pleinement en Suisse le droit de l'enfant à la participation garanti par l'article 12 CDE. L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) joue un rôle de premier plan dans la politique suisse

25 Lansdown, Can you hear me? The Right of Young Children to Participate in Decisions Affecting Them. Working Papers in Early Childhood Development no 36, La Haye 2005, pp. 1 ss et dans l'ouvrage pionnier et fondamental : Thomas, Towards a Theory of Children's Participation, The International Journal of Children's Rights 15 (2007), pp. 199-218.

26 Comité CDE, Participation 2009, ch. m. 49.

27 OFAS, Grundlagenpapier zur Gewährung von Finanzhilfen zur Stärkung der Kinderrechte, Kredit «Kinderrechte», 22.03.2021, p. 2.

28 Conseil fédéral, Droit de l'enfant d'être entendu. Bilan de la mise en œuvre en Suisse de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 14.3382 CSEC-N, 02.09.2020, p. 6.

29 Sauthier et Cottier, L'impact des droits humains en matière de placement de l'enfant en droit civil suisse (première partie), FamPra 4/2020, pp. 890 ss. Le droit et l'obligation d'aviser l'autorité ont notamment été revus en 2019.

30 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, recommandation n° 18.

de protection de l'enfant. Il octroie par exemple chaque année des crédits à des programmes visant à promouvoir les droits de l'enfant dans les cursus de formation des professionnel·le·s[31].

Début 2021, deux institutions clés du domaine de la protection de l'enfant en Suisse, la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) et la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), ont publié des recommandations communes relatives au placement extra-familial qui établissent des normes de qualité minimales. Ces recommandations consacrent le principe de la participation de l'enfant, participation qui doit être adaptée à son âge et garantie lors de toutes les phases de son placement. Elles ont tant pour but de veiller au bien de l'enfant que de servir de cadre de référence sur le plan technique aussi bien que politique[32] :

31 OFAS, Aides financières – Droits de l'enfant (site web [02.03.2022]).
32 CDAS et COPMA, Recommandations placement extra-familial.

Bonne pratique : Recommandations concernant le placement extra-familial

La Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) et la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) ont publié en 2020 des recommandations concernant le placement extra-familial. Elles décrivent la participation des enfants dans ce processus comme suit :

« […] Le terme de "participation" fait référence à l'implication des enfants et des jeunes et de leurs personnes de référence dans la procédure de décision les concernant. Les personnes concernées ont un droit à la participation et à l'autodétermination, ainsi qu'à l'épanouissement personnel. Pour que ces droits puissent se concrétiser, le processus de placement doit être empreint d'une culture générale de participation et de collaboration. Les études le démontrent : mieux les personnes concernées sont impliquées, plus les mesures sont efficaces. […] »[33]

« […] Pour une participation réussie, les différents acteurs impliqués doivent réunir des *connaissances* relatives à la participation (par exemple connaissance du cadre juridique, des besoins de l'enfant à la lumière de la psychologie du développement et des possibilités d'action de l'enfant), des *compétences* pour la mettre en œuvre (par exemple compétences dans la conduite des entretiens, compétences de diagnostic) et la *volonté* qu'elle existe véritablement (autrement dit une posture les amenant à vouloir réellement envisager le point de vue de l'enfant ou du jeune concerné et, le cas échéant, faire des compromis. »[34]

Conclusion : remettre en question sa pratique et interroger les enfants

Durant l'élaboration des Lignes directrices, le Conseil de l'Europe a consulté non seulement des services publics et des organisations non gouvernementales, mais également 3800 enfants et jeunes de toute l'Europe. Dès lors, ses Lignes directrices reflètent aussi bien le point de vue des expert·e·s que celui des enfants. Il en ressort que dans les procédures, il faudrait interroger plus souvent les en-

33 CDAS et COPMA, Recommandations placement extra-familial, p. 15.
34 CDAS et COPMA, Recommandations placement extra-familial, p. 19.

fants sur leurs besoins, ce qui n'est guère difficile. Si, par exemple, on avait demandé à Marius s'il voulait « garder » son curateur ou sa personne de confiance après le prononcé des décisions, on aurait eu une bonne illustration de ce que signifie une justice adaptée aux enfants pour toutes les parties prenantes.

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a La Confédération et les cantons font de la participation des enfants un objectif contraignant de leur politique, et lui consacrent des outils de monitorage tels que statistiques et rapports annuels (voir le chapitre 12).

b Les pouvoirs publics élaborent et diffusent du matériel d'information pour toutes les procédures, destiné tant aux enfants et adolescent·e·s et à leurs parents qu'à tou·te·s les collaborateurs·trices de la justice et des structures résidentielles d'aide à l'enfance et à la jeunesse.

c L'ensemble des acteurs·trices du domaine de la protection de l'enfance partage la même vision de la participation avant, pendant et après une procédure. Cette vision englobe diverses formes de participation avant, pendant et après une procédure ou un processus décisionnel concernant l'enfant : le droit d'être informé, le droit d'assister aux audiences, de se forger et d'exprimer librement son opinion, le droit d'être entendu et le droit d'être accompagné et représenté, notamment. La participation n'est pas subordonnée à la capacité de discernement de l'enfant. Elle ne se limite pas non plus à la qualité de partie dans une procédure, mais doit être comprise comme un processus et une attitude envers l'enfant.

d Les pouvoirs publics évaluent régulièrement, à l'aide d'enquêtes sur leurs pratiques, la participation des enfants et des jeunes dans le système de protection de l'enfance et, en particulier dans les structures d'aide à l'enfance et à la jeunesse en milieu ouvert, dans le dispositif légal de protection de l'enfant et dans les structures résidentielles. Les enfants et les jeunes sont associés s à ces enquêtes.

e Les intervenant·e·s du dispositif de protection de l'enfance doivent se pencher régulièrement sur leur attitude envers la participation des enfants.

4 Des conditions de détention conformes aux droits humains

David Krummen, Jörg Künzli et Meret Lüdi

Introduction

Cas pratique : Pas de place en institution thérapeutique spécialisée

I.L., condamné à une peine privative de liberté de 14 mois, voit l'exécution de cette dernière ajournée, car un traitement institutionnel lui est ordonné. Il passe alors plus de quatre ans en détention avant que les autorités lui trouvent une place dans une institution résidentielle appropriée.

Cas pratique : Régime de détention plus sévère

« En raison du comportement dont il a fait preuve jusqu'à maintenant lors de l'exécution de sa peine, T.R. est transféré dans le SIA II (un petit groupe) pour une durée provisoire de six mois. » C'est avec cette seule phrase d'explication que T.R. apprend son transfert dans un régime de détention plus sévère. Durant les six mois qui vont suivre, il ne se douchera que trois fois par semaine, travaillera seulement les demi-journées, ne pratiquera presque pas de sport et n'aura plus accès aux formations proposées. Il ne peut pas se permettre les services d'un·e avocat·e qui l'aiderait à recourir contre cette décision.

Cas pratique : Suicide en détention

R.K., chez qui on a diagnostiqué une schizophrénie paranoïde, est arrêté par la police pour divers délits en janvier 2019. Détenu à la prison régionale de Berne, il ne peut sortir à l'air libre qu'une heure par jour et voir ses proches qu'à travers une vitre. Après sept mois de détention préventive, il est transféré dans une unité pour détenu·e·s souffrant de troubles psychiques. Lors d'une des deux visites que ses parents ont été autorisés à lui rendre, R.K. leur dit avoir tenté de se suicider. Au début août 2019, il se pend dans sa chambre et meurt à l'âge de 25 ans.

Ces trois cas pratiques[1] mettent en évidence que les personnes en privation de liberté se retrouvent par la force des choses dans une relation de proximité très marquée avec l'État. Étant donné que ce dernier détermine dans une large mesure leurs conditions de vie, il lui incombe de satisfaire leurs besoins fondamentaux. Le respect des droits humains dans les établissements pénitentiaires représente par conséquent une question très délicate pour tous les États[2]. Ces 10 dernières années, le Domaine thématique Police et justice du CSDH a étudié de nombreuses problématiques en lien avec le respect des droits humains des personnes en détention en Suisse. Dans une série d'avis de droit, il a attiré l'attention en particulier sur divers types de privation de liberté tels que la détention provisoire, l'internement, la détention en quartier de haute sécurité ou encore l'internement administratif en application du droit des étrangers (abrégé en internement administratif)[3]. Il en ressort que le principe de proportionnalité joue un rôle essentiel lorsqu'il en va du respect des droits humains : pour être licite, il faut qu'une restriction à la liberté des personnes détenues permette d'atteindre le but concret de la détention ou d'assurer la gestion et la sécurité de l'établissement concerné.

Parmi tous les aspects de la vie en détention, le présent chapitre traite quatre thématiques dans lesquelles, à notre avis, les droits humains devraient davantage être respectés. L'accès à Internet, comme moyen de garder le contact avec l'extérieur, est le premier aspect analysé ; nous estimons que la Suisse dispose en la matière d'un potentiel encore largement inexploité. Nous nous penchons ensuite sur un mode poussé d'incarcération fréquent dans les établissements pénitentiaires suisses, à savoir l'isolement de fait ou ordonné par la justice, en nous demandant quelles conditions il lui faut remplir pour être valide au regard des droits humains tout en respectant le principe – fondamental – de la proportionnalité. Nous poursuivons avec une autre question de proportionnalité, cette fois en lien avec des formes spécifiques de détention telles que l'internement ou l'internement administratif : ces types de détention devraient, pour respecter les droits humains, se dérouler dans des institutions ou des unités spécialisées, ce qui n'est pas systématiquement le cas en Suisse. Nous étudions enfin un aspect procédural : une fois incarcérées, les personnes détenues se voient sou-

1 Concernant le premier cas pratique, voir ERDMANN, « Schläger von Schüpfen » beschwert sich, Der Bund du 19.02.2017; concernant le deuxième cas pratique, voir MÜHLEMANN, Zugang zum Recht, p. 159 ; concernant le troisième cas pratique, voir BOOS, Ein Gutachten und seine Folgen, Die Wochenzeitung du 06.08.2020 (03.04.2022).

2 CSDH, État des lieux police et justice, p. 1.

3 CSDH, Untersuchungshaft ; CSDH, Verwahrung ; CSDH, Hochsicherheitshaft ; CSDH, Ausländerrechtliche Administrativhaft.

vent refuser un accès facilité à des conseils et à une représentation juridiques, quand bien même la détention est elle aussi susceptible de restreindre sévèrement leurs droits. Nous n'abordons pas ici, par manque de place, des problématiques pourtant importantes, telles que la prise en charge des détenu·e·s souffrant de troubles psychiques ou les conséquences de la détention sur les droits humains des proches de la personne incarcérée.

Pour chacune des quatre problématiques traitées, nous terminons notre propos en formulant des recommandations destinées avant tout aux cantons, puisque l'exécution des peines et des mesures relève de leur compétence[4].

Analyse

Garder le contact avec le monde extérieur grâce à un accès règlementé à Internet

Pour les détenu·e·s et leur resocialisation, préserver le contact avec le monde extérieur, et surtout maintenir les liens sociaux existants, est fondamental. Cela passe par diverses mesures, dont principalement les visites des proches ; certains établissements disposent maintenant à cet effet de parloirs individuels ou familiaux permettant aux visites de se dérouler sans surveillance. La communication numérique, quant à elle, prend une importance croissante dans la vie sociale et vient compléter ces contacts directs.

Devenu, dans le monde entier, le moyen de communication par excellence, Internet s'est imposé dans tous les domaines de la vie. Or, en Suisse, les personnes détenues sont le plus souvent exclues de cette évolution, car la plupart des établissements pénitentiaires gèrent l'accès à Internet de manière restrictive[5]. Leur incarcération ne se limite donc pas au monde physique, puisqu'actuellement, elle devient aussi synonyme d'exclusion de l'univers numérique. Combler ce fossé numérique dans les prisons pourrait notamment ouvrir de nouvelles perspec-

4 Si ces recommandations pourraient, pour certains de leurs éléments, bénéficier d'une intervention du législateur fédéral, les normes en vigueur suffisent cependant déjà à leur concrétisation. Chaque canton disposant de son système judiciaire, il est ici impossible de déterminer quelle est l'ampleur des modifications exigées par ces recommandations dans la législation cantonale ou quelles sont les entités à qui incombe leur mise en œuvre, à savoir les autorités cantonales chargées de l'exécution ou les établissements pénitentiaires directement.

5 Von Mandach, Digitalisierung und Strafvollzug, pp. 13 ss et p. 17.

tives de resocialisation, en facilitant, outre les contacts avec le monde extérieur, l'accès aux formations en ligne et l'acquisition de compétences numériques[6]. Par ailleurs, permettre aux détenu·e·s d'accéder – de manière règlementée – à Internet se défend également du point de vue du respect des droits humains.

Accès à Internet et droits humains

Pour l'heure, la jurisprudence n'a certes pas reconnu aux personnes détenues un droit général à l'accès à Internet qui découlerait des droits humains[7], mais il semble incontesté qu'un accès règlementé offre aux détenu·e·s davantage de possibilités d'exercer plusieurs de ces droits. On pense tout d'abord à la liberté d'information, partie intégrante de la liberté d'expression (art. 19 PIDCP[8], art. 10 CEDH[9]) : Internet est devenu un outil incontournable de réception et de diffusion d'informations, cela d'autant plus que certaines données ne sont accessibles que sur la Toile[10].

L'exercice du droit au respect de la vie de famille (art. 10 ch. 1 PIDESC[11], art. 17 et art. 23 al. 1 PIDCP ainsi qu'art. 8 CEDH) peut être facilité par des formes de communication passant par Internet, comme les courriels, les messageries ou les appels vidéo[12]. Le contact numérique avec le monde extérieur prend d'autant plus d'importance qu'il consolide non seulement les droits des personnes déte-

6 En collant de la sorte au plus près aux conditions de vie à l'extérieur, les établissements pénitentiaires se conforment aussi au principe de normalisation figurant à l'art. 75 al. 1 code pénal suisse du 21.12.1937 (code pénal, CP ; RS 311.0).

7 La CourEDH reconnaît toutefois que les États qui accordent en principe à leur population carcérale le droit d'accéder à Internet doivent justifier toute limitation de cet accès sur la base de l'art. 10 al. 2 CEDH (voir CourEDH, *Kalda c. Estonie*, requête n° 17429/10, 16.01.2016, par. 41 ss ; CourEDH, *Jankovskis c. Lituanie*, requête n° 21575/08, 17.01.2017, par. 49 ss ; CourEDH, *Ramazan Demir c. Turquie*, requête n° 68550/17, 09.02.2021, par. 30 ss).

8 Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte civil, PIDCP ; RS 0.103.2).

9 Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; RS 0.101).

10 La CourEDH reconnaît elle aussi ce fait (voir CourEDH, *Kalda c. Estonie*, requête n° 17429/10, 16.01.2016, par. 52 ; CourEDH, *Jankovskis c. Lituanie*, requête n° 21575/08, 17.01.2017, par. 49).

11 Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte social, PIDESC ; RS 0.103.1).

12 La CourEDH a toutefois estimé qu'on ne saurait déduire de l'art. 8 CEDH un droit pour les détenu·e·s à des communications numériques avec l'extérieur (CourEDH, *Ciupercescu c. Roumanie*, requêtes no41995/14 et 50276/15, 01.07.2020, par. 105). Le contact des détenu·e·s avec le monde extérieur est règlementé, au plan international, aux ch. 24.1 ss des Règles pénitentiaires européennes (Recommandation Rec[2006]2 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes, 11.01.2006 ; RPE) et à la règle n° 58 des Règles Nelson Mandela (Ensemble des règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus, Résolution 70/175 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 17.12.2015 ; RNM); au plan national, il l'est à l'art. 84 al. 1 CP.

nues, mais aussi ceux de leurs proches. Lorsque, par exemple, on permet à un parent de rester en contact avec ses enfants, on préserve aussi le bien de l'enfant[13].

Internet permet aussi d'accéder à d'innombrables formations données dans toutes sortes de langues, ce qui en fait un outil favorisant l'exercice du droit à l'instruction (art. 13 PIDESC, art. 2 PA n° 1 CEDH[14])[15]. Y accéder ouvre de nouvelles possibilités d'instruction, en particulier aux détenu·e·s ne maîtrisant pas les langues des ouvrages proposés par la bibliothèque de la prison.

Enfin, Internet rend également plus facile l'accès à la justice pour les détenu·e·s (voir ci-après). En ligne, il est en effet souvent plus aisé de trouver des informations juridiques ou de contacter des services de conseil juridique ou des avocat·e·s.

Le respect des droits humains exige par conséquent un changement de paradigme : pour les détenu·e·s, l'accès à Internet devrait à l'avenir représenter la règle plutôt que l'exception, une règle à laquelle on déroge dans une certaine mesure seulement, et exclusivement pour des raisons propres à la détention ou au cas particulier (recommandation a).

Règlementation de l'accès à Internet dans les prisons

Dans les établissements pénitentiaires, l'accès des détenu·e·s à Internet doit être organisé de manière à préserver la sécurité et l'ordre publics ainsi que l'intérêt de la poursuite pénale. Il ne saurait être question d'autoriser toutes les personnes détenues à y accéder de manière illimitée, en raison de divers risques pour la sécurité, en particulier celui de voir certaines d'entre elles commettre des délits sur Internet. Nous pensons par exemple à des propos pénalement condamnables proférés par voie numérique (harcèlement sexuel ou injures, par ex.) ou à

13 Au sujet des graves conséquences psychosociales de la détention pour les proches des personnes détenues, voir KAWAMURA-REINDL, Digitale Herausforderungen für den Strafvollzug, pp. 58 ss et p 60. Dans ce contexte, il apparaît important également que la possibilité d'établir une communication numérique ne soit pas assortie d'une réduction des visites (à ce sujet, voir VON MANDACH, Digitalisierung und Strafvollzug, p. 15). Par ailleurs, quand les proches vivent à l'étranger, la communication numérique peut même constituer le seul moyen de rester en contact.

14 Protocole additionnel du 20.03.1952 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Protocole additionnel n° 1 à la CEDH ; PA n° 1 CEDH). La Suisse a signé le PA n° 1 CEDH, mais ne l'a pas encore ratifié.

15 L'accès à l'instruction est explicitement garanti aux détenu·e·s aux ch. 28.1 ss des RPE ainsi que par la règle n° 104 des RNM.

l'implication dans des infractions commises avec des comparses agissant à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire ; ou encore au danger de collusion, présent en détention préventive[16].

Il existe toutefois des moyens techniques de limiter ces risques, en contrôlant et en restreignant l'utilisation d'Internet. On peut ainsi recourir à des « listes blanches », qui ne permettent d'accéder qu'à des sites web bien définis[17]. Les contacts numériques – via courriels, messagerie ou appels vidéo – peuvent aussi être limités à un groupe de personnes restreint et faire l'objet d'une surveillance en cas de risques. Un modèle à plusieurs niveaux pourrait régir l'accès des détenu·e·s à Internet, en fonction des risques liés à chaque situation. En cas de risque de collusion lors d'une détention préventive, seul l'accès à certains sites web serait autorisé par exemple, et tout contact numérique avec l'extérieur rendu techniquement impossible. Une personne purgeant une peine, qui ne présenterait pas de danger de récidive et dont la sortie serait déjà prévue, pourrait en revanche bénéficier d'un plus large accès à Internet : dans ce cas, on établirait une « liste noire », qui l'empêcherait d'accéder à certains sites web problématiques, mais pas aux autres. Comme l'illustre l'exemple allemand qui suit,[18] il est possible d'appliquer de tels modèles dans les établissements pénitentiaires.

Bonne pratique : Des tablettes pour les détenu·e·s

Depuis juin 2018, 70 personnes purgeant une peine dans l'établissement pénitentiaire de Heidering, en Allemagne, disposent de tablettes configurées exprès pour elles, qu'elles sont autorisées à utiliser en cellule. Elles peuvent ainsi non seulement accéder à une liste de sites web (sites web publics, portails de location de logements et Wikipédia par ex.), mais aussi échanger des courriels avec les membres de leur famille, leurs ami·e·s et certains services de l'administration.

16 Cette question soulève d'autres difficultés, telles que celle de la protection des données ou celle de la licéité de surveiller l'utilisation d'Internet.

17 Tout au moins l'accès aux sites web publics (pour y chercher des informations dans les domaines du droit, de la politique et de la formation) devrait présenter un risque relativement réduit (voir CourEDH, *Kalda c. Estonie*, requête n° 17429/10, 16.01.2016, par. 53 ; CourEDH, *Jankovskis c. Lituanie*, requête no21575/08, 17.01.2017, par. 61).

18 À ce sujet, voir KAWAMURA-REINDL, Digitale Herausforderungen für den Strafvollzug, p. 69.

En Suisse aussi, on observe des premières démarches de numérisation[19]. Durant la pandémie de COVID-19, de nombreuses prisons ont prévu des moyens d'entretenir des contacts au moins par voie numérique, ou les ont étendus[20]. Il serait bienvenu de profiter de cette dynamique pour faire avancer la numérisation des établissements pénitentiaires.

L'isolement, une exception à justifier

Il est très important, pour les personnes détenues, d'avoir des possibilités adéquates de contacts sociaux, d'emploi et de loisirs, sans quoi des conséquences graves pour leur santé psychique peuvent souvent survenir. C'est particulièrement le cas pour les personnes en préventive : dans les premières heures et jours suivant leur arrestation, nombre d'entre elles souffrent d'un choc psychologique qui les met durement à l'épreuve[21]. Arrachées sans préavis à leur vie quotidienne, elles se retrouvent, dans de nombreuses prisons de Suisse, dans des conditions de détention difficiles. Certaines d'entre elles passent ainsi jusqu'à 23 heures par jour en isolement dans leur cellule, qu'elles ne quittent que pour une heure de promenade dans une cour intérieure bétonnée[22]. Ces conditions expliquent qu'à l'échelle nationale, les détenu·e·s en préventive affichent des taux de suicide nettement plus élevés que ceux et celles purgeant une peine[23]. Toutefois, même ces derniers·ères, qui exécutent généralement leur peine en groupe, sont susceptibles de se voir imposer un isolement, lorsque leur sécurité ou celle de tiers est en jeu[24]. Enfin, l'isolement concerne également les détenu·e·s considéré·e·s comme particulièrement dangereux·euses, qui sont placé·e·s dans des quartiers de haute sécurité. Il s'agit là la plupart du temps d'individus souffrant de troubles psychiques[25].

19 Pour un tour d'horizon de ces démarches, voir Von Mandach, Digitalisierung und Strafvollzug.
20 Wegel et Fink, Die Covid-19-Pandemie ist bisher erfolgreich gemeistert worden, #prisoninfo 2/2020, pp. 4 ss.
21 À ce sujet, voir CSDH, Untersuchungshaft, pp. 54 ss.
22 CSDH, Untersuchungshaft, pp. 45 s. ; humanrights, Détention provisoire : le principe de proportionnalité doit devenir une réalité juridique, 03.08.2020 (04.05.2021).
23 De 2011 à 2020, on a dénombré 35 suicides en détention préventive contre 21 en exécution des peines, et cela, bien que les personnes détenues purgeant une peine soient bien plus nombreuses que celles en préventive (voir Office fédéral de la statistique, Privation de liberté, décès et suicides [27.04.2021]).
24 Par isolement, nous entendons ici le mode de détention décrit à la règle n° 44 des RNM, c'est-à-dire la mise à l'écart d'un·e détenu·e 22 heures par jour ou plus, sans contact humain réel.
25 CSDH, Hochsicherheitshaft, p. 13.

Détention en groupe et droits humains

Pour le bien-être psychique des détenu·e·s et le respect du principe de resocialisation, il convient, autant que possible, de privilégier l'exécution en groupe d'une peine ou d'une mesure à une forme de détention restreignant les contacts sociaux, telle que l'isolement. Des considérations relatives aux droits humains vont aussi en ce sens. Ainsi, le droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH et art. 17 al. 1 PIDCP) comprend en particulier celui de pouvoir entrer en contact avec d'autres personnes[26]. En raison de ses conséquences potentiellement graves, l'isolement touche aussi à l'intégrité psychique, protégée par le droit à la vie privée. Quant à un isolement général sur une longue durée, il est susceptible de constituer une violation de l'interdiction de toute peine ou traitement inhumain ou dégradant (art. 3 CEDH et art. 7 PIDCP)[27]. Sans compter qu'en évitant d'isoler socialement les détenu·e·s, on respecte leur droit à la vie (art. 2 al. 1 CEDH ; art. 6 al. 1 PIDCP), puisque c'est une manière de prévenir les suicides (voir le cas pratique « Suicide en détention »).

La détention doit, pour respecter les droits humains mentionnés ci-dessus, toujours se dérouler dans des conditions satisfaisant au principe de proportionnalité. Il en découle que les possibilités d'interaction et d'occupation ne peuvent être restreintes que dans la mesure nécessaire pour garantir l'ordre et la sécurité au sein de l'établissement pénitentiaire ainsi que l'intérêt de la poursuite pénale[28]. Du point de vue des droits humains, il convient donc que l'incarcération se fasse en principe en groupe. Toute restriction à ce principe – en dernier recours sous la forme d'un isolement – ne saurait être ordonnée sans justification spécifique au cas (recommandation b).

Incidences sur la détention préventive et l'isolement

On comprend donc que le fait d'isoler sans autre procès les personnes en préventive durant plus de 20 heures par jour constitue une violation de leurs droits fondamentaux[29]. Il n'est en particulier pas possible de justifier un tel régime de détention par le risque de collusion, car on peut écarter ce dernier grâce à des moyens moins contraignants, par exemple en plaçant les différentes parties à

26 CourEDH, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, requête n° 44787/98, 25.09.2001, par. 56.
27 Voir CourEDH, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, requêtes n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, 10.04.2012, par. 206 ss.
28 Voir CSDH, Untersuchungshaft, p. 1.
29 CSDH, Untersuchungshaft, p. 46.

un même procès dans différents groupes ou différents établissements. L'exemple qui suit[30] montre qu'une organisation plus libérale de la détention préventive n'est pas seulement indiquée du point de vue du droit, mais aussi tout à fait réalisable.

Bonne pratique : Cellules ouvertes, repas pris en commun et sport d'équipe

Dans la prison de la Croisée, dans le canton de Vaud, qui accueille des hommes en détention préventive, ces derniers peuvent faire trois quarts d'heure de sport d'équipe par jour sous la direction d'un moniteur sportif. Le repas de midi se prend dans l'espace commun et les portes des cellules restent ouvertes au moins une heure par jour.

La plus grande retenue étant de mise au moment d'imposer un isolement cellulaire, les motifs[31] permettant d'ordonner cette mesure doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive : un risque d'évasion ou une simple perturbation du fonctionnement de l'établissement ne suffisent pas. De plus, l'isolement ne doit pas durer davantage que ce qui est strictement nécessaire. Un isolement de longue durée, sur plus de 15 jours consécutifs – une pratique parfois encore observée en Suisse –, est difficilement compatible avec les obligations découlant des droits humains[32].

Des établissements ad hoc pour des types de détention particuliers

Le droit suisse connaît divers motifs d'incarcération, qui doivent donner lieu à des modes de détention spécifiques. Les pouvoirs publics doivent par conséquent prévoir des établissements ad hoc ou tout au moins des unités spéciales pour certaines catégories de détenu·e·s. C'est le cas pour la détention administrative, les mesures thérapeutiques institutionnelles et l'internement.

30 À ce sujet, voir CSDH, Untersuchungshaft, pp. 45 s. et 49. L'établissement pénitentiaire de Grossdorf, dans le canton de Lucerne, et en partie celui de Pfäffikon, dans le canton de Zurich, prévoient eux aussi de telles conditions de détention.
31 À ce sujet, voir art. 78 et art. 90 al. 1 let. a CP.
32 Voir règle n° 44 en relation avec la n° 43 al. 1 let. b des RNM.

Détention administrative

La jurisprudence du Tribunal fédéral veut que la détention administrative se déroule en principe dans des établissements spécialisés, c'est-à-dire « dans des bâtiments spécialement conçus à cet effet, mieux adaptés à un régime de détention plus souple […], et dont on peut aussi reconnaître à leur aspect extérieur qu'ils servent à l'exécution d'une détention administrative […], et non à l'exécution d'une sanction pénale »[33]. Les juges de Montbenon ont explicitement précisé que les quartiers particuliers d'une prison classique ne constituent pas des établissements spécialisés[34]. Les exceptions à cette règle ne sont permises que pour quelques heures ou quelques jours au plus, lorsqu'« il existe des raisons importantes empêchant une autre forme de détention administrative », comme un transfert imminent vers un aéroport pour un renvoi[35]. Or, de nombreux cantons se refusent encore à appliquer pleinement ces dispositions[36].

Mesures thérapeutiques institutionnelles

En vertu de l'article 59 alinéa 2 du code pénal (CP), les mesures thérapeutiques institutionnelles s'effectuent dans un établissement psychiatrique approprié ou dans un établissement d'exécution de mesures. En Suisse, on manque toutefois de places dans ce genre d'institution, ce qui retarde souvent la prise en charge thérapeutique et amène à héberger les personnes concernées dans des établissements inadaptés (voir le cas pratique « Pas de place en institution thérapeutique spécialisée »)[37]. Un nombre non négligeable de personnes condamnées à suivre un traitement en milieu fermé attendent donc dans des prisons régionales suisses qu'une place adéquate se libère pour elles.

Il convient de remédier d'urgence à cette situation, intolérable du point de vue des droits humains. Priver un individu du traitement qui lui a été ordonné met en effet non seulement en danger son intégrité physique, mais réduit aussi ses perspectives de libération, ce qui est susceptible de prolonger la durée de sa détention. Ce raisonnement a amené la Cour européenne des droits de l'homme

33 ATF 146 II 201, consid. 6.2.2 (traduction tirée de SEM, Directives LEI, p. 236).
34 ATF 146 II 201, consid. 8.
35 ATF 146 II 201, consid. 6.2.2, 7.1 et 8.
36 Voir par ex. le consid. 2.5 de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_280/2021 du 22.04.2021.
37 CSDH, Nelson-Mandela-Regeln. Das Regelwerk der UNO für die Behandlung von Gefangenen und seine Bedeutung für die Schweiz, Berne 2020, p. 60 (qui renvoie notamment à d'autres sources).

(CourEDH) à considérer l'hébergement durant six mois d'une personne malade psychiquement dans une institution inadaptée comme une atteinte au droit à la liberté (art. 5 al. 1 CEDH)[38].

Internement

Les prescriptions découlant des droits humains laissent supposer qu'il faille accorder aux personnes condamnées à être internées, au plus tard dès qu'elles ont purgé leur éventuelle peine de privation de liberté, un régime d'incarcération plus souple, qui vise avant tout à assurer la sécurité du monde extérieur[39]. L'internement devrait prévoir des conditions de détention correspondant à son but, et par conséquent moins strictes que l'exécution des peines[40]. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies exige par conséquent explicitement, dans son Observation générale n° 35 sur l'article 9 PIDCP, que les conditions de détention des personnes internées se démarquent de celles purgeant une peine et reflètent le caractère non punitif de cette mesure[41]. Le fait qu'en Suisse, on continue généralement à calquer le régime de l'internement sur celui de l'exécution des peines est par conséquent difficilement compatible avec les droits humains[42].

Des établissements spécialisés en fonction du type de détention

Les cantons qui ne disposent pas d'établissements ou de quartiers spécialisés pour les trois types de détention dont il est question ici sont tenus d'en créer (recommandation c)[43]. Ils doivent concevoir ces derniers (infrastructure des cellules, liberté de mouvement au sein de l'établissement, communication avec l'extérieur) en fonction du but de chaque type de détention. De plus, les régimes de détention doivent tenir compte des besoins propres aux personnes vulnérables (personnes âgées ou malades) ainsi que des besoins liés au genre.

38 Voir CourEDH, *Brand c. Pays-Bas*, requête n° 49902/99, 11.05.2004, par. 58 ss.
39 CSDH, Verwahrung, p. 24.
40 Voir CSDH, Verwahrung, p. 1.
41 CDH, Observation générale n° 35 (2014), par. 21. L'Allemagne a inscrit dans son droit national cette obligation de concevoir la préventive de manière fondamentalement différente de l'exécution des peines (voir CSDH, Verwahrung, p. 22 s.).
42 CSDH, Verwahrung, p. 24.
43 Les petits cantons en particulier doivent pour ce faire pouvoir compter sur une collaboration au sein des concordats sur l'exécution des peines.

Faciliter l'accès aux conseils et à une représentation juridiques

Les personnes poursuivies pénalement doivent sans exception bénéficier des services d'un·e avocat·e lorsqu'elles sont détenues plus de 10 jours, ou qu'elles encourent une peine privative de liberté de plus d'un an, ou une mesure entraînant une privation de liberté[44]. Si la détention administrative n'octroie pas forcément un droit à l'assistance gratuite d'un·e avocat·e, les détenu·e·s qui en font la demande et n'en ont pas les moyens financiers ne peuvent en principe toutefois plus se la voir refusée après trois mois de détention[45]. Pendant l'exécution des peines, aucune représentation juridique n'est prévue. Il s'ensuit – du moins pour l'exécution des peines ou des mesures[46] – une situation dans laquelle les détenu·e·s commencent par bénéficier d'une défense, mais la perdent purement et simplement une fois que leur jugement entre en force.

Cette lacune est problématique puisque les droits des détenu·e·s peuvent aussi être fortement limités lors de l'exécution de leur peine ou de leur mesure : il suffit de penser par exemple à des conditions de détention insatisfaisantes, à des sanctions disciplinaires, à des durcissements des conditions de détention ou à des refus d'accorder des assouplissements. Les personnes incarcérées ont certes *formellement* la possibilité de recourir contre ces dispositions ou ces actes matériels[47], mais *dans les faits*, elles ne seront généralement en mesure de le faire que si elles bénéficient de conseils ou d'une représentation juridiques. Comme il leur est souvent difficile de comprendre les ordonnances d'exécution, elles ne peuvent en effet guère recourir contre elles sans l'assistance d'un·e spécialiste du droit[48].

44 Art. 130 let. a et b du code de procédure pénale suisse du 05.10.2007 (code de procédure pénale, CPP ; RS 312.0) ; pour les autres cas auxquels s'applique la défense obligatoire, voir art. 130 let. c, d et e CPP.

45 ATF 139 I 206, consid. 3.3.1.

46 Durant la détention administrative, les personnes détenues ne bénéficient généralement pas non plus d'une défense. Elles pourraient toutefois faire valoir d'éventuelles conditions de détention illicites dans le cadre de la procédure de prolongation de la détention, à chaque intervalle de trois mois, en ayant recours aux services d'un·e avocat·e, ce qui suppose cependant qu'elles connaissent cette possibilité et en fassent la demande.

47 CSDH, Rechtsschutz und Freiheitsentzug. Juristische Studie zuhanden des Schweizerischen Ausbildungszentrums für das Strafvollzugspersonal SAZ, Berne 2013, p. 1.

48 À ce sujet, voir MARTI, STALDER et HOSTETTLER, Bericht Beratungsstelle, pp. 15 s. À ces obstacles juridiques vient encore s'ajouter la barrière de la langue, puisqu'une proportion élevée de la population carcérale suisse est de nationalité étrangère.

Droit à l'assistance gratuite d'un·e avocat·e

Les garanties procédurales relatives aux droits humains (art. 6 et 13 CEDH ainsi qu'art. 2 al. 3 et art. 14 PIDCP) ne prévoient en principe pas de droit à une assistance judiciaire gratuite pour les détenu·e·s[49], mais la Constitution fédérale (Cst.) le fait en son article 29 alinéa 3[50] pour les personnes ne disposant pas de ressources suffisantes, pour autant que leur cause paraisse avoir des chances de succès et dans la mesure où la sauvegarde de leurs droits le requiert. Dans la pratique, en cas de décision d'exécution de portée particulière, comme la libération conditionnelle, les personnes détenues qui en font la demande se voient souvent accorder une assistance judiciaire gratuite. Elles acceptent en revanche, sans consulter de professionnel·le·s ni se faire défendre, la grande majorité des ordonnances d'exécution portant – à première vue – moins à conséquence, comme les mesures disciplinaires ou les transferts (voir le cas pratique « Régime de détention plus sévère »).

Le déroulement de l'exécution est particulièrement important pour les personnes en application de mesures en milieu fermé. Les assouplissements accordés, les mesures disciplinaires prononcées, les rapports de thérapie et les expertises psychiatriques déterminent de manière décisive la date de leur remise en liberté ou si, par exemple, une mesure thérapeutique institutionnelle sera prolongée de cinq ans (art. 59 al. 4 CP). Durant la procédure de prolongement d'une mesure, les personnes détenues bénéficient certes d'une défense (la « défense obligatoire »)[51], mais c'est sur leur dossier de détention – sur lequel elles n'auront pratiquement pas pu avoir de prise, par manque de conseils et d'assistance juridiques – que les juges devront fonder leur décision[52].

49 L'art. 6 CEDH, qui prévoit le droit à une assistance judiciaire gratuite pour les accusé·e·s qui n'ont pas les moyens de rémunérer un·e avocat·e, ne s'applique qu'aux décisions de justice ultérieures indépendantes telles que le fait d'ordonner ultérieurement une mesure ou de la prolonger (voir GETH, Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts nach Art. 363 ff. St-PO, PJA 2011, pp. 313 ss et pp. 314 s.). Les chiffres 23.1 ss des RPE ainsi que la règle n° 61 des RNM soulignent cependant l'importance pour tou·te·s les détenu·e·s de pouvoir bénéficier de conseils juridiques.

50 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Constitution fédérale, Cst. ; RS 101).

51 Voir ATF 145 IV 281, consid. 2.3, dans lequel le Tribunal fédéral se réfère à l'ensemble des « décisions judiciaires ultérieures indépendantes » au sens des art. 363 ss CP.

52 À ce sujet, voir les explications de l'avocat Stephan Bernard, cité dans HUMANRIGHTS.CH, L'assistance judiciaire gratuite dans l'exécution des peines et des mesures (23.07.2015).

Nécessité de conseils juridiques à bas seuil

Pour pouvoir faire valoir leur droit constitutionnel à l'assistance gratuite d'un·e avocat·e (art. 29 al. 3 Cst.), il faut que les détenu·e·s en aient connaissance. Il apparaît donc essentiel qu'ils et elles puissent avoir accès à des informations juridiques et à des conseillers·ères, qui pourront constater le cas échéant la nécessité de recourir aux services d'un·e avocat·e[53]. Dans les prisons suisses, il reste toutefois difficile pour les détenu·e·s d'accéder à des conseils juridiques indépendants et financièrement abordables[54]. Le CSDH recommande par conséquent de faciliter l'accès des détenu·e·s aux informations juridiques et à des conseillers·ères juridiques indépendant·e·s (recommandation d).

Grâce à l'intervention d'un service de conseil juridique financé par des fonds privés[55], T.R. (voir le cas pratique « Régime de détention plus sévère ») a finalement pu se faire défendre par un membre du barreau et recourir contre son transfert en régime de détention plus sévère. Il a obtenu partiellement gain de cause, l'instance de recours ayant annulé la décision en question pour défaut de motivation[56].

Tou·te·s les détenu·e·s en Suisse devraient avoir accès à des conseils juridiques à bas seuil. Un financement public s'impose ici, qui doit toutefois respecter l'indépendance de ces prestations. Un accès règlementé à Internet (voir ci-dessus) pourrait contribuer à rendre disponibles des informations juridiques et à proposer des conseils juridiques par *chat* ou par appel vidéo. Signalons enfin un modèle qui vaut également la peine d'être envisagé : celui d'une « défense constante », dans lequel toute personne détenue aurait le droit, durant toute la durée de l'exécution, d'être représentée en justice[57].

53 La CNPT recommande elle aussi de permettre aux personnes en détention administrative de consulter un·e avocat·e une fois par semaine au moins (CNPT, Détention administrative en application du droit des étrangers, p. 4).

54 À ce sujet, voir les résultats d'une enquête auprès de divers groupes professionnels concernés, dans Marti, Stalder et Hostettler, Bericht Beratungsstelle, p. 15.

55 Consultation juridique pour les personnes en détention et leurs proches (à ce sujet, voir Mühlemann, Zugang zum Recht, pp. 165 s.).

56 Mühlemann, Zugang zum Recht, p. 165.

57 Voir Biro, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019, pp. 343 ss. L'auteure amène notamment des arguments pour démontrer que ce modèle, qui semble de prime abord difficile à financer, peut tout à fait l'être (pp. 350 s.).

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a Les détenu·e·s ont accès à Internet, pour autant qu'il n'en découle pas de risques pour la sécurité à l'intérieur ou à l'extérieur de l'établissement.

b La détention en groupe est prévue pour toutes les personnes détenues, quel que soit le type de détention. Toute exception à cette règle – et en particulier l'imposition de l'isolement – doit être spécifiquement justifiée.

c Les personnes en détention administrative, en exécution de mesures, en détention préventive ou en internement sont hébergées dans un établissement ou un quartier destiné spécifiquement à leur type de détention.

d Les détenu·e·s ont un accès facilité à des conseils et une représentation juridiques.

5 Des pratiques policières conformes aux droits humains

Alexandra Büchler, Jörg Künzli et Judith Wyttenbach

Introduction

Cas pratique : Arrêt cardiaque lors d'un contrôle de police

Le soir du 28 février 2018, Mike Ben Peter a fait un arrêt cardiaque lors d'un contrôle de police à Lausanne. Il est décédé le lendemain à l'hôpital. Selon le rapport de la Police cantonale vaudoise, qui effectuait cette nuit-là des contrôles préventifs contre le trafic de drogue en ville, ce citoyen nigérian, père de famille de 40 ans, aurait été contrôlé en raison d'un « comportement suspect ». Comme il refusait de se laisser arrêter, une bagarre s'est ensuivie. Selon la presse, les policiers l'ont terrassé pour lui passer les menottes, ont utilisé du gaz lacrymogène et l'ont frappé à plusieurs reprises avant de le plaquer au sol face contre terre. Pendant environ six minutes, au moins cinq policiers l'ont maintenu avec force contre le sol froid, assis, à genoux ou couchés sur lui. Mike Ben Peter a suffoqué, crié et fini par faire un arrêt cardiaque. Une témoin a entendu des coups, de fortes respirations et des cris. Selon l'autopsie, Mike Ben Peter présentait de gros hématomes sur les organes génitaux et les côtes, mais n'avait pas de drogue dans le sang. L'enquête pénale est encore en cours. À noter qu'aucune mesure n'a été prise pour empêcher les policiers de se mettre d'accord sur le déroulement des faits et qu'ils n'ont jamais été suspendus.

Cas pratique : Filmer pendant une intervention policière

En 2017, un étudiant en droit veut participer à une manifestation à Berne contre le racisme et le fascisme. Le rassemblement n'ayant pas été autorisé, la police l'empêche de se dérouler. Alors qu'il se fait contrôler par un agent, l'étudiant en droit remarque un individu plaqué au sol par la police et filme la scène avec son portable. En dépit de l'injonction d'un policier, il continue à filmer, sur quoi le policier le prend par le col et le contraint à effacer la vidéo. L'étudiant en droit dépose ensuite plainte pénale pour contrainte et abus d'autorité. Peu de temps après l'interrogatoire, en mars 2018, du policier mis en cause, le Ministère public ordonne à l'étudiant de garder le silence sur la procédure, sous peine d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 000 francs. Une étape supplémentaire est franchie

peu après. De plaignant, l'étudiant en droit passe à accusé : il est poursuivi pour empêchement d'accomplir un acte officiel. En 2019, le Ministère public décide de classer les procédures aussi bien contre le policier que contre l'étudiant, estimant qu'une condamnation est improbable. La Cour suprême du canton de Berne déboutera ensuite l'étudiant, qui avait formé recours contre l'ordonnance du parquet.

En vertu du mandat que lui confère l'État, la police se porte garante de la sécurité et de l'ordre publics ainsi que du respect du droit. Elle incarne ainsi le monopole de la force détenu par l'État. Pour accomplir cette mission, la police a notamment le droit de réaliser des contrôles et, au cas où cela s'avèrerait nécessaire, d'appliquer des mesures de contrainte lorsqu'un individu ne respecte pas la loi. De par leur nature, ces activités empiètent sur le champ de protection des droits fondamentaux et des droits humains. Souvent, toute la difficulté pour la police consiste à appréhender correctement des situations confuses et à y réagir avec rapidité et à bon escient. L'exercice est d'autant plus ardu qu'il se pratique dans un contexte extrêmement délicat, avec, d'une part, un risque latent d'abus d'autorité et de violation des droits fondamentaux et des droits humains et, de l'autre, la crainte d'actes de violence de la part de tierces personnes.

Le travail de la police est par conséquent strictement encadré. Cela ne suffit toutefois pas à éviter que les pratiques policières ne portent régulièrement atteinte aux droits fondamentaux et aux droits humains, comme le montrent les cas pratiques ci-dessus[1]. Ces exactions peuvent prendre plusieurs formes : recours disproportionné à la force lors d'arrestations ou de manifestations, profilage racial ou ethnique, expulsions arbitraires de l'espace public de jeunes ou de membres de groupes marginalisés, atteintes aux droits de la personnalité, conduite à l'égard des requérant·e·s d'asile débouté·e·s (surtout lors d'expulsions) ou encore recours excessif aux moyens de contrainte. Or, de tels incidents n'ont que rarement des suites judiciaires, notamment parce que les plaintes déposées contre des membres de la police – à supposer qu'elles le soient – sont souvent traitées par des services qui, au quotidien, collaborent de façon étroite avec les personnes mises en cause ; parce que les agent·e·s de police réagissent souvent

1 Concernant le premier cas pratique, voir REICHEN et HOSP, Er starb nach Tritten in die Genitalien, Tagesanzeiger du 03.06.2020 (04.03.2022) ; HANIMANN, George Floyd nach helvetischer Art, Republik du 25.05.2021 (04.03.2022). L'affaire Mike Ben Peter n'est pas sans rappeler celle de George Floyd à Minneapolis, la seule différence étant qu'il n'y avait qu'une seule témoin et aucun enregistrement vidéo pouvant servir de moyen de preuve. L'affaire George Floyd a fait le tour du globe et le policier responsable de sa mort a été condamné à 22,5 ans d'emprisonnement. Les deux affaires ont été suivies de manifestations contre le profilage racial et les violences policières. Concernant le deuxième cas pratique, voir VON WYL, Der Berner Maulkorb, WOZ du 21.11.2019 (04.03.2022).

à une plainte en en déposant également une à leur tour ; parce que les victimes de violence policière ont toutes les peines du monde à prouver l'existence des exactions ; enfin, parce que le potentiel des procédures non pénales, comme les procédures de droit administratif ou les actions en responsabilité de l'État, est rarement exploité.

Partant de la prémisse que « seules des pratiques policières conformes aux [droits fondamentaux et aux] droits humains sont des pratiques professionnelles »[2], le présent chapitre approfondit cette problématique et recense les mesures, tant de nature préventive que de nature judiciaire, susceptibles de protéger les droits fondamentaux et les droits humains de toute atteinte imputable à des agent·e·s de police[3].

Analyse

Droits humains et pratiques policières – une relation complexe

Les rapports entre pratiques policières et droits fondamentaux et droits humains sont complexes et souvent, au quotidien, tendus entre deux pôles. D'une part, la fonction primordiale de ces droits est de poser des limites à l'action de l'État, et donc aussi à la police en tant qu'organe étatique. Ces droits imposent des obligations directes aux forces de l'ordre, comme l'interdiction de la torture et de toute peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant (art. 7 PIDCP[4], CAT[5], art. 3 CEDH[6] et art. 10 al. 3 Cst.[7]), le respect du droit à la vie (art. 6 PIDCP, art. 2 CEDH et art. 10 al. 1 Cst.) et d'autres libertés ainsi que l'interdiction de la discrimination (art. 2 al. 1 et art. 3 PIDCP, CERD[8], art. 14 CEDH et art. 8 Cst.). Dès lors, toute intervention policière ne sera licite que si elle s'inscrit dans des

2 Künzli et Sturm, Menschenrechte und Polizeiarbeit, p. 74.
3 Il n'est pas question dans le présent chapitre des actes de violence commis par des particuliers contre des membres de la police, car ces situations relèvent du droit pénal étant donné que les droits fondamentaux et les droits humains n'imposent pas directement d'obligations aux particuliers.
4 Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte civil, PIDCP ; RS 0.103.2).
5 Convention du 10.12.1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture, CAT ; RS 0.105).
6 Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; RS 0.101).
7 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Constitution fédérale, Cst. ; RS 101).
8 Convention internationale du 21.12.1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Convention pour l'élimination de la discrimination raciale, CERD ; RS 0.104).

limites définies, se fonde sur une base légale, sert l'intérêt public et respecte strictement le principe de proportionnalité[9]. En outre, lorsque des victimes dénonçant de graves violences policières apportent des éléments probants, les garanties découlant des droits humains exigent l'ouverture d'une enquête publique indépendante.

D'autre part, l'État est tenu de protéger la population contre toute violation des droits fondamentaux et des droits humains commise par des tiers (et notamment des particuliers). L'État doit le faire en connaissance de cause, dans les limites de ses possibilités et dans le respect des devoirs d'abstention que lui imposent les droits fondamentaux et les droits humains. Pour honorer cette obligation, il a souvent recours à des moyens policiers. En d'autres termes, la police est aussi bien une menace pour les droits fondamentaux et les droits humains que leur indispensable garante, un rôle qui, sur le terrain, exige beaucoup de doigté pour agir avec le professionnalisme que l'on attend d'elle[10].

Comme la Suisse ne tient pas de statistiques en la matière (recommandation p) et que son code pénal ne contient pas d'infractions spécifiques qui s'appliqueraient de façon explicite ou exclusive au recours excessif à la force par des membres de la police, il est difficile de dresser un tableau nuancé de la situation et de quantifier les cas de violation du droit par la police[11]. Toutefois, tant des articles de presse et des rapports d'ONG[12] que de nombreuses recommandations et décisions des organes internationaux informent que des exactions policières se produisent aussi en Suisse. Ainsi, les organes des Nations Unies chargés de surveiller l'application des conventions internationales s'inquiètent non seulement de signalements récurrents d'usage abusif de la contrainte, de comportements racistes et d'autres abus des services de la police, mais s'alarment aussi de l'absence de mécanisme indépendant habilité à recevoir des plaintes, accessible à tou·te·s, ainsi que de l'absence de données statistiques sur le nombre de plaintes, de poursuites pénales et de condamnations[13].

9 Voir art. 36 Cst. et, par ex., CourEDH, *Altay c. Turquie*, requête n° 22279/93, 22.05.2001, par. 54.
10 Sur les rapports complexes entre pratiques policières et droits fondamentaux et droits humains, voir Künzli et Sturm, Menschenrechte und Polizeiarbeit, pp. 70 ss. ; DIMR, Menschenrechtsbildung, p. 8.
11 Voir Suter, Polizeigewalt: Justiz befangen, Plädoyer 4/2010, pp. 22 ss.
12 CSDH, Protection juridique, pp. 6 s.
13 Notamment Comité CAT, CAT/C/CHE/CO/7, 07.09.2015, par. 10 ; CDH, CCPR/C/CHE/CO/4, 22.08.2017, par. 22, 28 et 29 ; Comité CERD, CERD/C/CHE/CO/7-9, 13.03.2014, par. 14. Voir aussi CSDH, Protection juridique, pp. 4 ss.

Selon nos informations, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) ne s'est prononcée récemment qu'à deux reprises sur la problématique du respect des droits humains dans le cadre du travail de la police en Suisse, et elle a par deux fois conclu à l'absence d'enquête effective : dans l'affaire *Scavuzzo-Hager et al. c. Suisse*, la CourEDH a constaté que l'intervention de la police qui s'était soldée par un mort au Tessin n'avait pas fait l'objet d'une enquête effective (violation sur la forme de l'article 2 CEDH)[14]. Dans l'arrêt *Dembele c. Suisse*, elle a estimé que le recours à la matraque par la police genevoise avait été disproportionné et n'avait pas fait l'objet d'une enquête menée avec la diligence nécessaire (violation de l'article 3 CEDH sur le fond et sur la forme)[15].

Les mesures suivantes, susceptibles de remédier aux déficiences des pratiques policières en Suisse, se fondent sur les considérations des organes internationaux que nous venons de citer.

Empêcher les exactions policières : formation et prévention

Les mesures adoptées contre les exactions policières peuvent être d'ordre soit préventif, soit répressif. Si, dans le second cas, ces mesures portent sur des atteintes aux droits fondamentaux et aux droits humains déjà survenues dans le but de les éliminer ou de les réparer, il s'agit, dans le premier cas, de les empêcher de se produire. Nous commencerons par étudier les mesures d'ordre préventif, avant de présenter les instruments envisageables de l'arsenal répressif.

Amélioration de la formation aux droits humains

La formation aux droits fondamentaux et aux droits humains est un instrument important pour prévenir les exactions policières[16]. Il est important que les membres des forces de l'ordre connaissent les divers droits fondamentaux et droits humains, non seulement les leurs, mais aussi ceux d'autrui, et qu'ils les

14 CourEDH, *Scavuzzo-Hager et al. c. Suisse*, requête n° 41773/98, 07.02.2006, par. 85.
15 CourEDH, *Dembele c. Suisse*, requête n° 74010/11, 24.09.2013, par. 68.
16 Signalons ici que la formation des policiers·ères suisses comporte déjà une formation de base aux droits fondamentaux et aux droits humains (voir par ex. INSTITUT SUISSE DE POLICE, Droits de l'homme et éthique professionnelle, Manuel de référence pour l'examen professionnel fédéral de policier/policière, 3e édition, Neuchâtel 2012). Toutefois, ce sujet n'occupe que peu de place par rapport à la formation dans son ensemble, en dépit de son importance intrinsèque, de sorte qu'il serait souhaitable de le renforcer en s'inspirant des considérations qui suivent.

intériorisent comme des valeurs guidant leurs actes[17]. Dès lors, leur formation initiale et continue doit se composer d'une part d'unités d'enseignement classiques sur l'importance de ces droits en général et sur chaque garantie qu'ils comportent en particulier ; elle doit d'autre part comprendre des cours ad hoc dans les domaines de la gestion du stress et des conflits, de la désescalade et de la prévention de la violence. Le programme de formation doit aussi régulièrement prévoir des formations sur la légalité, la proportionnalité et la sécurité du recours à la force et à la contrainte, la communication interculturelle, les comportements non discriminatoires et les rapports avec des personnes vulnérables (recommandation c)[18]. Par ailleurs, la Commission fédérale contre le racisme (CFR) recommande instamment d'aborder de façon sérieuse et conséquente la problématique encore taboue du racisme institutionnel et structurel[19].

Critères de recrutement stricts, culture de gestion des erreurs et diversité

Les corps de police ne doivent pas seulement veiller à dispenser une formation complète en matière de droits fondamentaux et de droits humains à leurs membres, mais aussi s'assurer que ces derniers·ères satisfont aux exigences élevées de leur profession. À cette fin, il faut d'une part appliquer des critères stricts lors du recrutement (recommandation d) et, d'autre part, veiller à instaurer une attitude constructive face aux erreurs au sein des unités (recommandation f). Les responsables de la formation et la direction des corps de police doivent adhérer sans réserve à une politique de tolérance zéro envers la torture et d'autres formes de mauvais traitements, l'utilisation abusive de la contrainte et la discrimination[20]. Les violations des droits doivent faire l'objet de plaintes et de rapports, non seulement de la part des victimes et des tiers, mais aussi, ou surtout, de la part des collègues ayant assisté aux faits.

Il semble par ailleurs primordial que la composition des forces de l'ordre reflète la diversité de la population, compte tenu notamment des signalements récurrents de comportements racistes au sein de la police. Ainsi, les divers groupes de la population doivent être équitablement représentés dans les unités de police

17 DIMR, Menschenrechtsbildung, pp. 8 ss.
18 Amnesty International, Police, justice et droits humains, pp. 151 s. ; DIMR, Menschenrechtsbildung, pp. 9 s. ; Amnesty International, Täter unbekannt, pp. 110 s. ; Comité CERD, Recommandation générale XIII concernant la formation des responsables de l'application des lois à la protection des droits de l'homme, A/48/18, 16.03.1993.
19 CFR, Recommandations sur le thème du racisme, p. 14.
20 CPT, Lutte contre l'impunité, par. 42.

(recommandation e)[21]. Une étude que le CSDH a consacrée en 2017 à la police municipale de Zurich montre à cet égard qu'il serait particulièrement important d'augmenter la proportion de femmes et de personnes issues de la migration[22].

Dispositions légales, instructions de service et codes de conduite à l'échelon cantonal

Étant donné que les membres de la police s'en tiennent avant tout, dans leur travail quotidien, aux bases légales cantonales (les normes générales – et surtout les conventions internationales – leur paraissant souvent abstraites), le CSDH recommande d'y inscrire de façon expresse et concrète les obligations découlant des droits fondamentaux et des droits humains et de les formuler de manière à rendre manifeste leur pertinence pour les interventions policières (recommandation a)[23]. L'adoption en sus d'instructions de service et de codes de conduite cantonaux permet de préciser davantage les bases légales et par conséquent de réduire la marge d'appréciation de chaque agent·e de police, ce qui favorise une application cohérente des droits fondamentaux et des droits humains et une harmonisation de la pratique (recommandation b).

Bonne pratique : Instruction de service « Personenkontrolle » de la ville de Zurich

Depuis novembre 2017, la procédure à suivre lors des contrôles de personnes en ville de Zurich est définie dans une instruction de service. La ville a aussi créé une application, dans laquelle les policiers·ères doivent inscrire le lieu, l'heure, le motif et le résultat de tous les contrôles, ce qui permet déjà d'en tirer des statistiques, aussi limitées soient-elles.

21 CPT, Prévention de la torture et d'autres formes de mauvais traitements par la police – Réflexions sur les bonnes pratiques et les approches émergentes, extrait du 28e rapport général d'activités du CPT, CPT/Inf(2019)9-part, par. 71 ; ECRI, Recommandation de politique générale n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police, CRI(2007)39, p. 19 ; CSDH, État des lieux police et justice, p. 51.

22 CSDH, Personenkontrollen, p. 39.

23 Amnesty International, Police, justice et droits humains, pp. 149 ss. ; OSJI, Reducing Ethnic Profiling in the European Union, A Handbook of Good Practices, New York 2012, pp. 33 s.

Identification obligatoire

Les mesures décrites jusqu'ici sont des mesures internes à la police. Bien que primordiales, elles n'en sont pas moins insuffisantes. Ainsi, pour que les agent·e·s de police puissent être identifié·e·s et qu'un individu lésé puisse, le cas échéant, déposer plainte, il est important que dans l'exercice de leurs fonctions ils portent une identification visible[24]. Ils prennent ainsi conscience qu'ils ne travaillent pas dans l'anonymat, mais qu'ils sont des représentant·e·s reconnaissables de l'État. L'obligation de porter une identification facilite non seulement les procédures contre des policiers·ères fautifs·ves, mais a aussi un effet préventif[25]. Pour les mêmes raisons, il faudrait veiller à ce que les agent·e·s en civil doivent déclarer leur identité aux personnes auprès desquelles ils interviennent ainsi qu'aux tiers qui la leur demandent[26].

En Suisse, rares sont les cantons à rendre obligatoire le port d'une plaquette indiquant le nom de l'agent·e ; par ailleurs, les interventions des unités spéciales, les missions à risque et le service d'ordre en sont généralement exemptés[27]. Les autorités justifient le plus souvent leur refus de rendre l'identification obligatoire par la nécessité de protéger les policiers·ères des représailles. Cet argument n'est toutefois valable que pour les badges nominatifs, mais pas pour les numéros de matricule, qui permettent d'identifier l'agent·e sans en dévoiler l'identité[28]. Dès lors, le CSDH recommande aux cantons de rendre obligatoire le port du matricule (recommandation g).

Enregistrements vidéo et audio

On sait que les personnes dont les droits fondamentaux ou les droits humains ont été lésés par la police ont souvent beaucoup de peine à prouver les faits. Pour y remédier, le CSDH préconise de mettre en place (ou de généraliser, là où cette pratique existe déjà) les enregistrements audiovisuels dans les situations caractérisées par une forte vulnérabilité des particuliers[29]. Cela comprend l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires de police, qui, en règle générale, ne font

24 STURM, Polizeiliche Gewaltanwendung, pp. 225 ss.
25 CSDH, Personenkontrollen, p. 38.
26 AMNESTY INTERNATIONAL, Täter unbekannt, p. 109.
27 Pour une vision d'ensemble des dispositions cantonales, voir STURM, Polizeiliche Gewaltanwendung, p. 226.
28 STURM, Polizeiliche Gewaltanwendung, p. 227.
29 KÜNZLI et STURM, Menschenrechte und Polizeiarbeit, p. 75.

actuellement que l'objet d'un procès-verbal, la surveillance vidéo de toutes les zones des postes de police – pour autant que cela n'empiète pas sur les droits de la personnalité des personnes en état d'arrestation (les cellules font dès lors exception) ou sur le droit d'avoir des entretiens confidentiels avec des médecins ou des avocat·e·s[30] – et le recours à des caméras-piétons lors des contrôles de personnes[31]. Ces enregistrements n'ont pas pour seul effet de permettre de recueillir davantage de preuves ; ils préviennent aussi les litiges et contribuent à la désescalade[32].

Tant la création que l'utilisation et la conservation des enregistrements audiovisuels constituent une ingérence dans les droits des personnes, de sorte que le recours à cette technique doit être autorisé par une loi au sens formel, qui précisera notamment les circonstances rendant l'enregistrement licite ou obligatoire, la durée de conservation des données, les buts de leur utilisation ainsi que la date et la méthode d'effacement (recommandation h)[33].

Police de proximité, collaboration interdisciplinaire et surveillance externe

La police de proximité (ou communautaire) est un autre outil permettant à la police et à la population de collaborer dans un esprit de respect mutuel et de renforcer la confiance des citoyen·ne·s dans les forces de l'ordre. Cette approche consiste pour l'essentiel à identifier des problèmes et des conflits d'ordre social et à y chercher ensemble des solutions. D'autres logiques sont prometteuses en la matière, comme les projets interdisciplinaires menés avec des associations et des ONG ainsi que les « tables rondes » réunissant des personnes pouvant être aux prises avec des violences policières, des expert·e·s, les autorités et des représentant·e·s de la société civile[34].

Une mesure préventive supplémentaire préconisée par la CSDH consiste à se doter d'un organe indépendant chargé d'examiner l'action de la police. En Suisse, la Commission nationale de prévention de la torture procède depuis quelques années à un contrôle de ce genre dans le domaine des renvois sous

30 Amnesty International, Täter unbekannt, p. 109.
31 CSDH, Personenkontrollen, pp. 34 ss.
32 Baier et Manzoni, Evaluation des Pilotprojekts zum Einsatz von «Bodycams» bei der Stadtpolizei Zürich und der Transportpolizei, Zurich 2018, pp. 95 s.
33 CSDH, Personenkontrollen, pp. 36 s.
34 CFR, Recommandations sur le thème du racisme, p. 14. Certains grands corps de police, comme celui de Bâle-Ville, appliquent depuis plusieurs années ce genre d'approches et en confirment l'efficacité.

contrainte de ressortissant·e·s étrangers·ères. Son mandat pourrait être étendu à des missions policières précises, comme ce que fait déjà l'Autriche avec son Défenseur des droits[35].

Bonne pratique : Contrôle préventif par le Défenseur des droits autrichien

Depuis juillet 2012, l'Autriche dispose d'un Défenseur des droits (*Volksanwaltschaft*). Doté d'un vaste mandat, cet organe surveille notamment l'exercice du pouvoir et de la contrainte par les autorités, ce qui l'amène à suivre les interventions de la police lors de grands évènements, opérations de police, rassemblements et manifestations. Il a pour ce faire accès aux communications et aux dispositifs de la police.

Voies de droit effectives contre les exactions policières

D'autres mesures sont envisageables dans le domaine des voies de droit, un aspect d'autant plus important que l'impunité dont jouissent souvent les agent·e·s fautifs·ves est considérée comme l'une des principales causes du caractère systématique des graves atteintes aux droits fondamentaux et aux droits humains. Nous expliquons ci-dessous les principales garanties procédurales mises en place par la législation[36] en matière de voies de droit.

Obligation de dénoncer et poursuite d'office

De nombreuse conventions internationales imposent aux membres des forces de l'ordre de signaler à leurs supérieur·e·s ou aux autorités judiciaires toute grave atteinte aux droits humains dont ils auraient connaissance[37]. En outre, les autorités de poursuite pénale doivent être immédiatement informées de tout soupçon d'infraction pénale, et cette obligation ne s'applique pas uniquement aux agent·e·s de police, mais aussi à toute autorité non compétente pour mener l'en-

35 Künzli et Sturm, Menschenrechte und Polizeiarbeit, pp. 74 s.
36 Art. 2 al. 3, 6 et 7 PIDCP ; art. 12, 13, 14 et 16 CAT ; art. 6 CERD ; art. 2, 3 et 13 CEDH et art. 29 ss. Cst.
37 CSDH, Protection juridique, p. 9, y compris les renvois aux dispositions applicables, notamment dans la *soft law*.

quête sur les faits observés, comme l'a relevé expressément la CourEDH[38]. Cette obligation de dénoncer figure aussi dans le code de procédure pénale (art. 302 al. 1 CPP[39]). Pour qu'elle soit honorée dans la pratique, il serait souhaitable de l'ancrer explicitement dans les lois cantonales de police ainsi que dans les instructions de service (recommandation i). En outre une attitude constructive face aux erreurs au sein des corps de police est essentielle. À cet égard, le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) formule la remarque suivante :

> « Trop souvent, l'esprit de corps conduit à une propension à se solidariser et à s'entraider lorsque des allégations de mauvais traitements sont formulées, voire même à couvrir les actes illégaux des collègues. Des actions concrètes sont requises, […] afin de promouvoir une culture dans laquelle il est considéré non professionnel – et risqué sur le plan de la carrière – de travailler et de s'associer avec des collègues qui recourent aux mauvais traitements […]. Une atmosphère doit être créée dans laquelle l'attitude correcte consiste à signaler les cas de mauvais traitements par des collègues ; il doit être clairement compris que la culpabilité s'agissant des mauvais traitements s'étend non seulement à ceux qui les ont infligés, mais aussi à toute personne qui sait ou qui devrait savoir qu'il y a mauvais traitements et qui n'a pris aucune mesure pour les empêcher ou les dénoncer. Cela signifie qu'il faut mettre en place une procédure claire de signalement et adopter des mesures de protection de ceux ou celles qui donnent l'alarme. »[40]

Quant aux autorités de poursuite pénale, elles sont tenues d'ouvrir et de conduire d'office une procédure lorsqu'elles ont connaissance d'infractions ou d'indices permettant de présumer l'existence d'infractions (art. 7 al. 1 CPP)[41]. Dès lors, dans la perspective des droits humains, la distinction entre délit poursuivi d'office et délit poursuivi sur plainte ne joue aucun rôle, la seule question étant de savoir, selon la CourEDH, si l'infraction dépasse le seuil à partir duquel on est en présence d'une grave infraction à la convention (décès et blessures dues

38 CourEDH, *Ahmet Özkan c. Turquie*, requête n° 21689/93, 06.04.2004, par. 359.
39 Code de procédure pénale du 05.10.2007 (CPP ; RS 312.0).
40 CPT, Lutte contre l'impunité, par. 26.
41 CDM, Éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'Homme, Lignes directrices et textes de référence, H/Inf (2011) 7, 30.03.2011, p. 52.

à l'usage d'armes à feu[42], traitements inhumains ou dégradants[43] ou violence raciste[44]). Dans ces cas, les autorités de poursuite pénale doivent immédiatement ouvrir d'office une enquête effective.

Enquête indépendante

L'indépendance est un attribut indispensable de toute enquête effective, un principe particulièrement important en cas d'atteintes aux droits fondamentaux ou aux droits humains commises par la police. Les victimes d'exactions policières ont en effet souvent de grandes difficultés à fournir des preuves, puisqu'elles accusent d'une infraction précisément les fonctionnaires qui devraient normalement mener l'enquête sur tout acte tombant sous le coup du droit pénal. Pour cette raison, les conventions internationales exigent une enquête indépendante lorsque la victime rend crédibles des accusations de graves violences policières[45].

Selon la CourEDH, ce principe suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel entre les responsables de l'enquête et les personnes impliquées, mais aussi une indépendance concrète[46]. La première condition n'est manifestement pas remplie lorsque des membres du même corps de police ou d'une autre unité dépendant du même pouvoir exécutif sont chargé·e·s de l'enquête, mais elle l'est très vraisemblablement lorsque celle-ci incombe aux ministères publics[47], toujours présentés par les autorités suisses comme des organes indépendants. C'est ici que prend tout son sens la deuxième condition, qui exige d'éviter, dans chaque cas d'espèce, tout parti pris fondé sur des relations de nature personnelle ou professionnelle. Cette deuxième condition n'est généralement pas remplie en Suisse, en raison des liens étroits qui unissent les procureur·e·s aux polices cantonales[48]. Cela ressort notamment du fait que les

42 CourEDH, *McCann et al. c. Royaume-Uni*, requête n° 18984/91, 27.09.1995, par. 161 ; *Ramsahai et al. c. Pays-Bas*, requête n° 52391/99, 15.05.2007, par. 321 ss. ; *Makaratzis c. Grèce*, requête n° 50385/99, 20.12.2004, par. 73.

43 CourEDH, *El Masri c. Macédoine*, requête n° 39630/09, 13.12.2012, par. 186.

44 CourEDH, *Nachova et al. c. Bulgarie*, requêtes n° 43577/98 et 43579/98, 06.07.2005, par. 160 s. ; *B.S. c. Espagne*, requête n° 47159/08, 24.07.2012, par. 58 à 63.

45 Tant la CourEDH que le CDH voient dans l'obligation de l'État de mener une enquête une garantie procédurale distincte qui découle du droit à la vie (art. 2 CEDH et art. 6 PIDCP) et de l'interdiction de la torture (art. 3 CEDH et art. 7 PIDCP). Voir CourEDH, *Dembele c. Suisse*, requête n° 74010/11, 24.09.2013, par. 62 ; CDH, *Baboeram et al. c. Suriname*, requêtes n° 146/1983 et 148–154/1983, 04.04.1985, par. 16.

46 CourEDH, *Bursuc c. Roumanie*, requête n° 42066/98, 12.10.2004, par. 103.

47 Künzli et Sturm, Menschenrechte und Polizeiarbeit, p. 71.

48 CDH, CCPR/C/CHE/CO/4, 22.08.2017, par. 28.

enquêtes ne passent souvent pas le stade de l'enquête préliminaire, que les collègues se couvrent les uns les autres et qu'ils se mettent d'accord sur les faits ou que le ministère public ne mène pas une enquête diligente. Toutefois, on n'a guère tenu compte de ces circonstances jusqu'à présent et la jurisprudence restrictive des tribunaux suisses en matière de partialité ne satisfait dès lors pas aux exigences de la CEDH[49]. C'est notamment ce qui amène régulièrement des organes internationaux, mais aussi le CSDH, à appeler de leurs vœux la création en Suisse d'un organe indépendant chargé des enquêtes (recommandation k).

Bonne pratique : Service de médiation des affaires policières d'Irlande du Nord (PONI)

Le service de médiation des affaires policières d'Irlande du Nord recueille toutes les plaintes déposées contre la police et dispose de compétences d'investigation de nature policière. Il peut agir d'office et est habilité à recommander au ministère public d'ouvrir une enquête ou à demander l'adoption de mesures disciplinaires. Les citoyen·ne·s ont facilement accès à ce service, qui enregistre toutes les plaintes qui lui sont présentées. Le service de médiation peut aussi émettre des recommandations en vue d'améliorer l'action de la police, et cette dernière doit rendre compte de leur mise en œuvre. Puisqu'il ne doit rendre des comptes qu'au Parlement, ce service nord-irlandais est l'organe le plus indépendant qui soit.

En plus de l'indépendance, la CourEDH a défini quatre autres critères garantissant l'effectivité des enquêtes : le caractère adéquat, la célérité et la diligence raisonnable, le contrôle du public et l'association de la victime[50]. Les normes internationales obligent par ailleurs les autorités à identifier les personnes responsables de violations des droits humains[51] et à leur imposer une peine appropriée[52] (recommandation m).

49 Künzli et Sturm, Menschenrechte und Polizeiarbeit, p. 73.
50 Voir notamment CourEDH, *Nachova et al. c. Bulgarie*, requêtes n° 43577/98 et 43579/98, 06.07.2005, par. 110-113. Pour un commentaire détaillé de chaque critère, voir CSDH, Protection juridique, pp. 13 ss.
51 Sturm, Polizeiliche Gewaltanwendung, pp. 91 ss.
52 Sturm, Polizeiliche Gewaltanwendung, pp. 95 ss.

Droit à un recours effectif

Les victimes de violences policières ont par ailleurs droit à un recours effectif[53]. Si les garanties en la matière n'exigent pas l'accès à une procédure judiciaire proprement dite, elles demandent cependant que les victimes puissent en toutes circonstances saisir un organe de recours indépendant et impartial qui soit en mesure d'annuler l'action incriminée ou d'en supprimer les effets (recommandation n)[54].

Allègement du fardeau de la preuve

Les victimes présumées d'exactions policières ont souvent mille peines à prouver l'existence des atteintes à leurs droits, car il n'y a généralement pas de témoins de ces abus et parce qu'elles ne disposent pas, ou presque pas, de preuves. C'est pour remédier à cet état de fait insatisfaisant que la CourEDH exige d'alléger le fardeau de la preuve : les personnes qui dénoncent une violation des droits humains de la part de fonctionnaires de police peuvent se contenter de prouver leurs allégations de façon préliminaire, en présentant par exemple un certificat médical. Il incombe ensuite à l'État de justifier la blessure à l'aide de motifs plausibles. Si l'État n'honore pas ce devoir d'élucidation ou si son explication n'est pas convaincante, il supporte le risque de l'absence de preuves[55].

La justice suisse ne s'est jusqu'ici guère ralliée à cette jurisprudence, ce qui s'explique notamment par la contradiction pratiquement insoluble qui oppose l'allègement du fardeau de la preuve découlant de l'application des normes internationales au principe de présomption d'innocence applicable à la procédure pénale. Dans la pratique, lorsque c'est la parole de la victime contre celle du policier ou de la policière, les juges tranchent généralement en faveur des second·e·s, faisant prévaloir la présomption d'innocence.

53 Art. 13 CEDH, art. 2 al. 3 PIDCP et art. 6 CERD.
54 CSDH, Protection juridique, p. 18 ; STURM, Polizeiliche Gewaltanwendung, pp. 25 ss.
55 CourEDH, *Selmouni c. France*, requête n° 25803/94, 28.07.1999, par. 87 ; *Ribitsch c. Autriche*, requête n° 18896/91, 04.12.1995, par. 34 ; *Predica c. Roumanie*, requête n° 42344/07, 07.06.2011, par. 53.

Éliminer les obstacles à l'accès à la justice

De nombreuses victimes présumées de violences policières n'osent même pas déposer plainte, ce qui constitue un obstacle supplémentaire. Cette réticence ne s'explique pas seulement par l'absence d'organe d'instruction indépendant et par la difficulté à prouver les faits, mais aussi par d'autres éléments qui les empêchent d'avoir accès à la justice. Pour les victimes, déposer une plainte pénale, c'est prendre un certain risque financier (voir art. 427 s. CPP). C'est aussi s'exposer à faire l'objet d'une contre-plainte, comme le montre le cas pratique cité en début de chapitre. En Suisse, les contre-plaintes pour violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires (art. 285 CP[56]) ou pour empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP) ne sont pas des cas isolés, même en l'absence totale d'indices laissant supposer une infraction[57]. Les obstacles existants doivent être supprimés pour que la justice reste accessible au plus grand nombre. Il serait notamment important que la police n'ait plus recours aux contre-plaintes comme moyen de dissuasion ou n'y ait recours qu'en présence d'indices concrets d'infraction pénale (recommandation j)[58].

Exploiter le potentiel d'autres procédures judiciaires

En Suisse, les enquêtes sur les exactions policières se limitent presque exclusivement aux poursuites pénales, alors que d'autres voies de droit peuvent être envisagées. C'est d'autant plus regrettable qu'en raison des lacunes structurelles de la voie pénale, l'État peine à honorer son obligation d'enquêter. Ainsi, le code de procédure pénale suisse ne prévoit pas de dispositions propres aux procédures ouvertes contre des agent·e·s de police. À cet égard, il pourrait être utile de définir clairement les responsabilités et d'adopter à l'échelle suisse un cadre légal qui tienne dûment compte du double rôle de la police, tant force de sécurité que membre des autorités de poursuite pénale[59]. En outre, le principe de la présomption d'innocence exige, dans une procédure pénale, d'apporter la preuve de la culpabilité individuelle de la personne prévenue, alors que la question essentielle dans la perspective des droits humains est de savoir si la police en tant qu'institution, et par conséquent l'État, ont à répondre d'une violation des droits

56 Code pénal suisse du 21.12.1937 (CP ; RS 311.0).
57 Amnesty International, Police, justice et droits humains, pp. 130 s. ; CSDH, État des lieux police et justice, p. 61.
58 Amnesty International, Police, justice et droits humains, pp. 131 s.
59 Sturm, Polizeiliche Gewaltanwendung, p. 317.

humains. Dans la pratique judiciaire, il arrive ainsi que la responsabilité de la police soit admise, mais qu'il soit impossible de prouver la responsabilité individuelle, ce qui aboutit à un acquittement[60].

Pour toutes ces raisons, il est nécessaire de mieux exploiter le potentiel d'autres voies de droit, comme le recours régi par l'article 393 alinéa 1 lettre a CPP[61], la procédure administrative[62] ou l'action en responsabilité de l'État[63], étant donné qu'ils visent précisément à déterminer la responsabilité de l'État (recommandation o). Ces procédures visent l'autorité responsable de l'acte, soit la police ou le ministère public, et pas leurs membres, de sorte qu'elles permettent aussi d'aborder les déficiences structurelles et institutionnelles des corps de police.

Mécanismes de plainte non judiciaires

Divers mécanismes de plainte non judiciaires – comme la « plainte citoyenne », le recours à l'autorité de surveillance et les procédures de médiation – complètent en Suisse les voies de droit décrites ci-dessus. C'est en particulier la figure du médiateur ou de la médiatrice qui retient l'attention, en raison de son impartialité et de son indépendance, de sa facilité d'accès, de sa capacité à agir de son propre gré, de son vaste droit de consulter les dossiers et de sa possibilité, au-delà du cas individuel, d'attirer l'attention sur des déficiences systématiques et d'émettre des recommandations générales[64]. Pour tous ces motifs, le CSDH recommande de généraliser ce genre de mécanismes de plainte, qui n'existent actuellement que dans quelques villes et cantons. Toutefois, les services de médiation déjà en place ne disposent ni des ressources et moyens techniques requis pour mener à terme leurs propres enquêtes, ni de compétences d'investigation de nature policière. Ils ne peuvent en outre pas émettre des directives contraignantes. De la sorte, leur mission se limite en général à proposer leurs bons offices pour résoudre les conflits entre la population et la police[65].

60 KÜNZLI et STURM, Menschenrechte und Polizeiarbeit, p. 73.
61 Ce type de recours présente en particulier l'avantage de permettre aux victimes d'avoir immédiatement accès à un tribunal indépendant doté d'un plein pouvoir d'examen (STURM, Polizeiliche Gewaltanwendung, pp. 233 ss.).
62 STURM, Polizeiliche Gewaltanwendung, pp. 251 ss.
63 STURM, Polizeiliche Gewaltanwendung, pp. 273 ss. Voir aussi MAGNIN, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Zurich 2017.
64 STURM, Polizeiliche Gewaltanwendung, pp. 298 s.
65 S'agissant des atouts et des inconvénients des différents mécanismes, voir CSDH, Umgang mit Beschwerden gegen die Stadtpolizei Zürich, Berne 2017, pp. 12 ss.

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a Les chambres fédérales et les parlements cantonaux développent en permanence les bases légales en conformité aux engagements pris par la Suisse dans le domaine des droits humains et aux normes internationales s'appliquant aux activités policières.

b Les instructions de service et les codes de conduite cantonaux concrétisent les bases légales et encadrent les activités policières.

c La formation initiale et continue des membres de la police dispense des connaissances approfondies sur les droits fondamentaux et les droits humains, les pratiques non discriminatoires, la communication interculturelle, la prévention de la violence et les rapports avec des personnes vulnérables.

d Le recrutement des agent·e·s se fait sur la base de critères stricts, qui garantissent que tous les membres des forces de l'ordre présentent le profil voulu.

e La composition des corps de police reflète de façon adéquate la diversité de la population.

f Une culture de gestion des erreurs règne au sein des corps de police.

g L'obligation de porter une identification est inscrite dans les lois cantonales sur la police.

h Les bases légales précisent les circonstances rendant les enregistrements audio et/ou vidéo licites ou obligatoires, la durée de conservation des données, les buts de leur utilisation ainsi que la date et la méthode d'effacement.

i Les lois sur la police et les instructions de service cantonales prévoient explicitement une obligation de dénoncer en cas de soupçon d'infractions commises par des agent·e·s de police.

j La police n'a pas recours à la contre-plainte en l'absence d'indices concrets d'infraction pénale.

k Un organe d'enquête indépendant est chargé de recevoir toute plainte concernant des exactions policières et de les examiner de façon rapide, effective, impartiale et complète, tout en associant les victimes à l'enquête.

l Les rapports médicaux concernant des blessures indiquant des violences ou de mauvais traitements sont transmis sans délai à l'organe d'enquête indépendant.

m Les agent·e·s de police ayant commis des infractions pénales sont systématiquement traduit·e·s en justice et condamné·e·s en fonction de leurs actes.

n Les victimes d'exactions policières ont accès à des voies de droit effectives et ont droit à une réparation.

o Le potentiel des instruments juridiques n'appartenant pas au droit pénal et visant tant à répondre à la question de la responsabilité de l'État qu'à alléger le fardeau de la preuve est exploité.

p Des statistiques à jour, centralisées et détaillées fournissent des renseignements sur tous les recours, poursuites pénales et condamnations en lien avec des exactions policières.

Partie II

Protection des groupes vulnérables

6 Réaliser les droits fondamentaux des personnes vulnérables

Sandra Egli et Eva Maria Belser

Introduction

Cas pratique : Droits politiques pour les personnes handicapées

À l'échelon fédéral, les personnes qui sont protégées par une curatelle de portée générale ou par un mandat pour cause d'inaptitude ne jouissent pas des droits politiques. Cette règle empêche environ 16 000 personnes présentant un handicap mental ou psychique de participer aux votations et aux élections fédérales, même lorsqu'elles sont capables de discernement dans les affaires politiques.

Cas pratique : Participation politique des gens du voyage

Les gens du voyage n'ont souvent pas de rapports particuliers avec une commune ou un canton déterminé. Or, de nombreuses questions qui les touchent de près relèvent des communes ou des cantons, comme la désignation d'une zone adaptée aux aires de stationnement ou l'obligation de demander une autorisation pour une halte spontanée. Les gens du voyage ont de la peine à faire entendre leur voix en raison des mécanismes de prise de décisions et des instances compétentes.

Cas pratique : Protection juridique pour les personnes en situation de pauvreté

C'est souvent un vrai parcours du combattant qui attend les bénéficiaires de l'aide sociale voulant déférer à un tribunal une décision qu'ils estiment injuste. En dépit de leur grande vulnérabilité et de la complexité de ce domaine du droit, ils ne reçoivent qu'un soutien limité. Les avocat·e·s spécialisé·e·s sont en effet rares et l'assistance judiciaire gratuite n'est octroyée qu'au compte-gouttes, parce que les tribunaux estiment que ces cas ne présentent pas de difficultés juridiques particulières, que les recourant·e·s sont en mesure de défendre eux-mêmes leurs intérêts et leurs droits ou que le recours n'a aucune chance d'aboutir.

Le droit international et le droit constitutionnel obligent les États à prendre toutes les dispositions requises pour que chaque individu jouisse non seulement en droit, mais aussi *en fait* des droits fondamentaux et des droits humains. Toutefois, il subsiste des différences considérables en ce qui concerne l'accès à ces droits et leur concrétisation. Dès lors, les États doivent consentir des efforts supplémentaires afin que tout le monde et, plus spécialement, les personnes particulièrement vulnérables puissent exercer leurs droits et libertés fondamentales. Mais qu'entend-on réellement par « vulnérable » ? Et dans quels domaines faut-il agir pour que se réalise la promesse de garantir les droits fondamentaux et les droits humains à tou·te·s ? Ce sont les questions qui seront abordées dans les pages suivantes.

Analyse

« Dans un monde parfait, il serait inutile d'aller au-delà du bel énoncé de la Déclaration universelle des droits de l'homme. »[1] Or, le monde n'est pas parfait, de sorte que cette charte fondamentale a dû préciser, dès son deuxième article, que toute distinction « de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation » est interdite[2]. C'est aussi pour cette raison que les Nations Unies ont adopté successivement plusieurs conventions consacrées à des personnes ou à des collectifs déterminés (comme les femmes, les enfants ou les personnes handicapées). Elles ont par ailleurs nommé un grand nombre de rapporteurs·euses spéciaux·ales et d'expert·e·s indépendant·e·s chargé·e·s de défendre les droits de personnes ou de collectifs déterminés (les personnes âgées ou les personnes migrantes, par ex.)[3].

Ces instruments sont certes utiles et contribuent à concrétiser les droits humains, mais ils soulèvent aussi des questions : pourquoi certains motifs de discrimination figurent-ils expressément dans les traités internationaux et d'autres non ? Pourquoi existe-t-il une convention pour protéger les enfants, mais pas

1 Herr, Human Rights, p. 119 (traduction libre).
2 Art. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH).
3 On compte actuellement 16 rapporteurs·euses spéciaux·ales ou expert·e·s indépendant·e·s qui sont chargé·e·s des droits de certaines personnes ou groupes de personnes.

pour protéger les aîné·e·s ? Quelle attention reçoivent les personnes dont les droits sont menacés, mais pour lesquelles les Nations Unies n'ont désigné aucun·e rapporteur·euse spécial·e ou expert·e indépendant·e ?

En droit suisse également, le principe général de l'égalité devant la loi a vu sa portée étendue par des interdictions de discriminer et des lois spéciales protégeant des collectifs concrets. Ici aussi, on est en droit de se demander pourquoi il existe par exemple une loi visant à garantir l'égalité entre hommes et femmes[4] ou l'égalité pour les personnes handicapées[5], mais pas de loi pour garantir l'égalité aux minorités religieuses. Pourquoi existe-t-il une Commission fédérale contre le racisme, mais pas de commission contre la discrimination à l'égard de personnes LGBTIQ* ? Ces questions révèlent aussi une crainte : la réalisation des droits des personnes vulnérables dépend-elle de la capacité d'un groupe à faire entendre sa voix à l'ONU ou en Suisse ? Voilà qui soulève une autre interrogation : est-il possible de définir la vulnérabilité de façon à déterminer les personnes ou les collectifs qui requièrent une attention plus poussée ?

Une tentative de définition

La vulnérabilité est une notion en vogue : en dépit, voire en raison de son imprécision, elle est largement utilisée dans les médias, le monde politique et le langage courant ainsi que dans de nombreuses disciplines scientifiques comme le travail social, l'éthique et la gestion des risques. Depuis quelque temps, elle devient récurrente aussi dans le domaine du droit et, plus précisément, dans celui des droits humains[6].

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), la notion de vulnérabilité particulière apparaît pour la première fois en 1977. Depuis, elle est mentionnée dans plus de 2000 arrêts[7], le plus souvent en rapport avec des personnes roms[8]. Toutefois, la CourEDH l'utilise pour décrire et apprécier des situations aussi différentes que celles des enfants, des personnes en fin de vie, des personnes en situation de handicap, des requérant·e·s d'asile, des per-

4 Loi fédérale du 24.03.1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1).
5 Loi fédérale du 13.12.2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand ; RS 151.3).
6 Zimmermann, La notion de vulnérabilité, ch. m. 2 s., 15 s. et 21 ss.
7 Zimmermann, La notion de vulnérabilité, ch. m. 237 et 240 ss.
8 Zimmermann, Legislating for the Vulnerable, p. 540.

sonnes privées de liberté, des personnes queers et des personnes en situation de pauvreté[9]. Il faut donc prendre en compte que cette notion n'est pas utilisée de façon cohérente et qu'il manque tant une conceptualisation qu'une systématisation uniformes[10].

Bien qu'elle ne figure pour ainsi dire pas dans les conventions des Nations Unies, la notion de vulnérabilité est aussi largement utilisée dans le système onusien[11]. Elle prend en particulier une grande place dans les travaux du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui n'en fournit toutefois pas de définition[12]. Différent·e·s auteur·e·s doutent de la pertinence de cette notion, eu égard à la longue liste de personnes qualifiées de vulnérables par diverses institutions des Nations Unies[13]. Dès lors, il est aussi difficile qu'utile de s'atteler à sa définition.

En nous inspirant de la thèse de doctorat de Nesa Zimmermann, nous définissons ici la vulnérabilité comme un état particulier de fragilité, qui résulte de l'interaction des facteurs risque et résilience : est vulnérable toute personne qui est exposée à un risque accru d'atteinte à ses droits fondamentaux et humains (risque) et qui, dans le même temps, ne peut mobiliser que peu de ressources – d'ordre matériel, psychologique, social, physique ou autre –, permettant de réduire ce risque ou, lorsqu'il se matérialise, d'y faire face (résilience)[14].

Le grand avantage de cette définition est de ne pas se limiter à certains facteurs qui, à l'exclusion d'autres, peuvent entraîner la vulnérabilité. En effet, les causes de la vulnérabilité sont très variées : outre des causes personnelles (l'âge ou la maladie, par ex.), il y a également des causes situationnelles (telles que privation de liberté ou situation de séjour irrégulière) et structurelles (pauvreté, racisme, LGBTIQ*-phobie ou d'autres formes passées et présentes de discriminations). Parfois, ces aspects interagissent et se chevauchent[15]. Par exemple, un licenciement discriminatoire (facteur structurel) peut aboutir au chômage (fac-

9 ZIMMERMANN, Legislating for the Vulnerable, p. 540 et ZIMMERMANN La notion de vulnérabilité, ch. m. 92 ss., 237 ss. et 508.
10 ZIMMERMANN, Legislating for the Vulnerable, p. 540 et ZIMMERMANN La notion de vulnérabilité, ch. m. 506.
11 ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité, ch. m. 70 ss. et 76.
12 ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité, ch. m. 74 ss.
13 ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité, ch. m. 83.
14 ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité, ch. m. 165 ss. et 172.
15 ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité, ch. m. 139 ss.

teur situationnel), qui peut être à l'origine d'une dépression ou d'autres troubles psychiques (facteur personnel) qui, à leur tour, peuvent favoriser l'apparition de nouvelles formes de discriminations.

Dans cette conception, la vulnérabilité peut s'appliquer non seulement à un individu, mais aussi à un collectif, lorsqu'une caractéristique « commune » – telle que l'âge, le genre, l'orientation sexuelle ou la couleur de peau – se traduit, du point de vue statistique, par une inégalité en termes de risque ou de résilience, peu importe que le risque se matérialise ou non sur le plan individuel. Il ne faut dès lors pas voir dans les collectifs des structures homogènes, car leur attribut « commun » peut aussi bien être délibéré qu'attribué par l'extérieur, réel ou présumé, apparent ou invisible. Par ailleurs, l'intersectionnalité ne représente pas seulement une possibilité, mais la norme[16]. En outre, la question de savoir qui est vulnérable appelle une réponse différente en fonction de la situation et de l'époque. Une personne n'est pas vulnérable en soi, mais est plutôt confrontée à des obstacles particuliers dans certains domaines ou certaines étapes de sa vie qui la rendent vulnérable. Dès lors, la question de savoir qui est vulnérable et mérite une protection particulière représente aussi une question empirique. Autant dire que la recherche devra consentir des efforts supplémentaires pour que l'on puisse mieux comprendre et combattre la vulnérabilité (recommandation a).

Dans quels domaines faut-il prendre des mesures pour réduire le risque d'atteinte aux droits humains ou améliorer la résilience de personnes ou de groupes vulnérables ? Dans les pages qui suivent, nous axons notre propos sur trois domaines qui, à notre avis, revêtent une importance particulière dans la lutte contre la vulnérabilité.

Participation politique

La vulnérabilité pouvant autant découler de l'absence de participation que la causer, il est donc indispensable, pour la combattre, de garantir ou d'accroître la participation. Cette dernière peut avoir pour théâtre les domaines les plus divers, mais nous mettrons ici l'accent sur la scène politique, là où sont définies les règles fondamentales de notre société.

16 ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité, ch. m. 83 et 148 ss.

En effet, seules les personnes ayant le droit de vote peuvent signer des référendums et des initiatives, voter, élire ou soumettre une proposition à une assemblée communale. Elles sont les seules à avoir voix au chapitre lorsqu'il s'agit de tracer les limites légales des libertés individuelles et de définir (ou d'abroger) des mesures visant à réaliser les droits fondamentaux[17]. Tout le monde n'a pas gain de cause sur l'échiquier politique, mais tout le monde a la possibilité d'imposer ses vues. Dès lors, la participation politique représente aussi un instrument d'intégration et il faut, pour que la démocratie fonctionne bien, que coïncident le plus possible le cercle des personnes qui décident et celui des personnes concernées par les décisions[18]. Or, près de 40 % des personnes habitant en Suisse n'ont pas le droit de vote ou d'élection, soit parce qu'elles sont trop jeunes, soit parce qu'elles sont placées sous curatelle de portée générale, soit parce qu'elles ne possèdent pas la nationalité suisse[19].

Étendre le droit de vote et d'élection aux enfants

La limitation des droits politiques pour des raisons d'âge ne découle pas des droits fondamentaux[20]. Or, selon la Constitution fédérale[21], quiconque veut participer à la vie politique fédérale doit avoir 18 ans révolus. En 1991, les partisan·e·s de l'abaissement de la majorité de 20 à 18 ans[22] avançaient l'argument selon lequel la majorité des jeunes avaient déjà atteint la « maturité politique » à 18 ans[23]. Or, nous partons du principe que la majorité des enfants sont déjà « mûr·e·s » ou « capables de discernement sur le plan politique » avant cet âge. Pourquoi est-ce que les enfants ne pourraient pas exercer eux-mêmes leurs droits politiques – comme l'exige la Constitution fédérale[24] et comme c'est le cas dans d'autres domaines du droit – en fonction de leur capacité de discernement ?

17 Belser, Gleichheit und Vielfalt, ch. m. 8.
18 Belser, Gleichheit und Vielfalt, ch. m. 74.
19 Tschannen, BSK zu Art. 136 BV, n° 6.
20 Art. 34 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Constitution fédérale, Cst. ; RS 101) et art. 25 du Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte civil, PIDCP ; RS 0.103.2).
21 Art. 136 Cst.
22 Tschannen, BSK zu Art. 136 BV, n° 9.
23 Initiative parlementaire Majorité politique à 18 ans, Rapport de la commission du Conseil national du 30.01.1990, FF 1990 I 1119, 1123.
24 Art. 11 al. 2 Cst.

Les adversaires de l'abaissement de la majorité politique brandissent souvent l'argument que cela conduirait à une disparité des limites d'âge jouant un rôle sur le plan juridique. Or, des majorités différenciées existent aujourd'hui déjà (en droit pénal des mineurs, par ex.) et sont tout à fait justifiées, car cette distinction permet de tenir compte d'exigences différentes (en rapport avec la complexité des décisions, notamment).

Toutefois, pour des raisons pratiques, il semble utile de tendre vers un certain schématisme plutôt que d'une évaluation au cas par cas. Des généralisations de ce genre se justifient plus chez les enfants (dont le développement passe par des stades très semblables) que pour d'autres groupes de la population, comme les personnes âgées. Elles ne doivent cependant pas prendre comme référence une minorité, mais la majorité.

Actuellement, on réfléchit à l'abaissement de la majorité politique à 16 ans[25], un âge qui a déjà réussi l'épreuve du feu à l'échelon cantonal[26]. Même si, pour des raisons politiques et stratégiques, cet abaissement modeste de deux ans est raisonnable, des considérations fondées sur les droits fondamentaux plaideraient en faveur d'un abaissement de plus grande portée dans l'éventualité où la majorité des enfants seraient déjà capables de discernement sur le plan politique à un âge plus précoce[27]. Des études s'imposent à ce sujet (recommandation b).

Étendre le droit de vote et d'élection aux personnes en situation de handicap

En vertu de la Constitution fédérale, les personnes « interdites pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit » n'ont pas les droits politiques (voir le cas pratique « Droits politiques pour les personnes handicapées »)[28]. La loi entend notamment par là les personnes placées sous une curatelle de portée générale parce qu'elles sont durablement incapables de discernement[29]. En raison de

25 Motion Arslan 19.415 du 21.03.2019 « Donner la parole aux jeunes. Le droit de vote dès 16 ans est un premier pas dans la vie politique active ».

26 Dans le canton de Glaris, le droit de vote est accordé à 16 ans (art. 56 al. 1 de la constitution du canton de Glaris du 01.05.1988 ; Cst-GL ; RS 131.217). Les expériences réalisées à l'échelon cantonal ont aussi constitué un argument important en 1991 (FF 1990 I 1119, 1122). Pour des exemples tirés de l'étranger, voir MAHON, Droits politiques, ch. m. 13, n. 38.

27 Ce que suggèrent des études menées dans le domaine de la psychologie évolutive (KOYUNCUER, Minderjährigkeit, SRF Kulturplatz du 03.11.2021).

28 Art. 136 al. 1 Cst.

29 Art. 2 de la loi fédérale du 17.12.1976 sur les droits politiques (LDP ; RS 161.1). Il en va de même pour les personnes représentées par un mandataire pour cause d'inaptitude permanente.

la façon dont elle est appliquée, cette disposition prive toutes les personnes placées sous une curatelle de portée générale de leurs droits politiques, car l'autorité n'examine pas au cas par cas si la personne concernée est capable de discernement et en mesure d'exercer ces droits[30]. Ce procédé des plus schématiques ne tient pas compte du fait que la capacité de discernement sur le plan politique dépend aussi de la façon dont le sujet d'une votation est présenté et expliqué et qu'elle peut être favorisée par des instruments tels que des guides pour voter :

Bonne pratique : Guide pour voter facile à lire

Insieme Suisse, la fédération nationale des associations de parents de personnes vivant avec une déficience intellectuelle, a publié en 2019 un guide pour les élections fédérales. Rédigé en langage simplifié, ce guide avait pour vocation d'aider les personnes présentant un handicap mental à participer au scrutin. Soutenu financièrement par le Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées, il contribue à honorer l'un des engagements contractés par la Suisse en adhérant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées[31], à savoir veiller à ce que les procédures et les informations relatives aux élections et aux votations soient accessibles et faciles à comprendre[32].

L'exclusion formelle des personnes placées sous une curatelle de portée générale, fortement stigmatisante, ne semble pas non plus proportionnelle compte tenu du petit nombre de personnes concernées[33] et de la gravité de l'atteinte à leurs droits qu'elle représente. Elle est de surcroît contraire[34] à la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Des raisons qui ont motivé le canton de Genève à modifier sa constitution en 2020 afin de permettre à ces personnes de participer aux votations et aux élections[35]. Le moment est venu de lui emboîter le pas à l'échelon fédéral (recommandation b).

30 Réponse du Conseil fédéral du 26.05.2021 à l'interpellation Baume-Schneider 21.3295 du 18.03.2021.
31 Art. 29 de la Convention du 13.12.2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH ; RS 0.109).
32 Insieme, Guide pour voter (17.11.2021) et BFEH, Un guide pour voter en langue facile à lire et à comprendre (18.10.2021).
33 Le nombre d'électeurs·trices n'augmenterait que d'environ 0,3 % et n'influencerait donc pas décisivement les résultats.
34 Tobler, Politische Rechte, pp. 340 ss.
35 Abrogation de l'art. 48 al. 2 de la constitution de la République et canton de Genève du 14.10.2012 (Cst-GE ; RS 131.234).

Étendre le droit de vote et d'élection aux personnes sans nationalité suisse

Il faut être titulaire de la nationalité suisse pour avoir la jouissance des droits politiques à l'échelon fédéral[36]. On ne saurait évoquer un manque de développement cognitif, comme on le fait pour les enfants ou les personnes placées sous une curatelle de portée générale, pour justifier l'exclusion des étrangers·ères des droits politiques. L'octroi des droits politiques sert ainsi plutôt à définir qui appartient ou non au « peuple ». Pour preuve, les pauvres, les femmes et les condamné·e·s ont pendant longtemps été privé·e·s des droits politiques, sans que cette exclusion n'ait de rapport avec leur capacité de discernement politique.

Le refus d'octroyer les droits politiques aux étrangers·ères a beau être conforme au droit international, il n'en est pas moins en porte-à-faux avec le principe de l'égalité de traitement, qui a pour corollaire une vision de la démocratie dans laquelle le cercle des dirigeant·e·s et celui des personnes dirigées se recoupent autant que possible. Dès lors, c'est le fait d'appartenir durablement à une communauté politique qui devrait représenter le critère décisif en matière de participation politique. Quiconque habite en Suisse devrait pouvoir faire entendre sa voix à tous les échelons de la vie politique[37]. Si elles peuvent certes atténuer certains problèmes, les consultations facultatives reposant uniquement sur la conviction des pouvoirs publics s'avèrent toutefois insuffisantes[38] (recommandation b).

Promouvoir la représentation et la participation politique des groupes vulnérables

Certains collectifs vulnérables ont en vertu de la loi la jouissance des droits politiques, mais n'en font pas usage à égalité de droits ou n'ont guère la possibilité de les exercer pleinement. Ce phénomène est illustré par le fait que certains collectifs, comme les femmes, les personnes moins bien formées et les bas sa-

36 Art. 136 al. 1 Cst.

37 S'agissant des droits politiques des étrangers·ères à l'échelon cantonal, voir OFS, Droit de vote et éligibilité (12.07.2021) et MAHON, Droits politiques, ch. m. 13.

38 Citons notamment la « motion de participation » de la ville de Berne (art. 3 du Reglement vom 28.08.2014 über die politische Partizipation von Ausländerinnen und Ausländer [Partizipationsreglement, PAR ; SSSB 144.2]), le Conseil des étrangers institué lors de la révision de la constitution vaudoise (CRETTAZ, Chronique, p. 55) ou les assemblées citoyennes auxquelles les personnes sans nationalité suisse peuvent aussi participer (STADT USTER, Bürgerpanel [22.09.2021] ; DEMOSCAN, L'information [22.06.2021] ; FORUM CITOYEN, Participer [22.09.2021]).

laires, participent moins aux votations et aux élections[39]. Il n'est dès lors pas suffisant de lever les obstacles formels à l'exercice des droits politiques : il faut aussi adopter des mesures positives pour le favoriser[40].

Pour que les droits politiques n'existent pas seulement sur le papier, il est important de supprimer tout obstacle logistique à leur exercice. Pour y parvenir, on peut envisager par exemple des urnes mobiles ou des modalités de vote dans des établissements très fréquentés du quotidien, comme des écoles ou des supermarchés. Dans certains pays, la loi prévoit l'installation de bureaux de vote dans des établissements de soins de longue durée, ce qui est un avantage pour des personnes vulnérables[41]. Dans le canton de Neuchâtel, les personnes âgées, malades et handicapées peuvent demander de pouvoir exercer le droit de vote directement de chez elles (recommandation c)[42].

Les informations relatives aux votations et aux élections doivent être compréhensibles et accessibles pour tou·te·s, un principe particulièrement important pour les personnes en situation de handicap. En ce qui concerne les handicaps sensoriels, nous recensons de bonnes pratiques à l'échelon tant fédéral que cantonal, qu'il s'agit toutefois de généraliser. Ainsi, les vidéos explicatives réalisées par la Confédération pour chaque objet soumis au vote sont toujours disponibles en langue des signes[43]. En outre, la Confédération, 17 cantons et huit communes mettent les informations de vote à disposition sur fichier audio[44], ce qui bénéficie non seulement aux personnes malvoyantes, mais aussi à celles qui éprouvent des difficultés à lire (recommandation d).

Même lorsqu'ils et elles participent à la vie politique, les membres de groupes vulnérables courent le risque de ne pas pouvoir imposer leur point de vue et, par conséquent d'être mis·es en minorité ou de ne pas être élu·e·s[45]. Ce principe démocratique indiscutable en théorie devient cependant problématique lorsque le

39 LINDER, Demokratie, p. 77.
40 CDH, Observation générale n° 25 (1996), par. 12 et 13 et MCDOUGALL, Questions relatives aux minorités, ch. 46 s., 53 et 58.
41 FRA, Vote en institution (27.09.2021).
42 Art. 24 al. 1 loi du 03.11.1982 sur les droits politiques de la République et canton de Neuchâtel (LDP ; RSN 141). Selon les renseignements fournis par une commune neuchâteloise, les électeurs·trices peuvent appeler l'administration communale jusqu'à 11 heures le dimanche des votations pour qu'une délégation vienne chercher l'enveloppe de vote (renseignement donné par courriel le 02.11.2021).
43 Renseignement fourni par la Chancellerie fédérale par courriel le 07.09.2021.
44 SBS, Abstimmungsunterlagen (27.09.2021).
45 S'agissant des minorités, voir MCDOUGALL, Questions relatives aux minorités, ch. 47.

législateur adopte des lois qui concernent particulièrement des personnes vulnérables sans que celles-ci n'aient pu participer correctement à la formation de l'opinion ni faire valoir leur vision.

Pour écarter ce danger, on peut avoir recours à des mécanismes de consultation qui associent les groupes vulnérables aux prises de décision politiques en tenant dûment compte de leurs besoins spécifiques, qui ne se recoupent pas nécessairement. Ainsi, la fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » prend part aux procédures cantonales et fédérales de consultation, d'information et de participation politique, ce qui permet de compenser en partie l'absence de représentation de cette minorité nomade sans attache territoriale concrète (voir le cas pratique « Participation politique des gens du voyage »). Cette implication ne satisfait toutefois pas aux exigences que l'ONU a définies pour ce genre d'organe consultatif. Il faut en effet que ces organes reposent sur une base légale qui oblige les autorités à les consulter. Par ailleurs, cette participation doit être régulière, effective et permanente ; en outre, les organes en question doivent être dotés de ressources suffisantes pour mener à bien leur mission et représenter effectivement le collectif vulnérable[46]. Or, la fondation « Assurer l'avenir des gens du voyage suisses » ne dispose que d'un faible pourcentage d'emplois et son conseil n'est composé que pour moitié de représentant·e·s de la communauté des gens du voyage. Les autres membres siègent pour le compte de la Confédération, des cantons et des communes (recommandation e).

Le moment est aussi venu de réfléchir aux mécanismes permettant aux principales instances politiques de mieux refléter la diversité de la Suisse. Pour lutter contre la sous-représentation de certains groupes vulnérables dans les rangs des député·e·s, il faut encourager ou obliger les partis à inscrire sur leurs listes électorales un certain nombre de représentant·e·s de ces groupes (recommandation f)[47].

46 McDougall, Questions relatives aux minorités, ch. 82. Il ne s'agit toutefois que de recommandations.
47 McDougall, Questions relatives aux minorités, ch. 71.

Bonne pratique : « FairElection »

Le projet « FairElection » (élections équitables) aide les organisations politiques à choisir leurs candidat·e·s sur la base de critères de représentation qu'elles peuvent définir elles-mêmes. Dans un premier temps, les membres ou les sympathisant·e·s d'un parti choisissent leurs critères de représentation, tels que le genre, l'âge ou le niveau de formation. Dans un deuxième temps, ils et elles élisent leurs candidat·e·s sans que leur liberté de choix ne soit limitée. L'algorithme utilisé assure que les critères choisis lors du premier vote s'appliquent au résultat de l'élection[48]. Le but de cet outil est d'accroître la diversité sur les listes électorales tout en respectant le mieux possible la préférence des votant·e·s.

Accès à la justice

Les personnes vulnérables ont plus de probabilités de voir leurs droits lésés. Comme nous l'avons vu, ce risque peut être réduit lorsqu'elles sont davantage associées à la vie politique et que cette implication aboutit à des changements politiques et aussi, en fin de compte, sociétaux. En dépit de ces démarches participatives, il est possible que la législation lèse directement ou indirectement les intérêts de personnes ou de collectifs qui ont souffert ou souffrent encore d'inégalités de traitement. Il est également possible que la législation ne prévoie pas de mesures indispensables à la concrétisation de l'égalité des chances. Pour remédier à ces situations, il est important de garantir l'accès effectif à la justice et aussi de l'adapter aux besoins des personnes vulnérables, car celles-ci ont généralement moins de moyens pour se défendre contre des violations de leurs droits (moins de résilience), étant donné qu'elles ne disposent pas des capacités individuelles ou des moyens financiers requis pour saisir la justice, par exemple. Sans cet effort, les atteintes aux droits humains resteront impunies.

Nous abordons dans les pages qui suivent quelques mécanismes susceptibles d'améliorer le respect des droits des personnes vulnérables, sans prétendre pour autant en donner une vision complète[49]. Signalons à cet égard que la question des droits fondamentaux se pose dans toutes les procédures, civiles comme pénales et administratives, une hétérogénéité qui peut suffire à dissuader les per-

48 PROTOTYPE, FairElection (27.09.2021).
49 Pour d'autres exemples, voir notamment CSDH, Accès à la justice, pp. 49 ss.

sonnes cherchant à faire valoir leurs droits d'emprunter la voie judiciaire en raison de la diversité des règles et des maximes applicables[50]. Il faut donc s'intéresser aux facteurs qui, dans tous les domaines, facilitent l'accès à la justice.

Élimination des obstacles procéduraux

Les règles de procédures – par exemple : qui est habilité à déposer un recours devant un tribunal, dans quel délai le recours doit être déposé et est-ce que des avances de frais doivent être effectuées – limitent l'accès à la justice. Dès lors, elles doivent reposer sur une base légale, servir l'intérêt public et rester proportionnées[51]. Le principe de proportionnalité doit être appliqué de façon particulièrement rigoureuse lorsque des personnes vulnérables sont parties à une procédure.

Les frais, c'est-à-dire le risque financier, représentent l'un des facteurs qui entravent l'accès à la justice[52]. L'assistance juridique gratuite a donc pour objectif d'atténuer les risques de coûts pour certaines formes de vulnérabilités. En Suisse, ce mécanisme intervient trop rarement et aussi, dans les procédures administratives, trop tard. Ainsi, les auteur·e·s d'une étude consacrée à la protection juridique des personnes en situation de pauvreté ont conclu que l'accès à l'assistance judiciaire gratuite était parsemé d'embûches, en dépit de la complexité de ce domaine du droit. Ils et elles ont aussi recommandé d'octroyer davantage l'assistance judiciaire gratuite précisément dans les procédures de recours administratives, car le déroulement de celles-ci pose les jalons pour la suite de la procédure (voir le cas pratique « Protection juridique pour les personnes en situation de pauvreté »). Il est toutefois aussi nécessaire d'étendre cette représentation dans d'autres domaines, comme celui de l'exécution des peines et des mesures (recommandation g)[53]. Dans la même étude, il était aussi recommandé d'inviter davantage les personnes en situation de pauvreté à des audiences, car les procédures écrites représentent un grand obstacle pour ce public[54]. Il est possible que des individus d'autres groupes vulnérables préfèrent

50 KIENER, Zugang zur Justiz, ch. m. 73.
51 KIENER, Zugang zur Justiz, ch. m. 44 ss.
52 CSDH, Accès à la justice, pp. 4 et 69 ss. et OFAS, Rechtsschutz Armutsbetroffene, pp. 50 ss. Voir les renvois chez KIENER, Zugang zur Justiz, ch. m. 54 ss.
53 OFAS, Rechtsschutz Armutsbetroffene, pp. 50 ss. ; KIENER, Zugang zur Justiz, ch. m. 87 et HUMANRIGHTS, L'assistance judiciaire gratuite dans l'exécution des peines et des mesures (22.09.2021).
54 OFAS, Rechtsschutz Armutsbetroffene, p. 63.

également une procédure orale, tandis que d'autres apprécient l'« invisibilité » que confère une procédure écrite, car ils se sentent protégés ou moins exposés. Dès lors, il serait important que les personnes vulnérables puissent choisir elles-mêmes le type de procédure qui leur convient le mieux (recommandation h).

Dans de nombreux domaines juridiques cruciaux pour les groupes vulnérables, c'est la maxime inquisitoire qui s'applique, en vertu de laquelle l'autorité établit les faits d'office, ce qui facilite la procédure pour les personnes faisant valoir leurs droits. Toutefois, dans le domaine régi par la loi sur l'égalité pour les personnes handicapées, c'est la maxime des débats qui s'applique, qui veut que le tribunal soit lié par les conclusions des parties[55]. Cette règle est contraire aux normes appliquées dans l'Union européenne et dans l'Espace économique européen, lesquelles exigent, en matière de discriminations, que le tribunal établisse les faits d'office. Pour cette raison, le CSDH préconisait dans une étude d'étendre la maxime inquisitoire notamment à ce domaine[56]. Cette recommandation, restée sans suite, n'a rien perdu de sa pertinence (recommandation i).

La répartition du fardeau de la preuve est une autre question cruciale quand il s'agit de garantir l'accès à la justice[57]. En Suisse, des allègements de ce fardeau sont prévus dans les cas de discriminations fondées sur le genre (voir le chapitre 9)[58], mais sont absents d'autres domaines, comme celui des discriminations à l'égard des personnes en situation de handicap[59]. Toutefois, il est difficile de prouver l'existence d'actes discriminatoires, raison pour laquelle le CSDH a, dans son étude mentionnée plus haut, préconisé d'alléger le fardeau de la preuve pour tous les cas de discriminations traités dans des procédures de droit civil et de droit public[60]. Cette recommandation n'a cependant pas été mise en œuvre, de sorte qu'elle n'a rien perdu de son actualité (recommandation j)[61].

Les exigences accrues définies par le Tribunal fédéral en matière de motivation dans les cas de violation des droits fondamentaux et des droits humains sont un autre obstacle à l'accès à la justice. En conséquence, la cour de Mon-Repos n'examine les accusations de violations que lorsqu'elles sont présentées et mo-

55 CSDH, Accès à la justice, p. 64.
56 CSDH, Accès à la justice, p. 103.
57 CSDH, Accès à la justice, p. 68.
58 Art. 6 de la loi fédérale du 24.03.1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1).
59 CSDH, Accès à la justice, pp. 3 et 64 ss.
60 CSDH, Accès à la justice, p. 102.
61 CSDH, Avancement de la mise en œuvre, p. 7.

tivées de façon précise dans la requête[62]. Cette pratique, qui ne découle pas de la Constitution fédérale[63], ne s'explique pas, dans la mesure où la CourEDH définit des exigences en matière de motivation moins strictes et admet ainsi des requêtes que notre instance judiciaire suprême a déboutées en raison des exigences de forme figurant dans la loi sur le Tribunal fédéral[64]. Il est également difficile de comprendre ce qui justifie de formuler des exigences accrues précisément lorsque la requête porte sur le respect des droits fondamentaux ; il est évident que cette situation désavantage particulièrement les personnes vulnérables (recommandation k)[65].

Extension de la qualité pour recourir des organisations

Certains obstacles formels peuvent être compensés par l'octroi de la qualité pour recourir aux organisations qui défendent les intérêts des collectifs vulnérables. L'octroi à ces organisations de la qualité pour déposer des recours à but idéal vise à compenser l'inégalité des chances existant dans une procédure[66] et doit être prévu dans une loi fédérale. Actuellement, ce type de droit d'agir des organisations pour des groupes vulnérables est prévu dans deux lois : la loi sur l'égalité pour les personnes handicapées[67] et la loi sur l'égalité (voir le chapitre 9)[68]. Bien qu'ils souffrent de limitations majeures[69], ces deux instruments créent aussi des possibilités d'action importantes dont ne bénéficient par exemple pas les victimes d'actes discriminatoires fondés sur l'orientation sexuelle, la couleur de peau, la « race »[70] ou la religion[71]. Ce n'est que dans le domaine du droit de la personnalité que ces victimes peuvent tirer parti de la qualité des organisations pour déposer un recours[72], lequel, jusqu'ici, n'a eu pour ainsi dire aucune impor-

62 Kölz, Häner et Bertschi, Verwaltungsverfahren, ch. m. 158 ; Von Werdt, SHK zu Art. 106 BGG, n° 7 et 15, et Dormann, BSK zu Art. 106 BGG, n° 16 et 19. Biaggini, Theorie und Praxis, p. 195, se montre lui aussi critique.
63 Merz, BSK zu Art. 42 BGG, n° 47 s.
64 Art. 106 de la loi fédérale du 17.06.2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) ; Keller et Müller, EGMR, ch. m. 33 ss.
65 OFAS, Rechtsschutz Armutsbetroffene, pp. 45 ss.
66 Kölz, Häner et Bertschi, Verwaltungsverfahren, ch. m. 988.
67 Art. 6 en rapport avec art. 9 al. 3 let. a LHand. Voir également Waldmann, BSK zu Art. 89 BGG, n° 70 ; Seiler, SHK zu Art. 89 BGG, n° 105.
68 Art. 7 al. 1 LEg. Voir également Waldmann, BSK zu Art. 89 BGG, n° 70 ; Seiler, SHK zu Art. 89 BGG, n° 105.
69 CSDH, Accès à la justice, p. 60.
70 Sur la notion de « race », voir le chapitre 9.
71 CSDH, Accès à la justice, pp. 55 ss et 103.
72 Art. 89 al. 1, du code de procédure civile du 19.12.2008 (CPC ; RS 272). Voir également Klaus, BSK zu Art. 89 ZPO, n° 5 s. et 41 ; CSDH, Accès à la justice, pp. 54 ss.

tance pratique[73]. L'extension de la qualité d'agir des organisations à l'ensemble du droit civil, examinée dans le cadre de la révision du code de procédure civile[74], serait favorable à la protection des personnes vulnérables. À titre d'exemple, les organisations auraient ainsi la possibilité d'agir pour protéger les personnes vivant dans des foyers et des établissements médico-sociaux (recommandation l)[75].

Soutien fourni par des permanences juridiques

Les permanences juridiques sont d'une importance cruciale pour les personnes vulnérables, offrant à celles-ci un accès facile à des renseignements d'ordre juridique. Leur rôle est particulièrement vital dans les cas où les victimes éprouvent des difficultés à se faire représenter par des avocat·e·s, soit parce que ces derniers·ères sont peu nombreux·euses dans le domaine en question, soit parce que les frais sont élevés et que la possibilité de bénéficier d'une assistance judiciaire gratuite est difficile à estimer. Le CSDH a signalé l'insuffisance des moyens financiers et des effectifs des permanences juridiques et déploré en particulier l'absence de financement public dans le domaine LGBTIQ*[76]. La demande dépasse aussi nettement l'offre dans le domaine du conseil aux personnes en situation de pauvreté, de sorte qu'il est recommandé de financer des permanences indépendantes (recommandation m)[77].

Sensibilisation et lutte contre les stéréotypes

Généralement, les individus en situation de vulnérabilité personnelle, situationnelle et structurelle sont aussi victimes de préjugés et de stéréotypes négatifs. Il arrive en conséquence que les besoins de ces personnes ne soient pas pris en considération ou qu'ils soient jugés négligeables. Du fait de ce manque d'attention et de reconnaissance sociale, le risque d'atteintes aux droits humains augmente, tout comme la prédisposition à ne pas sanctionner ces violations. Dès lors, il est indispensable de prendre des mesures qui amorcent et favorisent un changement de mentalité dans la société. Parmi les actions efficaces, mentionnons les cours de formation initiale et continue qui sensibilisent le personnel

73 Klaus, BSK zu Art. 89 ZPO, n° 9 ; CSDH, Accès à la justice partie 3 LGBTI, p. 38.
74 CSDH, Avancement de la mise en œuvre, p. 6.
75 Art. 382 ss. du code civil suisse du 10.12.1907 (CC ; RS 210).
76 CSDH, Accès à la justice, pp. 93 et 102 s.
77 OFAS, Rechtsschutz Armutsbetroffene, pp. 94 et 121.

des services publics et des tribunaux aux besoins des plus vulnérables (recommandation n)[78]. Des instruments tels que des guides ou des formulaires aidant à détecter et à prévenir les atteintes aux droits humains des personnes vulnérables sont tout aussi utiles (recommandation o).

Bonne pratique : Outil en ligne pour identifier les personnes vulnérables

Le Bureau européen d'appui en matière d'asile a mis au point un outil en ligne pour identifier les personnes particulièrement vulnérables[79]. Dans son dernier rapport sur les centres fédéraux pour requérant·e·s d'asile, la Commission nationale de prévention de la torture de la Suisse a déploré que les employé·e·s de ces structures ne connaissent pratiquement pas cet outil, tout en saluant le fait que le Secrétariat d'État aux migrations avait promis de rédiger ses propres lignes directrices afin d'identifier les personnes vulnérables[80].

En Suisse, les commissions et services spécialisés fédéraux jouent un rôle important dans la lutte contre les stéréotypes envers certains collectifs[81]. Lorsqu'on étudie de près les organes en question, deux conclusions s'imposent : en premier lieu, certains collectifs, et notamment les personnes LGBTIQ*[82], mais aussi les personnes en situation de pauvreté, ne disposent pas d'un service spécialisé. Cette absence peut certes s'expliquer en partie par le partage des compétences, mais aussi par les différentes priorités et sensibilités politiques. Or, la responsabilité de la Confédération est aussi engagée lorsqu'il s'agit de sensibiliser et d'informer. En second lieu, la fragmentation thématique des services est très marquée. Il n'existe ainsi aucun service qui dispose d'une vue d'ensemble et serait capable par exemple de prendre aussi en charge les discriminations multiples ou intersectionnelles[83]. Cette approche sectorielle, qui se reflète aussi sur le plan légal – où il existe différentes lois avec différents champs d'application pour différents thèmes –, peut bel et bien présenter certains avantages[84], mais n'en com-

78 Voir expressément l'art. 13 ch. 2 CDPH. Au sujet d'autres groupes vulnérables, voir KIENER, Zugang zur Justiz, ch. m. 70 s. et CSDH, Accès à la justice, pp. 102 s.
79 EASO, Tool for identification of persons with special needs (25.10.2021).
80 CNPT, Bericht betreffend die Überprüfung der Bundesasylzentren durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (2019 – 2020), ch. 44 ss.
81 CSDH, Accès à la justice, pp. 89 ss.
82 CSDH, Accès à la justice, p. 91.
83 CSDH, Accès à la justice, p. 94.
84 CSDH, Accès à la justice, p. 103.

porte pas moins des inconvénients majeurs[85]. Il est vrai que les collectifs vulnérables n'ont pas tous les mêmes besoins et qu'il est par conséquent difficile de définir une loi commune et générale[86]. Si, toutefois, au lieu de chercher à promulguer une nouvelle loi qui remplacerait les approches existantes, nous envisagions une loi complémentaire venant combler les lacunes et doter de cohérence tout le système, alors les avantages l'emporteraient probablement sur les inconvénients[87]. Cette loi pourrait par exemple définir certaines notions, créer une institution à l'échelon de la Confédération, garantir la coordination des mesures, alléger les règles de procédure et veiller à l'amélioration de la collecte de données empiriques sur la vulnérabilité (recommandation p).

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a La Confédération favorise la recherche empirique sur la vulnérabilité.

b Toutes les personnes adultes domiciliées en Suisse, quels que soient leur nationalité et leur état de santé mentale et psychiques sont en possession des droits politiques – à tous les échelons politiques. Pour les enfants et les jeunes, l'âge du droit de vote est fixé en fonction de la capacité de discernement politique de la majorité des enfants et des jeunes.

c Le droit de vote peut être exercé dans les établissements de la vie quotidienne (tels que les écoles ou les établissements de soins).

d Les informations relatives aux votations et aux élections sont accessibles dans toute la Suisse dans différentes langues, y compris en langue des signes et en langage simplifié.

e Des mécanismes de consultation inclusifs et sur mesure, qui garantissent que les préoccupations des groupes vulnérables pénalisés dans la vie politique puissent faire valoir leurs causes, sont mis en place.

85 Belser, Gleichheit und Vielfalt, ch. m. 60 ss.
86 CSDH, Accès à la justice, p. 103.
87 Belser, Gleichheit und Vielfalt, ch. m. 63.

f Des incitations ou des directives sont formulées pour que les partis politiques constituent leurs listes électorales d'une façon qui garantisse une représentation adéquate des groupes vulnérables dans les parlements.

g Les personnes vulnérables qui dénoncent une atteinte à leurs droits fondamentaux ou humains reçoivent une représentation judiciaire gratuite.

h Les personnes vulnérables choisissent librement entre une procédure orale et une procédure écrite.

i La maxime inquisitoire est étendue de façon à ce que les tribunaux établissent les faits d'office dans tous les domaines du droit pertinents pour les groupes vulnérables et déchargent ainsi les parties.

j Le fardeau de la preuve est allégé dans tous les domaines du droit pertinents pour les groupes vulnérables.

k Le principe qui veut que le tribunal applique le droit d'office, sans que les parties ne soient astreintes à une obligation particulière de motiver leur requête, est étendu aux droits fondamentaux.

l Les organisations défendant les intérêts des personnes et collectifs vulnérables peuvent agir en justice (extension du droit de recours à but idéal des organisations).

m Les permanences fournissent aux personnes vulnérables des conseils juridiques à des tarifs raisonnables.

n Les membres des autorités exécutives et judiciaires sont formée·s au contact avec des personnes vulnérables.

o Des guides, procédures standard, formulaires et listes de contrôle permettent aux autorités d'identifier les personnes vulnérables et de tenir compte de leurs besoins.

p Une loi en faveur de l'égalité et contre les discriminations garantit la réalisation complète des droits de toutes les personnes vulnérables en Suisse.

7 Santé des sans-papiers : accès aux assurances sociales et aux soins

Anne-Laurence Graf et Joëlle Fehlmann

Introduction

Cas pratique : Employée de maison sans assurances

Myriam vit en Suisse dans la clandestinité depuis que son visa Schengen a expiré. Pourtant, elle travaille comme employée de maison pour pouvoir vivre et nourrir sa famille. Comme la majeure partie des personnes sans-papiers en Suisse, Myriam n'est pas affiliée à l'assurance obligatoire des soins. Elle évite en effet tout contact avec les autorités du pays de crainte d'être renvoyée. En outre, elle sait que l'affiliation à l'assurance serait trop chère pour son budget. Heureusement, elle n'a jamais eu de maladie grave jusqu'à présent. Elle espère qu'elle restera longtemps en bonne santé car elle n'est pas suivie médicalement. Elle espère également qu'elle n'aura pas d'accident car la famille qui l'emploie ne l'a jamais déclarée comme salariée aux assurances sociales.

Cas pratique : Chimiothérapie sans assurance-maladie

Paul est reconnaissant. Sans titre de séjour en Suisse et bien qu'il ne soit pas affilié à l'assurance-maladie, l'hôpital l'a immédiatement pris en charge lorsque sa vie était en danger. Les médecins lui ont diagnostiqué une leucémie. La première série de chimiothérapies a débuté hier. Paul ne sait pas si l'ensemble du traitement sera pris en charge par l'hôpital, car les médecins n'ont pu lui garantir que la prise en charge des « soins urgents ». Une assistante sociale a parlé avec lui de la possibilité de demander une affiliation auprès d'une caisse d'assurance-maladie mais Paul a peur de devoir payer des pénalités de retard importantes.

Cas pratique : Assurance-maladie sans numéro AVS

Ezëchiel est sans-papiers en Suisse. Lorsqu'il a sollicité l'affiliation à l'assurance obligatoire des soins auprès d'une caisse-maladie, on lui a demandé de remplir un formulaire et d'indiquer son numéro AVS. Ezëchiel n'ayant pas de numéro AVS, la caisse d'assurance-

maladie a refusé de l'affilier. Devant cet obstacle administratif, Ezëchiel a baissé les bras. Il ne sait pas comment obtenir un tel numéro AVS puisqu'il travaille de manière non déclarée et que les autorités ignorent sa présence sur le territoire suisse.

Les personnes sans autorisation de séjour en Suisse (appelées « sans-papiers »)[1] ont, en théorie, accès à toutes les prestations de santé qui sont couvertes par l'assurance-maladie obligatoire dès lors qu'elles y sont affiliées. Le droit et l'obligation des personnes sans-papiers d'être affiliées auprès de l'assurance obligatoire des soins en Suisse ne sont cependant que rarement concrétisés. Les raisons et les conséquences de cette absence d'affiliation par les sans-papiers sont évoquées ci-dessous. Par ailleurs, l'accès aux soins de santé doit être garanti pour les sans-papiers même non affilié·e·s à l'assurance-maladie, en raison des obligations internationales de la Suisse et du droit constitutionnel d'obtenir une aide en cas de détresse. La mise en œuvre de ce droit d'accès à la santé, qui dépend essentiellement des cantons, n'est cependant pas assurée de manière uniforme dans le pays.

Analyse

Défis liés à l'affiliation des sans-papiers à une assurance de santé

L'affiliation au système d'assurance-maladie obligatoire est censée être la porte d'entrée ordinaire du système de santé pour les personnes sans-papiers. En effet, dès lors qu'elles sont affiliées à l'assurance obligatoire des soins, ces personnes ont droit à la prise en charge des prestations de santé visées par la loi sur l'assurance-maladie (LAMal)[2] au même titre que les personnes au bénéfice d'un permis de séjour ou que les citoyen·ne·s suisses. Cela découle du principe d'universalité de la couverture par l'assurance-maladie en Suisse[3]. La législation fédérale ne souffre à cet égard d'aucune lacune[4].

1 Voir les tentatives de définitions juridiques de la notion de « sans-papiers » (inconnue du droit positif suisse) par CARONI ET AL., Migrationsrecht, p. 416 et AMARELLE, Les migrations économiques, p. 133.
2 Loi fédérale du 18.03.1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10).
3 Art. 5 let. f loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal ; RS 832.12).
4 STEFFEN, Sans papiers : LAMal et accès effectif aux soins (22.05.17).

L'affiliation à l'assurance-maladie n'est pas conditionnée par le caractère régulier du séjour[5], comme l'a rappelé et réaffirmé le Conseil fédéral[6] : les personnes sans-papiers ont le droit et l'obligation d'être affiliées à l'assurance-maladie. Un même droit et une même obligation d'affiliation (à charge de la partie employeuse) auprès de l'assurance-accidents existent aussi pour les sans-papiers qui exercent une activité lucrative dépendante[7]. Cela leur garantit une prise en charge à titre obligatoire pour les soins découlant d'accidents professionnels, ainsi que d'accidents non professionnels s'ils ou elles travaillent au moins huit heures par semaine auprès de la même partie employeuse[8]. De même que pour l'assurance-maladie, la résidence régulière n'est pas un critère déterminant en matière d'assujettissement à la loi sur l'assurance-accidents[9].

Dans les faits cependant, plusieurs études et rapports démontrent que l'immense majorité des personnes sans-papiers n'est pas affiliée à l'assurance obligatoire des soins en Suisse[10], ni à l'assurance-accidents pour celles qui sont salariées, créant une lacune de couverture et de prise en charge des soins de santé pour ces personnes. Il existe de nombreuses raisons pour ne pas être affilié·e à l'assurance obligatoire des soins et ne pas être couvert·e par l'assurance-accidents.

5 La seule condition pour l'affiliation à l'assurance-maladie est le domicile en Suisse, à savoir la résidence effective sur le territoire depuis au moins 3 mois (art. 3 al. 1 LAMal). Il n'y a pas d'exigence tenant à la régularité du séjour (ATF 129 V 77, c. 5.2 ; ATF 125 V 76, c. 2a) ; voir aussi Petry, La situation juridique des migrants, p. 225 ; Caroni et al., Migrationsrecht, p. 421. Les personnes (même après le rejet éventuel de leur demande d'asile) sont réputées avoir leur domicile en Suisse jusqu'à preuve de leur départ à l'étranger (art. 24 al. 2 code civil du 10.12.1907 [CC ; RS 210]).

6 Conseil fédéral, Rapport 2012, p. 11 ; Conseil fédéral, Rapport 2020, p. 41.

7 Ce qui concerne beaucoup de personnes sans-papiers en Suisse, Caroni et al., Migrationsrecht, p. 418.

8 Art. 1*a* al. 1 loi fédérale du 20.03.1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20) ; art. 13 ordonnance du 20.12.1982 sur l'assurance-accidents (OLAA ; RS 832.202) ; Conseil fédéral, Rapport 2020, p. 42.

9 Petry, La situation juridique des migrants, pp. 226-227.

10 Bilger et al., Health Care, p. 25 ; Kiener et Von Büren, Strafbarkeit, p. 11. Selon le Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Heim, environ 80 à 90 % des personnes sans-papiers en Suisse ne seraient pas assurées à la LAMal (Conseil fédéral, Rapport 2012, p. 6). La couverture est meilleure chez les enfants en raison, dans certains cantons, d'une obligation d'affiliation durant la période de scolarisation obligatoire (Bilger et al., Health Care, p. 28).

La crainte d'une transmission de données aux autorités migratoires

De nombreuses personnes sans-papiers craignent, en s'affiliant auprès d'une caisse d'assurance-maladie, que leurs données personnelles soient transmises aux autorités migratoires cantonales chargées de l'exécution du renvoi en cas d'irrégularité du séjour.

De manière générale, les données personnelles sont protégées contre tout emploi abusif dans l'ordre juridique suisse[11]. Une base légale est nécessaire pour permettre la transmission par la caisse d'assurance-maladie de données telles que le nom, la date de naissance, la nationalité et le domicile aux autorités cantonales[12]. À cet égard, le principe général affirmé par la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)[13] est celui du secret. L'article 33 LPGA prévoit ainsi que les personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance – les caisses d'assurance-maladie en particulier – sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers[14]. La loi sur les étrangers et l'intégration (LEI)[15] ne constitue pas non plus un fondement pour une telle transmission de données par les caisses d'assurance-maladie. En effet, l'art. 97 al. 1 LEI sur l'entraide administrative ne s'applique qu'aux organes chargés de l'exécution de la LEI, ce que les caisses d'assurance-maladie ne sont clairement pas.

En revanche, la législation spécifique visant, depuis 2008, à lutter contre le travail au noir (loi sur le travail au noir (LTN)[16]) génère un certain flou s'agissant de la collaboration entre les caisses d'assurance-maladie et les autorités migratoires cantonales, bien que la situation de sans-papiers ne signifie pas toujours

11 Art. 13 al. 2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Cst. ; RS 101) ; DAVET, Meldepflichten, p. 59.
12 L'entraide entre entités administratives doit reposer sur une base légale formelle (art. 19 al. 1 loi fédérale du 19.06.1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1), voir cependant les exceptions prévues à l'art. 19 al. 2 LPD.
13 Loi fédérale du 06.10.2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).
14 Art. 33 LPGA et art. 84 s. LAMal ; PETRY, La situation juridique des migrants, p. 228 ; DAVET, Meldepflichten, p. 69.
15 Loi fédérale du 16.12.2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20).
16 Loi fédérale du 17.06.2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN ; RS 822.41).

travail au noir[17]. L'article 12 al. 2 LTN prévoit en effet un système de communication obligatoire entre, notamment, les organisations privées chargées de l'application de la législation relative aux assurances sociales et les autorités en matière d'asile et de droit des personnes étrangères lorsque deux conditions sont réunies : premièrement, une personne a touché un revenu (elle a travaillé, comme salariée ou indépendante) sur lequel les cotisations aux assurances sociales (AVS, AI, APG, AC ou allocations familiales) n'ont pas été versées ; deuxièmement, il semble que la personne ne soit pas au bénéfice d'une autorisation de séjour (et donc de travail) en Suisse. L'article 12 al. 2 LTN constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 33 LPGA[18].

Néanmoins, nous sommes d'avis que le système de collaboration entre autorités selon l'article 12 al. 2 LTN ne doit pas entrer en ligne de compte en matière d'affiliation à l'assurance-maladie[19]. En effet, l'affiliation à l'assurance-maladie n'est pas dépendante d'un revenu tiré de l'exercice d'une activité lucrative, mais uniquement de l'existence d'un domicile ou d'une résidence effective en Suisse. Or, les conditions auxquelles la personne est dénoncée auprès des autorités migratoires selon l'article 12 al. 2 LTN sont cumulatives[20]. Ainsi, dès lors que l'assurance-maladie ne se trouve pas en présence d'indices qu'un revenu aurait été perçu sans que les cotisations aux assurances sociales n'aient été acquittées (art. 12 al. 2 let. a LTN), la première des deux conditions de l'article 12 al. 2 LTN n'est pas remplie. En outre et surtout, la communication entre autorités prévue par l'article 12 al. 2 LTN concerne, selon le message du Conseil fédéral, les résultats des contrôles des *employeurs·euses*. À cet égard, le Conseil fédéral mentionne les contrôles des décomptes des cotisations à l'AVS/AI/APG/AC[21]. Le paiement des primes à la caisse d'assurance-maladie, qui relève de la responsabilité indivi-

17 Le travail au noir consiste dans l'exercice d'une activité lucrative dépendante ou indépendante en violation de prescriptions légales, qu'il s'agisse des prescriptions du droit des personnes étrangères ou des cotisations obligatoires aux assurances sociales (Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale contre le travail au noir, FF 2002 3371-3437, 3374). Lorsque les sans-papiers travaillent en étant déclaré·e·s aux assurances sociales, on parle de « travail au gris », Efionayi-Mäder et Cattacin, Illegal in der Schweiz – Eine Übersicht zum Wissenstand, SFM, Discussion Paper 12/2002, p. 6, n. 4).

18 Amarelle, Les migrations économiques, p. 150 ; Davet, Meldepflichten p. 86 ; Dupont, Article 33, dans : Dupont et Moser-Szeless (éds), Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire, Bâle 2018, p. 471 ; Kunz, Schwarzarbeit aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive Unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der Arbeitgeberin, RiU - Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen Band, n° 31, 2020, p. 18.

19 Dans le même sens, Efionayi-Mäder et al., Visage des sans-papiers, p. 68.

20 Petry relève l'absence de marge de manœuvre de l'administration à cet égard lorsque les deux conditions de l'art. 12 al. 2 LTN sont remplies, Petry, La situation juridique des migrants, p. 228.

21 FF 2002 3371-3437, pp. 3400-3401.

duelle du travailleur ou de la travailleuse, et qui n'intervient en tout état de cause pas au stade de l'affiliation, n'est pas concerné par la lettre (ni par l'esprit) de la loi selon le Conseil fédéral.

En dépit de cela, la crainte d'une dénonciation par les caisses d'assurance-maladie auprès des autorités migratoires cantonales demeure un obstacle important pour de nombreuses personnes sans-papiers. Cette crainte repose moins sur l'état du droit, qui comme on le soutient ne permet pas une dénonciation de la personne aux autorités migratoires, que sur des pratiques informelles contraires au droit dans certaines circonstances. Certains cas ont ainsi été rapportés, lors d'entretiens mené par le CSDH, de communication des caisses d'assurance-maladie avec les autorités cantonales afin d'obtenir le numéro AVS de la personne par exemple. Or, ces pratiques sont contraires à la loi.

Le montant des primes et les difficultés d'accès aux subventions

Les personnes sans-papiers n'ont souvent pas les moyens financiers de s'acquitter des primes d'assurance-maladie qu'implique l'affiliation[22]. Le montant des primes n'est en effet pas lié aux ressources de la personne assurée. Or, si l'absence de paiement des primes n'entraîne pas en tant que telle l'exclusion de l'assurance (l'affiliation est obligatoire), une mise aux poursuites pour non-paiement des primes peut s'ensuivre. Cela est susceptible de mettre en évidence l'absence de statut de séjour de la personne auprès des autorités[23].

Cependant, les cantons sont tenus de réduire le paiement des primes d'assurance-maladie des personnes aux revenus modestes (selon l'art. 65 LAMal, à hauteur de 50 % au moins pour les jeunes adultes en formation et de 80 % au moins pour les enfants[24]). S'agissant de ces subsides, il existe toutefois des différences importantes entre les cantons quant aux modalités et niveaux de couverture, la couverture étant très souvent insuffisante[25]. En outre, les sans-papiers craignent

22 Caroni et al., Migrationsrecht, p. 422 ; Plate-forme nationale pour les soins de santé aux sans-papiers, Recommandations 2014 ; Achermann et Chimienti (avec la collaboration de Stants), Migration, Prekarität und Gesundheit, Ressourcen und Risiken von vorläufig Aufgenommenen und Sans-Papiers in Genf und Zürich, SFM Studien 41, Neuchâtel 2005.

23 Art. 64*a* LAMal.

24 Les cantons reçoivent à cette fin des subsides de la Confédération (art. 66 LAMal).

25 Plate-forme nationale pour les soins de santé aux sans-papiers, Recommandations 2014, pp. 18-19. Voir aussi p. 12 : dans certains cantons, une attestation de domicile ou d'impôt serait requise pour demander des subsides, ce qui constitue un sérieux obstacle à l'affiliation des sans-papiers ; Bilger et al., Health Care, p. 27.

de s'adresser aux autorités cantonales afin de formuler leur demande de subsides[26]. À cet égard, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a récemment confirmé un devoir d'annonce, selon l'article 82*d* de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)[27], des autorités chargées de verser ces réductions des primes d'assurance-maladie aux autorités migratoires[28].

En raison du montant des primes, il existe un décalage important entre le droit, qui impose l'affiliation de toute personne résidant en Suisse, et la réalité[29]. Or, la Suisse doit prendre des mesures, comme État partie au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte social)[30], afin d'assurer l'égalité d'accès aux soins de santé, ce qui implique, selon le Comité DESC, que l'État « doit garantir aux personnes dépourvues de moyens suffisants l'accès à l'assurance maladie »[31] (recommandation a). À cet égard, bien que les caisses d'assurance-maladie soient – pour une bonne partie d'entre elles – des entités privées, elles assument une tâche publique, fixée par la loi, au moins dans la mesure où elles agissent dans le cadre de l'assurance obligatoire de base. Elles sont donc tenues, au même titre que l'État, de respecter les droits fondamentaux. Au surplus, il faut préciser que la Confédération doit protéger le droit à la santé en ce sens qu'elle doit mettre en place le cadre législatif et règlementaire suffisant pour que le droit à la santé ne soit pas entravé en raison d'actes ou d'omissions d'acteurs·trices privé·e·s (recommandations h et i)[32].

Le système d'affiliation sur demande

Si les assurances ne peuvent pas refuser les personnes qui souhaitent s'affilier à l'assurance de base dans la mesure où l'affiliation est obligatoire[33], on observe néanmoins plusieurs obstacles. Une difficulté relevée par la pratique et la doc-

26 Caroni et al., Migrationsrecht, p. 422.
27 RS 142.201.
28 SEM, Circulaire, p. 4.
29 Conseil fédéral, Rapport 2012, p. 14.
30 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte social, CESCR ; RS 0.103.1).
31 Comité DESC, Observation générale n° 14 (2000), Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12).
32 Comité DESC, Observation générale n° 14 (2000), Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12), par. 51.
33 OFAS, Directive affiliation des sans-papiers, confirmée par l'OFSP dans une prise de position du 25.11.2008, Rechtslage zur Versicherungspflicht von Personen ohne gültige Aufenthaltspapiere ; Caroni et al., Migrationsrecht, p. 421.

trine concerne le système d'affiliation *sur demande* de la personne qui souhaite s'assurer. En effet, l'affiliation à l'assurance-maladie n'est pas automatique, sous réserve du cas particulier des sans-papiers suite au rejet de ou à la non-entrée en matière sur leur demande d'asile[34]. Or, selon des entretiens menés et des études du CSDH[35], des personnes sans-papiers ont tenté de s'affilier auprès d'une caisse d'assurance-maladie mais sans succès au vu des informations et des documents à soumettre : l'assurance exige, dans la pratique, une attestation de domicile ou un permis de séjour valable en Suisse, ce que ne possèdent pas, par nature, des personnes sans-papiers[36]. Or, ces documents ne sont pas obligatoires pour conclure une assurance-maladie et n'ont donc pas à être exigés par l'assurance. De manière générale, les personnes sans-papiers ne « rentrent pas dans les cases » des demandes d'affiliation. En outre, le processus d'affiliation ayant désormais lieu le plus souvent en ligne, les personnes ne font face à aucun·e interlocuteur·trice en cas d'obstacle administratif, ce qui entraîne un certain découragement. Un accompagnement de la personne par une association ou un service de l'hôpital est ainsi dans les faits presque toujours nécessaire pour l'affiliation des sans-papiers[37].

Par ailleurs, les personnes sans-papiers ne connaissent pas, pour la plupart, leur droit et leur obligation de s'affilier à l'assurance-maladie. Les cantons devraient pourtant informer la population résidente sur leur droit et surtout leur obligation d'affiliation[38]. Selon les données que nous avons récoltées, cette information existe mais elle ne parvient pas, pour des raisons linguistiques notamment, aux personnes concernées (recommandation g).

La LAMal prévoit en outre un système d'affiliation d'office par le canton de résidence dans le cas où la personne n'aurait pas fait de demande d'affiliation à l'assurance-maladie dans les trois mois qui suivent son arrivée sur le territoire suisse[39]. Par nature, le canton ne peut toutefois pas contrôler l'affiliation des sans-papiers qui ne sont pas officiellement « arrivé·e·s » en Suisse. Cette affiliation d'office comporte en outre un système de pénalité importante (jusqu'à 50 %

34 Les personnes sans-papiers relevant du domaine de l'asile sont automatiquement affiliées dans le cadre de l'aide d'urgence à l'assurance obligatoire des soins (art. 92*d* ordonnance du 27.06.1995 sur l'assurance-maladie [OAMal, RS 832.102]).
35 Efionayi-Mäder et al., Visage des sans-papiers, p. 68.
36 Petry, La situation juridique des migrants, p. 225.
37 Efionayi-Mäder et al., Visage des sans-papiers, p. 68.
38 Art. 6 al. 1 LAMal.
39 Art. 6 al. 2 LAMal.

de la prime pendant cinq ans, de manière rétroactive)[40] qui peut s'avérer particulièrement rédhibitoire pour les personnes sans-papiers. Celles-ci peuvent en effet être dissuadées de demander leur affiliation de manière tardive.

Bonne pratique : Prise en charge administrative des sans-papiers dans un hôpital universitaire

Le Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) a créé un service administratif spécifique pour les personnes sans assurance-maladie, l'Unité conventions, tarifs et populations vulnérables. Cette Unité du CHUV est chargée de réaliser une analyse juridique et d'assurer le suivi administratif et social des personnes soignées à l'hôpital qui ne sont pas affiliées à l'assurance-maladie. Chaque année, le service s'occupe d'environ 60 à 70 personnes sans-papiers concernées. Le cas échéant, l'Unité propose à la personne de régulariser sa situation s'agissant de son affiliation à l'assurance-maladie et s'occupe, en collaboration avec l'Office cantonal de l'assurance-maladie, de la relation avec la caisse d'assurance-maladie (négociation, documents à fournir, etc.). S'agissant d'une affiliation tardive, la pénalité est couverte par les subsides cantonaux (qui dans le canton de Vaud peuvent couvrir 100 % des primes) si la personne est indigente.

Bonne pratique : Association Fri-Santé, canton de Fribourg

L'association Fri-Santé offre des soins de santé de premier recours aux sans-papiers mais aussi un accompagnement dans leurs démarches administratives pour s'affilier à l'assurance-maladie. La médecine de premier recours est définie comme une prise en charge ambulatoire par des médecins et autres professionnel·le·s de santé[41].

Le cas particulier des soins suite à un accident

Un même décalage existe entre la théorie (l'obligation d'affiliation pour toutes les personnes salariées) et la pratique (l'absence d'affiliation par la partie employeuse) s'agissant de l'affiliation à l'assurance-accidents des sans-papiers qui exercent une activité lucrative salariée. Ceci s'explique essentiellement par l'in-

40 Art. 5 al. 2 LAMal ; art. 8 al. 1 OAMal (une réduction voire une dispense de la pénalité sont cependant prévues en cas de gêne ou d'indigence, art. 8 al. 1 4e phrase et al. 2 OAMal).
41 SCHIBLI/HODEL, Nouveaux modèles de soins pour la médecine de premier recours, p. 5.

terdiction du travail au noir : les employé·e·s sans-papiers ne sont très souvent pas déclaré·e·s par l'employeur·euse aux assurances sociales par crainte de sanctions en raison de l'absence d'autorisation de travailler[42]. Or, en cas d'accident, l'assurance-maladie n'intervient que si l'assurance-accidents n'intervient pas[43]. En pratique, selon les données récoltées lors d'entretiens, l'assurance-maladie refuse de prendre en charge les soins qui relèvent du champ d'application matériel de la loi sur l'assurance-accidents.

Si l'employeur·euse nie avoir employé la personne, il revient à la personne sans-papiers de prouver le rapport de travail qui la lie à son employeur·euse afin de bénéficier de la couverture obligatoire des soins en matière d'accident. Cela implique une longue et difficile procédure devant les juridictions civiles, procédure qui les expose de fait au regard des autorités migratoires et à un risque de renvoi[44]. Par ailleurs, le financement qui viendrait d'une source publique afin de combler le défaut d'affiliation par l'employeur·euse fait défaut : selon les entretiens menés, en effet, il s'agirait le cas échéant d'une reconnaissance du travail au noir qui est spécifiquement réprimé en Suisse[45].

Conclusion intermédiaire : l'obligation de ne pas entraver l'affiliation à une assurance sociale

Il existe donc un décalage certain entre, d'un côté, le droit et l'obligation d'affiliation des sans-papiers à l'assurance-maladie (ainsi qu'à l'assurance-accidents en cas de travail salarié) et, d'un autre côté, l'absence d'affiliation dans la majeure partie des cas. Or, la pleine mise en œuvre du droit à la sécurité sociale, selon l'article 9 du Pacte social ratifié par la Suisse, implique que l'État prenne toutes les mesures nécessaires pour éliminer ces obstacles à l'affiliation aux assurances sociales[46]. En Suisse, ces obstacles ne sont pas en tant que tels juridiques, mais de même qu'en cas de discrimination indirecte, c'est l'absence de

42 Efionayi-Mäder et al., Visage des sans-papiers, p. 58. À noter à cet égard qu'il devrait y avoir un échange de données obligatoire dans ce contexte entre l'assurance-accident et les autorités migratoires selon l'art. 12 al. 2 LTN lorsque les deux conditions cumulatives de cette disposition sont remplies (voir supra). Cette obligation est critiquée en doctrine (voir Nideröst, Sans-papiers in der Schweiz, dans : Uebersax et al. (éds), Ausländerrecht, Bâle 2009, p. 394).

43 Art. 1*a* al. 2 let. b LAMal. Par ex., si tous les éléments caractéristiques d'un accident ne sont pas réunis, comme l'exigence d'une causalité adéquate entre l'évènement et l'atteinte à la santé.

44 Amarelle, Les migrations économiques, p. 145.

45 LTN. Voir aussi les sanctions à l'égard de l'employeur·euse ayant employé des personnes sans autorisation de séjour et de travail (art. 117 LEI).

46 Petry, La situation juridique des migrants, p. 229.

mesures positives permettant un accès égal aux soins de santé, quel que soit le statut juridique sur le territoire, qui constitue une carence dans la mise en œuvre du droit humain à la santé.

À cet égard, les entretiens menés ont permis de noter l'effet pervers qu'entraîne l'absence d'affiliation : les personnes sans-papiers, pour la plupart non assurées en matière de santé, ne vont demander des soins qu'en dernier ressort, lorsqu'il ne leur est plus possible de survivre autrement. Or, à ce stade, l'état de santé de ces personnes réclame des soins plus importants et dès lors plus coûteux que si elles étaient venues se faire soigner plus en amont[47].

Garantie des « soins médicaux de base » : une notion au contenu variable

Même sans affiliation à l'assurance obligatoire des soins, les personnes sans-papiers doivent recevoir des soins de santé qui soient, notamment, accessibles et de qualité. Ceci découle des obligations internationales de la Suisse, en particulier de l'article 12 du Pacte social qui consacre le droit à la santé. La mise en œuvre de ce droit ne doit souffrir d'aucune restriction basée sur un motif discriminatoire, notamment l'origine ou le statut de séjour[48]. De la même manière, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)[49] interdit toute discrimination dans la mise en œuvre des droits protégés par la Convention (article 14 CEDH). Or, les soins de santé entrent, selon la gravité de l'atteinte, dans le champ d'application de l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants (article 3 CEDH) ou de la vie privée (article 8 CEDH)[50].

47 Plate-forme nationale pour les soins de santé aux sans-papiers, Recommandations 2014 ; Efionayi-Mäder et al., Visage des sans-papiers, p. 69.

48 L'expression « toute autre situation » dans l'art. 2 al. 2 Pacte social comprend la situation des personnes en situation irrégulière selon le Comité DESC, Observation générale n° 20 (2009), La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2 al. 2 du Pacte), pp. 10-11, par. 30.

49 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH ; RS 0.101).

50 Voir par ex. en matière d'éloignement du territoire d'étrangers·ères gravement malades, CourEDH, *Paposhvili c. Belgique*, requête n° 41738/10, 13.12.2016.

Dans la Constitution (Cst.)[51], l'article 12 garantit le droit de toute personne, quelle que soit sa nationalité ou son statut juridique sur le territoire[52], à être aidée et assistée en cas de détresse afin de mener une vie conforme à la dignité humaine. S'il ne découle pas de cette disposition un droit d'affiliation aux assurances sociales selon le Conseil fédéral[53], cette disposition constitutionnelle exige, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une prise en charge « des soins médicaux de base »[54] en-dehors de tout système formel d'affiliation à une assurance[55].

Bonne pratique : Soins de santé pour les sans-papiers sans assurance

Structure publique : À Genève, l'unité de consultation ambulatoire mobile de soins communautaires (CAMSCO) garantit l'accès aux soins médicaux de base pour toutes les personnes sans-papiers. Il s'agit d'une structure intégrée à l'hôpital cantonal et financée par des fonds publics. Le CAMSCO est né de la volonté politique explicite de maintenir l'équité dans l'accès aux soins et la qualité des soins. Les sans-papiers représentent environ deux tiers des personnes prises en charge.

Organisation non gouvernementale : la permanence médicale Meditrina à Zurich est spécifiquement destinée aux sans-papiers n'ayant pas de couverture d'assurance-maladie. Seuls des soins de premier recours sont prodigués, pour le reste les personnes sont orientées vers des services spécialisés (médecin, dentiste, hôpital).

Une notion sujette à interprétation

Dans le respect du fédéralisme helvétique (art. 115 Cst.)[56], il revient à chaque canton de mettre en œuvre la garantie constitutionnelle de l'article 12 Cst.

51 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Cst., RS 101).
52 Conseil fédéral, Rapport 2020, p. 21 ; ATF 131 I 166, c. 3.1 ; ATF 121 I 367, c. 2d ; ATF 130 I 1 et 82 ; ATF 122 II 193 ; Amstutz, Anspruchsvoraussetzungen und –inhalt, dans : Tschudi (éd), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekissen für Arbeitsscheue?, Berne, Stuttgart, Vienne 2005, p. 17 ; Petry, La situation juridique des migrants, p. 231.
53 Conseil fédéral, Rapport 2020, p. 56.
54 Conseil fédéral, Rapport 2020, p. 58. En allemand : «medizinische Grundversorgung», Kiener et Von Büren, Strafbarkeit, p. 13.
55 ATF 131 I 166 c. 3.1. ; ATF 127 I 6 c. 8.
56 Petry, La situation juridique des migrants, p. 231.

s'agissant de la concrétisation des « soins médicaux de base » à prodiguer aux personnes sans-papiers non affiliées à une assurance sociale qui prendrait en charge les soins. En d'autres termes, la notion de « soins médicaux de base » est sujette à interprétation par les cantons dans le respect des autres garanties constitutionnelles. Il convient cependant de préciser que le droit à des « soins médicaux de base » découlant de l'article 12 Cst. est justiciable, c'est-à-dire qu'il peut être invoqué devant un·e juge pour en exiger la mise en œuvre[57].

Si c'est en lien avec l'aide d'urgence accordée aux requérant·e·s d'asile débouté·e·s[58] que l'article 12 Cst. est régulièrement invoqué, cette aide d'urgence pour cette catégorie particulière de personnes sans-papiers[59] fait l'objet d'une règlementation spécifique en droit fédéral. Ainsi, l'aide d'urgence à l'attention des personnes déboutées de leur demande d'asile comprend, en principe, l'affiliation (primes et franchise prises en charge) à l'assurance obligatoire des soins par les cantons[60]. Il est donc plutôt question ici des personnes sans-papiers qui ne relèvent pas du domaine de l'asile[61].

La notion de « soins médicaux de base » renvoie, selon la jurisprudence, au noyau des droits fondamentaux comme limite aux restrictions apportées à ceux-ci (article 36 al. 4 Cst.)[62]. A priori, la notion semble donc plus restrictive que celle des soins de santé de l'article 12 du Pacte social permettant à chacun·e de jouir du meilleur état de santé possible. Néanmoins, la notion de l'article 12 Cst. renvoie aussi à celle de dignité humaine (« le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine »), ce qui plaide selon plusieurs auteur·e·s en faveur d'une interprétation large de ce que les soins de santé, en vertu de l'article 12 Cst., devraient recouvrir[63]. Dans ce sens, les cantons peuvent, en vertu de la marge de manœuvre qui leur revient dans la mise en œuvre de l'article 12 Cst., considérer de manière extensive le catalogue de soins dits « minimaux » en matière d'aide d'ur-

57 ATF 136 I 254, c. 4.2.
58 Art. 82 al. 1 et al. 2 loi du 26.06.1998 sur l'asile (LAsi ; RS 142.31).
59 Matthey, Procédures d'asile et pluralité de statuts, Bâle 2012, p. 12.
60 Caroni et al., Migrationsrecht, p. 423 ; Arnold, Das Nothilferegime für abgewiesene Asylsuchende im Kanton Zürich, Zurich 2018, p. 1 (exemple de Zurich) ; il existait avant 2011 des différences entres les cantons à cet égard (l'exclusion de l'aide sociale entraînait aussi, dans certains cantons, l'exclusion de l'assurance-maladie : Bilger et al., Health Care, p. 29).
61 Pour des exemples de ces autres catégories de personnes, voir Caroni et al., Migrationsrecht, p. 417.
62 Voir notamment ATF 131 I 166, c. 5.3.
63 La majorité de la doctrine selon Gächter et Filippo, Grundversorgungsartikel, p. 87 ; Kiener et Von Büren, Strafbarkeit, p. 14 ; Conseil fédéral, Rapport 2020, p. 58. Les soins dentaires ne font pas partie du catalogue de soins pris en charge au titre de la LAMal (articles 17 à 19*a* ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins [OPAS, RS 832.112.31], a contrario).

gence[64]. Cependant, « une exclusion des prestations médicales qui sont garanties en Suisse en raison de l'obligation générale d'affiliation à l'assurance maladie, ne se laisse guère justifier »[65].

Une interprétation trop restrictive

En pratique, les « soins médicaux de base » sont souvent compris par les cantons et organismes de santé publics comme étant des soins urgents[66]. L'urgence des soins se réfère à l'importance, d'un point vue temporel, des soins pour la condition vitale de la personne, ce qui exclut les soins importants pour la santé à long voire moyen terme. Il en est ainsi par exemple, selon les entretiens menés, d'une première chimiothérapie considérée comme urgente (lorsque le pronostic vital est engagé à court ou moyen terme) alors que la seconde apparaît non urgente (bien qu'elle soit nécessaire à la rémission). Cet aspect pose aussi problème en cas de maladie chronique (comme le diabète) ou de traitement psychologique sur le long terme, des exemples souvent cités par les expert·e·s.

Cette interprétation des soins médicaux à fournir en vertu de l'article 12 Cst. apparaît trop restrictive à la lumière des engagements internationaux de la Suisse. En effet, le droit à la santé contient le droit d'accès aux installations, biens et services en matière de santé (article 12 al. 2 let. d Pacte social), ce qui suppose, selon le Comité DESC, un « accès rapide, dans des conditions d'égalité, aux services essentiels de prévention, de traitement et de réadaptation ainsi que […] la fourniture de traitements et de soins appropriés de santé mentale »[67]. La notion de « services essentiels » recouvre, selon l'interprétation du Comité DESC, tant la prévention, que la réadaptation et les soins de santé mentale. En droit international relatif aux droits humains, les soins de santé devant être prodigués à toute personne sont donc plus larges que des soins « urgents » (recommandation c).

64 AMSTUTZ, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Berne 2002, p. 238.
65 GÄCHTER et FILIPPO, Grundversorgungsartikel, p. 87 (traduction des auteures).
66 Dans ce sens, voir l'art. 4*a* loi sur l'action sociale vaudoise (LASV, 850.051) selon lequel l'aide d'urgence comprend, en matière de santé, les « soins médicaux d'urgence dispensés en principe par la Polyclinique médicale universitaire (PMU), en collaboration avec les Hospices cantonaux/CHUV » (al. 3, let. c).
67 COMITÉ DESC, Observation générale n° 14 (2000), Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12).

À cet égard, une partie de la doctrine suisse préfère parler de « soins nécessaires » (ou « essentiels ») plutôt que de « soins urgents » dans le cadre de l'assistance qui doit être octroyée en vertu de l'article 12 Cst[68]. Les Objectifs du développement durable (ODD) de l'Agenda 2030 de l'ONU évoquent dans ce sens l'accès à des « services de santé essentiels de qualité ». Ce n'est pas l'urgence sur laquelle est placée l'emphase mais l'importance et l'adéquation des soins.

Enfin, on notera que les variations dans l'interprétation de ce que recouvrent les « soins médicaux de base » selon l'article 12 Cst. par les cantons, les institutions voire les professionnel·le·s de santé, posent problème à la lumière du principe de l'égalité de traitement (article 8 Cst.) (recommandation b). La doctrine majoritaire recommande que les soins médicaux de base, octroyés en vertu de l'article 12 Cst., devraient s'orienter sur le catalogue de prestations de l'assurance-maladie obligatoire selon la notion d'« existence conforme à la dignité humaine ». La liste de l'ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS) devrait servir de guide aux cantons, ce à quoi il conviendrait d'ajouter les soins dentaires de base.

Bonne pratique : l'Unité de soins communautaires CAMSCO à Genève (HUG)

Au CAMSCO (voir la bonne pratique « Soins de santé pour les sans-papiers sans assurance »), les soins médicaux prodigués suivent *a minima* le catalogue des prestations obligatoires dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins. En effet, la structure genevoise vise explicitement l'égalité dans l'accès et la qualité des soins.

68 COULLERY, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte in Gesundheitswesen, PJA, 2001, p. 632 ; MICCOLI MALHERBE, Accès aux soins des requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée en matière, ASYL 3/2006, p. 33.

Recommandations

À la Confédération

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a La loi sur l'assurance-maladie (LAMal) garantit la gratuité de l'affiliation à l'assurance obligatoire des soins en cas d'indigence (la prise en charge financière totale par les cantons par le biais des subsides).

b La loi précise la nature et l'étendue des soins médicaux devant être prodigués à toute personne, même non affiliée à l'assurance-maladie.

c La notion de « soins médicaux de base » devant être fournis à toute personne (même hors affiliation) est interprétée de manière large et conforme aux droits humains aux fins de la mise en œuvre de la recommandation b).

Aux cantons

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

d Il existe au minimum un service de soins de santé de premier recours accessible pour les personnes sans-papiers.

e Les personnes sans-papiers sont affiliées d'office à l'assurance obligatoire des soins dès que la situation parvient à la connaissance de l'autorité cantonale compétente, sans pénalité de retard ni information des services migratoires.

f Une procédure spécifique et simplifiée de demande de subsides pour les personnes sans-papiers existe, qui garantit qu'aucune donnée n'est transmise aux autorités migratoires.

g Des campagnes d'information sur le droit et l'obligation d'affiliation à l'assurance-maladie sont mises en place et axées sur la situation des sans-papiers (différentes langues, canaux spécifiques en fonction des communautés, etc.).

h Les assurances qui refusent d'affilier une personne sans-papiers à l'assurance obligatoire des soins sont sanctionnées. À cette fin, il existe une possibilité de dénonciation anonyme par les sans-papiers.

i Dans chaque hôpital public, il existe une procédure visant à soutenir les démarches des personnes sans-papiers dans leur demande d'affiliation à l'assurance-maladie.

j L'opportunité est examinée d'utiliser la *city card*[69] comme moyen d'établir la résidence effective de la personne en Suisse aux fins de l'affiliation à l'assurance-maladie.

k Le personnel de santé est formé aux problématiques de droit à la santé et d'égalité dans l'accès aux soins.

69 La *city card*, dont l'introduction est discutée dans certaines villes en Suisse, est liée à la notion de « citoyenneté urbaine », CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2020, pp. 39-40.

8 Créer des espaces sécurisés pour les femmes du domaine de l'asile victimes de violence

Julia Egenter et Anne-Laurence Graf

Introduction

Cas pratique : L'histoire de Rose

Rose vient d'arriver dans un centre fédéral pour requérants d'asile en Suisse romande. Elle est enceinte, mais n'en a encore parlé à personne, car cela supposerait d'expliquer à un fonctionnaire – et donc à un parfait inconnu – qu'elle a été violée lors de son périple vers la Suisse. Elle attend de se sentir en confiance.

Cas pratique : La visite médicale de Nour

Souffrant de douleurs dans le bas-ventre, Nour se rend à un examen gynécologique accompagnée d'un membre de sa famille, qui lui sert d'interprète. Lorsque la doctoresse lui pose des questions, elle répond de manière froide et réservée. Elle semble mal vivre la consultation et entretenir des rapports tendus avec son proche. La gynécologue ne parvient pas à déterminer l'origine de son mal.

La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite « Convention d'Istanbul » (CI)[1], est entrée en vigueur en 2018 en Suisse. Ce traité de grande envergure, qui vise à lutter contre les violences familiales et fondées sur le genre, a pour piliers la prévention de la violence, la protection des victimes, les poursuites judiciaires ainsi que la coordination de l'action et de la mise en œuvre[2]. De ce texte découle l'obligation d'identifier les femmes victimes de violence et

1 Convention du Conseil de l'Europe du 11.05.2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul, CI ; RS 0.311.35).

2 Pour une vue d'ensemble de la convention, voir notamment Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), Prévention et lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique – Tâches et activités de la Confédération pour mettre en œuvre la convention du Conseil de l'Europe (Convention d'Istanbul), Berne 2018.

de leur offrir toute l'aide et tous les soins dont elles ont besoin. Les États parties à la convention sont tenus de mettre en œuvre cette exigence sans discrimination aucune, si bien que les programmes de soutien destinés aux victimes de violence fondée sur le genre doivent être accessibles à tout le monde, y compris aux personnes ayant fui leur pays[3].

Même si l'on estime que le nombre de victimes de violence parmi les femmes relevant du domaine de l'asile est élevé en Suisse, il n'y a comparativement que peu d'entre elles qui sont identifiées et bénéficient de l'encadrement et du soutien dont elles ont besoin[4]. Aussi, le présent chapitre cherche à déterminer les éléments nécessaires à l'identification minutieuse et systématique des femmes relevant du domaine de l'asile victimes de violence. Les offres à bas seuil qui permettent aux bénéficiaires de prendre conscience de leur vécu et de le verbaliser jouent à cet égard un rôle essentiel. C'est ce qu'il ressort d'une étude de 2019 menée par le CSDH relative à l'hébergement et à l'encadrement des femmes de l'asile dans les cantons : les programmes favorisant l'instauration d'un climat de confiance représentent un espace clé pour identifier les victimes de violence[5]. Selon cette même étude, l'interaction des critères suivants est une condition préalable importante à la création de tels espaces[6] :

- intervention d'interprètes transculturel·le·s ;
- présence de femmes sensibilisées à la thématique au sein du personnel (thérapeutes, responsables de cours, spécialistes de l'accompagnement psychosocial, etc.) ;
- accompagnement régulier et à long terme ;
- indépendance vis-à-vis de la procédure d'asile ;
- séparation physique par rapport au centre d'hébergement.

3 Le principe de non-discrimination est consacré à l'art. 4 CI.
4 Müller et al., Santé mentale, pp. 9 s. ; CSDH, Situation von Flüchtlingsfrauen, pp. 76 s.
5 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 81.
6 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 95. Les cinq aspects mentionnés ici n'excluent en aucun cas qu'il en existe d'autres qui sont importants pour l'instauration d'un climat de confiance. Le présent chapitre se base sur la compréhension des espaces sécurisés contenue dans l'étude du CSDH mentionnée et tend à approfondir les résultats obtenus dans le cadre de cette étude.

Lorsque ces cinq aspects sont réunis, on parle alors d'« espaces sécurisés »[7]. Dans la suite du présent chapitre, ces cinq conditions seront examinées en détail afin de mettre en évidence des pistes pour favoriser la mise en place d'espaces de confiance ou étoffer ceux existant déjà. Il convient par ailleurs de noter que la liste de conditions ci-dessus ne constitue qu'un modèle théorique, c'est pourquoi les limites de ces espaces sécurisés seront examinées et les obstacles entravant l'accès à ces lieux seront abordés dans un second temps.

Si l'étude du CSDH mentionnée ci-dessus s'intéresse aux requérantes d'asile tant majeures que mineures, c'est toutefois aux femmes majeures que se rapportent la plupart des données recueillies[8]. Il importe de souligner que les requérantes d'asile mineures présentent des besoins et des droits particuliers, mais ces derniers ne peuvent pas être approfondis ici. Pour ce qui est de la définition de la catégorie de « femme », elle comprend toutes les personnes qui s'identifient comme des femmes, qui ont été socialisées comme telles ou qui, dans certaines situations, sont systématiquement ou régulièrement considérées comme telles. Ce terme renvoie donc aussi aux personnes transgenres et intersexuées[9]. Les données recueillies ne permettent toutefois pas d'approfondir le sujet des requérant·e·s d'asile LGBTIQ* dans le cadre de ce chapitre, mais il n'en demeure pas moins que l'encadrement et l'identification sensibles au genre des victimes de violence nécessitent impérativement de traiter les requérant·e·s d'asile qui se trouvent dans le spectre LGBTIQ* en tenant compte de leur spécificité[10].

7 Les auteures ont choisi pour la version originale en allemand le terme anglais « *safer spaces* », par opposition à « *safe spaces* », puisqu'un espace ne peut jamais vraiment être totalement sûr et que la perception de la sécurité d'un espace varie fortement selon les personnes et leur position sociale. Ainsi, nous parlerons d'« espaces sécurisés » et non pas d'« espace sûrs ».

8 La Convention d'Istanbul inclut les filles dans le terme « femme » (art. 3 let. f CI).

9 Cette démarche trouve notamment sa source dans la clause antidiscrimination relative à la mise en œuvre de la Convention d'Istanbul (laquelle s'applique, entre autres, à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre, conformément à l'art. 4 al. 3 CI) ; GREVIO, Mid-Term Review, Strasbourg 2021, p. 21, al. 29 (« LBTQ women »). Selon la définition du Réseau de la Convention d'Istanbul, le champ d'application de la convention comprend également les hommes trans et intersexués et les personnes non binaires, voir RÉSEAU CONVENTION ISTANBUL, Mise en œuvre de la Convention d'Istanbul en Suisse – Rapport alternatif de la société civile, 2021, p. 10.

10 Au sujet de la thématique LGBTIQ* et asile, voir notamment UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale n° 9 : Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 2012 ; ILGA EUROPE, Laying the Ground for LGBTI Sensitive Asylum Decision-Making in Europe: Transposition of the Recast Asylum Procedures Directive and the Recast Reception Conditions Directive, Bruxelles 2014 ; ASILE LGBT GENÈVE, Réfugié.es LGBTI – lesbiennes, gays, bisexuel.les, transgenres et intersexes. Guide pratique pour un accueil inclusif et égalitaire, Genève 2017.

Analyse

L'identification des femmes de l'asile victimes de violence, un devoir incombant à l'État

Il ressort de divers rapports et études menées à l'échelle nationale comme internationale qu'une grande partie des femmes relevant du domaine de l'asile ont subi des violences dans leur pays d'origine ou sur la route de l'exil[11]. Notons qu'elles continuent souvent à endurer de tels actes en Suisse, lesquels sont notamment le fait des membres de la famille ou des résident·e·s de centres d'hébergement, mais aussi du personnel d'encadrement, de sécurité et de soins employé sur place. Cependant, des données statistiques précises qui permettraient d'estimer l'ampleur du phénomène ne sont pas disponibles en Suisse. En outre, le manque d'identification des femmes de l'asile victimes de violence observé actuellement rend difficiles les relevés de données[12]. Ce phénomène connaît de multiples causes et s'explique tant par le manque de procédures ad hoc et de services d'interprétariat que par le manque d'espaces et de personnes permettant aux victimes d'établir des rapports de confiance et de verbaliser leur vécu[13].

Ce défaut d'identification, ainsi que le manque d'accompagnement et de traitement qui en découle, est contraire aux dispositions du droit international, puisque la CI impose aux pouvoirs publics d'identifier de manière proactive les femmes de l'asile victimes de violence. Les États parties sont en effet tenus de garantir aux femmes victimes de violence fondée sur le genre[14] un accès *effectif* aux services et programmes de soutien[15] et de les protéger contre tout nouvel acte de violence[16]. Par ailleurs, l'obligation d'identifier les personnes victimes de violence est, par exemple, expressément énoncée dans la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains[17] à l'égard des victimes

11 Voir notamment Conseil de l'Europe, Rapport explicatif, par. 298 ; Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, L'impact de la migration sur les femmes et les filles migrantes : une perspective de genre, A/HRC/41/38, 15.04.2019, p. 12, par. 43 ; CSDH, Situation des femmes de l'asile ; Müller et al., Santé mentale.

12 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, pp. 75 s. ; au sujet des données disponibles, voir également Réseau Convention Istanbul, Rapport alternatif, pp. 38 ss.

13 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, pp. 81 ss.

14 En son art. 3 let. D, la CI définit la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre comme « toute violence faite à l'égard d'une femme parce qu'elle est une femme ou affectant les femmes de manière disproportionnée ».

15 Art. 20 al. 1 et art. 22 al. 1 CI.

16 Art. 18 al. 1 CI.

17 Art. 10 al. 2 Convention du 16.05.2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains (RS 0.311.543).

effectives et potentielles de cette traite[18]. Il s'ensuit qu'à défaut d'identification préalable, les États ne sont pas en mesure d'honorer leur devoir consistant à garantir aux victimes l'accès aux offres de soutien.

L'accès aux services de soutien et à la protection publique n'exige pas d'identifier au préalable formellement la victime[19] sous la forme d'un jugement ou d'une procédure civile, par exemple. De fait, il résulte du caractère urgent (« services de soutien [...] immédiats ») notamment souligné à l'article 22, alinéa 1, CI que l'identification doit intervenir rapidement, c'est-à-dire de manière simple et informelle. Cette haute réactivité attendue de l'État découle du devoir de diligence énoncé à l'article 5, alinéa 2, CI, relatif à la prévention, à l'investigation et à la sanction des actes de violence fondée sur le genre, lequel trouve à s'appliquer, et détermine la portée du devoir d'intervention de l'État, lorsque des actes de violence sont commis par des acteurs·trices non étatiques, ce qui est majoritairement le cas en matière de violence fondée sur le genre[20]. Cette obligation impose à l'État non seulement d'agir en conséquence lorsqu'un individu court un « risque certain et immédiat » d'être exposé, ou à nouveau exposé, à un acte de violence[21], mais aussi, et surtout, d'adopter toutes les mesures nécessaires – sur le plan législatif, règlementaire et opérationnel – afin de prévenir la violence fondée sur le genre et de soutenir les personnes qui en sont victimes[22]. Le devoir de diligence visé à l'article 5, alinéa 2, CI renferme donc l'obligation pour l'État d'identifier les victimes de violence afin de leur garantir un accès immédiat et effectif à des prestations de soutien (telle qu'une place dans un foyer d'accueil pour femmes[23]) ; cette identification doit intervenir à bas seuil, en tenant dûment compte des signes et indices laissant craindre un acte de violence fondée sur le genre.

18 Cette forme de violence fondée sur le genre est toutefois exclue du champ d'application de la CI, Conseil de l'Europe, Rapport explicatif, par. 154.

19 En droit suisse, la notion de « victime » renvoie à des procédures d'identification qui sont propres à chaque service public, dans le cadre des enquêtes que celui-ci réalise. À la lumière de la CI, il convient de lui donner un sens distinct et plus large, qui englobe les victimes potentielles. En dehors du domaine juridique, la notion de victime est parfois associée à des stéréotypes sociaux (notamment dans l'espace germanophone), notamment dénoncés par les organismes spécialisés dans l'aide aux victimes.

20 Stoyanova, Due Diligence versus Positive Obligations: Critical Reflexions on the Council of Europe Convention on Violence against Women, Lund 2019, p. 99.

21 Ces critères sont issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) quant aux obligations positives découlant des art. 1 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) en matière de protection contre la violence domestique, voir CourEDH, *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, 09.06.2009, al. 129-130 (« risque certain et immédiat »).

22 Chapitre III CI.

23 Art. 23 CI.

Si le droit international ne précise pas davantage comment il convient de matérialiser ce devoir d'identification, le Conseil de l'Europe a cependant élaboré une liste de bonnes pratiques dans le domaine de la mise en œuvre des procédures d'accueil et d'asile sensibles au genre visées à l'article 60 CI. Ces procédures sensibles au genre doivent ainsi notamment permettre de déterminer les besoins particuliers de protection des migrantes qui ont subi des violences dans leur pays d'origine, sur la route de l'exil ou à leur arrivée dans leur État de destination. Parmi ces bonnes pratiques figurent par exemple le fait de loger séparément les hommes et les femmes voyageant seul·e·s, les toilettes séparées, des chambres pouvant être verrouillées par leurs occupant·e·s, un éclairage adapté et la formation adéquate des membres du personnel concernant les besoins particuliers des femmes et des filles[24].

En ce qui concerne l'accompagnement et le traitement des femmes victimes de violence, la CI met par ailleurs l'accent sur l'importance des services spécialisés dans le soutien aux victimes[25]. Ces offres visent à donner accès aux victimes de violence à un soutien adapté à leurs besoins, fourni par des organisations disposant d'un personnel qualifié doté d'une réelle expertise dans le domaine de la violence fondée sur le genre[26]. À ce sujet, la CI souligne combien il est essentiel de vérifier si ces services sont « suffisamment disséminés dans le pays et accessibles à toutes les victimes »[27]. Si les programmes publics axés sur la détection de la violence fondée sur le genre jouent un rôle indispensable – l'État a par ailleurs l'obligation de les mettre sur pied – la pratique démontre cependant aussi toute l'importance des services non étatiques spécialisés dans les thèmes liés au genre, qui apportent de ce fait une contribution précieuse à l'identification des femmes victimes de violence. Toutes ces offres permettent de créer diverses possibilités propices à l'instauration d'un climat de confiance et à la détection des actes de violence – c'est ici qu'entre en jeu le concept d'espaces sécurisés.

24 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif, par. 314-317. Autres exemples d'accueil sensible au genre : l'identification, aussi tôt que possible dans les procédures d'asile, des victimes de violence fondée sur le genre ; une protection assurée par du personnel de sécurité (notamment de sexe féminin) ; un code de conduite pour les prestataires de services privés (chargés de la surveillance, de la sécurité, etc.) ; la fourniture aux femmes et aux filles d'informations sur les services de soutien à leur disposition.

25 Art. 22 CI.

26 Les types de soutien visés à l'art. 22 CI incluent notamment les prestations suivantes : des refuges et un logement sûr, une aide médicale immédiate, la collecte de preuves médico-légales en cas de viol ou d'agression sexuelle, la fourniture de conseils psychologiques à court et à long terme, le traitement des traumatismes, des conseils juridiques, des lignes d'aide téléphonique ainsi que des services spécifiques pour les enfants victimes ou témoins de violence. Conseil de l'Europe, Rapport explicatif, par. 132.

27 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif, par. 132.

Au-delà des programmes publics : le concept d'espaces sécurisés

La CI met en avant l'importance d'une « coopération effective »[28] entre toutes les agences compétentes, lesquelles englobent explicitement les agences étatiques, mais aussi les organisations non gouvernementales[29]. Cette coopération joue également un rôle essentiel dans l'identification des victimes de violence. En effet, la mission des agences étatiques consiste tant à s'engager activement dans l'identification des victimes de violence qu'à assurer et faciliter l'accès aux programmes non étatiques.

L'étude de 2019 menée par le CSDH insiste sur l'importance des services spécialisés, souvent non étatiques, qui promeuvent l'instauration d'un climat de confiance et présentent un grand intérêt en matière d'identification. C'est ici qu'interviennent ce que nous avons défini dans ce chapitre comme des espaces sécurisés, ces lieux propices à l'établissement de rapports de confiance qui permettent aux femmes de l'asile victimes de violence de prendre conscience de leur vécu, de poser des mots sur ce qu'elles ressentent et de demander ou d'accepter l'aide dont elles ont besoin[30]. Dans la suite du présent chapitre, cinq conditions qui favorisent la mise en place de ces espaces sont examinées.

Intervention d'interprètes transculturel·le·s

L'identification des femmes victimes de violence est un processus complexe, qui exige de l'attention ainsi que la présence d'un certain nombre de facteurs qui doivent se conjuguer. Pour pouvoir établir les rapports de confiance propices à l'expression de leur vécu, les victimes ont notamment besoin d'espaces de parole, c'est-à-dire de moments et de rencontres qui leur donnent la possibilité de partager leur histoire dans leur propre langue, en ayant la certitude que leurs propos resteront strictement confidentiels. Soulignons à ce sujet que les prestations des interprètes transculturel·le·s favorisent l'échange au-delà de l'aspect purement linguistique, par exemple face à des divergences de vision ou d'expérience sur des thèmes tels que la sexualité, la santé sexuelle et la violence.

28 Art. 18 al. 2 CI.
29 La liste figurant à l'art. 18 al. 2 CI n'est pas exhaustive. L'article inclut explicitement la possibilité d'envisager de coopérer avec les « autres organisations ou entités pertinentes ».
30 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 81.

Bonne pratique : Les médiatrices et médiateurs d'Aide Sida Berne

Aide Sida Berne dispense des cours sur la sexualité et la santé qui sont animés par des personnes dévouées et chevronnées issues de régions linguistiques différentes. Les participant·e·s sont associé·e·s au choix des sujets abordés, parmi lesquels figurent régulièrement les droits sexuels, la contraception et les mythes en la matière, la planification familiale ainsi que la connaissance du corps humain[31].

Au sujet des services d'interprétariat, il faut noter que le genre du prestataire peut jouer un rôle déterminant. Eu égard à la mise en œuvre de la CI, le Conseil de l'Europe met ainsi l'accent sur l'importance du recours à des interprètes femmes dans le cadre des procédures d'asile sensibles au genre : les requérantes d'asile doivent avoir la possibilité d'exprimer une préférence quant au genre de l'interprète[32].

Si, dans la pratique, les auditions relatives aux données à caractère personnel et aux motifs de la demande d'asile se déroulent toutes en présence d'un·e interprète, et que la personne peut demander que l'interprète soit une femme, il en va autrement en dehors de la procédure proprement dite. Les requérantes d'asile ne bénéficient ainsi pas toujours de telles prestations dans le cadre de leur hébergement et de leur accompagnement. Comme l'illustrent les programmes cantonaux, les services d'interprétariat sont souvent plus qu'insuffisants dans ces domaines, voire totalement absents, faute de ressources : les résident·e·s des centres d'hébergement cantonaux n'ont généralement pas le droit à l'intervention d'un·e interprète transculturel·le, et encore moins d'une interprète femme, ni lorsqu'elles échangent avec les membres du personnel ni lors de soins de premier recours chez un·e médecin généraliste ou un·e gynécologue[33]. Ces lacunes peuvent être lourdes de conséquences pour les femmes victimes de violence, qui sont susceptibles de ne pas être identifiées, de ne pas bénéficier de traitement ou de subir un traitement inadapté.

31 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 105.
32 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif, par. 317.
33 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 83. Les hôpitaux publics ainsi que les services de soins médicaux de premier recours en Suisse romande (modèles d'organisation des soins de manière centralisée) garantissent parfois l'intervention d'un·e interprète (mais pas toujours d'une interprète femme).

Pour que les victimes de violence puissent avoir accès aux services de soutien existants, il faut notamment les sensibiliser à leurs droits et aux programmes qui leur sont destinés. Or, la concrétisation de ce droit à l'information, notamment énoncé à l'article 19 CI – lequel vise à assurer la liaison avec les programmes privés –, peut nécessiter le recours à un·e interprète. La CI dispose ainsi explicitement que les victimes doivent recevoir les informations relatives aux services de soutien dans une langue qu'elles comprennent[34]. Cependant, le fait que le Conseil de l'Europe estime que cet article exige uniquement que les informations soient communiquées dans une langue couramment parlée dans l'État d'origine[35] doit être considéré de manière critique.

Présence de femmes interlocutrices sensibilisées à la thématique

La présence de femmes joue, dans l'établissement de rapports de confiance et dans l'identification des femmes victimes de violence, un rôle important qui va au-delà du recours à des services d'interprétariat. En son article 60, alinéa 3, la CI impose aux États parties de mettre en place des procédures d'accueil sensibles au genre pour les requérant·e·s d'asile. Des procédures qui, selon le Conseil de l'Europe, devraient tenir compte des particularités des différents genres quant aux expériences vécues et aux besoins de protection propres[36]. Il est dès lors indispensable de veiller à ce que les requérantes puissent s'adresser à des interlocutrices femmes sensibilisées à la thématique, et ce dans toutes les situations susceptibles de les amener à évoquer les potentiels actes de violence subis[37] – lesquelles englobent tant l'hébergement, les soins médicaux et les auditions d'asile que l'aide et les conseils fournis par les organismes spécialisés. À l'heure actuelle, c'est toutefois souvent loin d'être le cas sur le terrain[38].

L'hébergement est l'une des situations dans lesquelles il est particulièrement important pour les femmes victimes de violence que leur interlocutrice soit une femme. Or, dans une grande partie des centres d'hébergement cantonaux, les résidentes n'ont pas toujours accès à un personnel d'encadrement, de sécurité et

34 En son article 19, la CI prévoit ainsi que « les victimes reçoivent une information adéquate et en temps opportun sur les services de soutien et les mesures légales disponibles, dans une langue qu'elles comprennent ».
35 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif, par. 124.
36 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, pp. 59 s.
37 Au sujet de la sensibilisation insuffisante du personnel à la question de l'identification des victimes de violence dans les centres fédéraux pour requérant·e·s d'asile, voir CNPT, Rapport 2020, pp. 14 ss.
38 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, en particulier p. 82 et pp. 212 s.

de soin de genre féminin. Les structures examinées comptent généralement plus d'hommes que de femmes dans leur équipe d'encadrement, en particulier parmi le personnel de sécurité et de nuit. Dans ce dernier domaine, les centres cantonaux n'emploient même souvent que des hommes, alors que la réalité de terrain le montre : les femmes se confient rarement aux hommes quand il s'agit de violence sexuelle.

En outre, en vertu du droit international, les États se doivent « d'éliminer tous les obstacles qui entravent l'accès des femmes à une offre complète de services, de biens, d'éducation et d'information en matière de santé sexuelle et procréative »[39]. Cette disposition revêt dès lors une importance particulière concernant l'identification des femmes victimes de violence, car les prestations dans le domaine de la santé sexuelle et reproductive se prêtent particulièrement bien à la prévention de la violence et à la détection des actes de violence potentiels[40].

Accompagnement régulier et à long terme

De la CI découle également l'obligation de garantir aux femmes victimes de violence l'accès au soutien et au suivi dont elles ont besoin. Si diverses études ont souligné la nécessité d'accorder aux requérant·e·s d'asile un accompagnement systématique, en particulier psychosocial, sur le terrain les lacunes sont manifestes[41], notamment par manque de ressources. Les hébergements, y compris collectifs, sont ainsi rarement dotés d'un système de référent·e·s et nombre de centres ne disposent pas de professionnel·le·s de la santé internes ou aisément joignables[42]. Les résident·e·s n'ont dès lors en règle générale pas facilement accès à une personne ressource chargée de les écouter, de les informer et de les accompagner sur la durée[43]. Cette lacune va à l'encontre d'un fait établi : la continuité de la prise en charge peut favoriser l'établissement d'une relation de confiance[44]. Les victimes de violence n'ont guère la possibilité d'établir des rap-

39 Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC), Observation générale n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative, 2016, p. 8, al. 28 ; art. 12 du Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte social, PIDESC ; RS 0.103.1) ; voir également l'art. 12 de la Convention du 18.12.1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF ; RS 0.108).

40 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 113.

41 Voir notamment Müller et al., Gesundheitsversorgung für Asylsuchende. Bericht zuhanden des Bundesamts für Gesundheit (BAG), Interface Politikstudien Forschung Beratung, Lucerne 2017 ; Cignacco, Refugee.

42 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 111.

43 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 61.

44 Cignacco, Refugee, p. 89.

ports de confiance sur la durée, d'obtenir des informations sur les programmes de traitement et de soutien existants ni de recevoir de l'aide pour accéder à ces services, par exemple[45].

Bonne pratique : Soutien psychologique de longue durée

À Lausanne et à Genève, les migrant·e·s qui souffrent d'un traumatisme ou de troubles psychiques bénéficient d'une aide psychologique de longue durée dispensée par l'association Appartenances, les cantons subventionnant l'intervention d'interprètes transculturel·le·s. Selon un psychologue interrogé dans le cadre de l'étude menée par le CSDH, un suivi médical sur le long terme est indispensable si l'on veut obtenir des résultats durables. Il arrive toutefois que les délais liés à la procédure d'asile entravent la mise en place de ce soutien thérapeutique.

Indépendance vis-à-vis de la procédure d'asile et séparation physique par rapport au centre d'hébergement

La procédure d'asile faisant peser une très forte pression sur les requérant·e·s, l'étude du CSDH datant de 2019 souligne l'importance revêtue par les programmes dont les prestations sont indépendantes de cette même procédure. Pour ce faire, il faut que les collaborateurs·trices n'aient aucun lien direct avec la procédure proprement dite et ne disposent par conséquent d'aucun pouvoir décisionnel quant à la demande d'asile. Les services spécialisés pour les femmes de l'asile victimes de violence jouent là un rôle essentiel, car ils possèdent de l'expertise et de l'expérience tant dans le domaine de l'asile que dans l'accompagnement et le soutien de ce groupe cible et présentent souvent une certaine indépendance par rapport à la procédure d'asile.

L'éventail de services spécialisés existant en matière de traitement et de soutien des femmes de l'asile victimes de violence est marqué par de fortes disparités cantonales. De fait, l'étendue, la qualité et l'accessibilité des services diffèrent selon la taille du canton et la région dans lequel ce dernier se trouve, mais aussi selon la localisation de l'hébergement. La Suisse romande ainsi que les villes et les cantons de grande taille ont tendance à proposer des programmes mieux développés, tandis que dans les centres d'hébergement décentralisés et dans cer-

45 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, pp. 61 s.

tains petits cantons, il est beaucoup plus difficile de bénéficier de ces prestations. D'un point de vue juridique, il est problématique que la taille d'un canton détermine si une femme victime de violence bénéficiera ou non d'un traitement et d'un soutien adéquats. Il faut garantir l'accessibilité à ces services dans tous les cantons, et c'est en dernier ressort à la Confédération qu'il incombe, en vertu du droit international, de veiller au respect de la CI sur ce point[46].

Bonne pratique : Organisme spécialisé en matière de santé sexuelle

Le centre de santé sexuelle de l'Hôpital universitaire de l'Île, à Berne, propose des consultations sur tous les sujets liés à la santé sexuelle – tels que la grossesse, les grossesses non planifiées, les interruptions de grossesse tardives, la contraception, la sexualité, les maladies sexuellement transmissibles et la violence sexuelle –, mais aussi un accompagnement et des consultations psychosociales ainsi que des conseils juridiques. Les femmes relevant du domaine de l'asile ont accès à ces prestations, et en 2018, le centre en recevait plusieurs par semaine.

Les centres d'hébergement pour requérant·e·s d'asile ne constituent pas forcément des espaces sécurisés. Bien au contraire, des études et rapports établis par des organismes spécialisés font référence à un manque de sécurité dans les centres et à des actes de violence documentés commis par les résident·e·s et les membres du personnel[47]. En outre, les employé·e·s de ces structures remplissent aussi généralement une fonction de surveillance en plus de leur mission d'encadrement, ce qui peut entraver l'établissement de rapports de confiance et, partant, dissuader les victimes de violence de partager leur vécu. Grâce aux programmes externes, les requérant·e·s d'asile ont la possibilité d'échanger avec des spécialistes qui ne jouent de rôle ni dans la surveillance ni dans leur demande d'asile.

46 Art. 27 Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT, RS 0.111).

47 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, pp. 66 s. ; CNPT, Rapport 2018, ch. m. 90 ; CNPT, Rapport 2020, ch. m. 55 ; CNPT, Überprüfung der Rückkehrzentren des Kantons Bern durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) Mai - August 2021, Berne 2021. Amnesty International, « Je demande que les requérants d'asile soient traités comme des êtres humains » – Violation des droits humains dans les centres fédéraux d'asile suisses, Londres 2021 ; Brava, Centre d'assistance aux migrantes et aux victimes de la traite des femmes et Organisation suisse d'aide aux réfugiés, Alternativer Vertiefungsbericht zur Umsetzung der Istanbul-Konvention in der Schweiz: Zur Situation gewaltbetroffener, geflüchteter Frauen in der Schweiz, 2021.

Regard critique sur le concept d'espaces sécurisés

On ne saurait définir la notion d'espaces sécurisés de manière abstraite, sans se référer à la réalité du terrain. Ce concept ne se révèle utile que s'il intègre les structures actuelles et tient compte de leurs particularités, raison pour laquelle référence a été faite à des services spécialisés déjà existants. Il convient cependant de noter qu'en raison d'obstacles importants, ces prestations ne sont souvent pas aussi accessibles qu'elles devraient l'être. Reste également à savoir quels sont les critères permettant de définir la notion de « sécurité ».

Obstacles majeurs à l'accès aux services existants

Pour que les espaces sécurisés puissent remplir leur rôle, il faut qu'ils soient faciles d'accès. Cette évidence contraste toutefois avec la situation actuelle dans le domaine de l'asile. Pour les services spécialisés en particulier, on observe en effet d'importants obstacles : peu de communication sur leur offre, éloignement géographique et prestations réservées à certains statuts de séjour, notamment[48]. Par ailleurs, il manque cruellement de programmes d'accompagnement psychosocial et de prise en charge psychologique ou psychiatrique bénéficiant des services d'interprètes transculturel·le·s. Les offres existantes affichent souvent une importante surcharge, de longs délais d'attente et un manque de places de traitement. Dans le cadre de l'étude du CSDH, plusieurs organismes spécialisés ont ainsi rapporté avoir totalement renoncé à mener des campagnes d'information dans le domaine de l'asile au moment où l'enquête a été menée, en raison de leur surcharge[49].

Qui plus est, les femmes qui ont subi des actes de violence à l'étranger n'ont pas droit à l'aide aux victimes, conformément au principe de territorialité visé à l'article 3 de la loi sur l'aide aux victimes (LAVI)[50]. Le soutien qu'elles sont susceptibles de recevoir est donc laissé à l'entière discrétion des cantons. Cette situation pose problème à la lumière tant de la CI – laquelle ne fait pas dépendre la protection et le soutien offerts aux victimes du lieu de commission de l'infraction – que du principe d'égalité de traitement inscrit dans la Constitution.

48 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, pp. 89 ss et p. 100 ; CIGNACCO, Refugee.
49 CSDH, Situation Flüchtlingsfrauen, p. 86. Voir aussi MÜLLER ET. AL., Santé mentale.
50 Loi fédérale du 23.03.2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (Loi sur l'aide aux victimes, LAVI ; RS 312.5).

Difficultés découlant de la nouvelle procédure d'asile

Dans le cadre de la nouvelle procédure d'asile[51], une grande partie des demandes font l'objet d'un traitement accéléré par un centre fédéral dans un délai maximal de 140 jours, lequel inclut le cas échéant la décision rendue à la suite d'un recours[52]. Cet examen accéléré fait notamment obstacle à l'évaluation rigoureuse de l'état de santé des requérant·e·s, comme en témoignent les nombreuses décisions du SEM en Suisse romande qui ont été cassées pour ce motif par le Tribunal administratif fédéral (TAF)[53]. Afin de veiller à la bonne identification des victimes de violence, il importe également d'assurer à tout le monde en Suisse le même accès aux infrastructures de soins. Selon une évaluation réalisée par le CSDH, la division du territoire en six régions d'asile n'est pas sans poser problème à cet égard[54].

Subjectivité inhérente à la notion de sécurité : la question de la perception individuelle

Le concept d'espaces sécurisés étant un modèle théorique, cela ne doit pas faire oublier que le sentiment de sécurité est susceptible de varier considérablement d'une personne à l'autre. Il s'agit en effet d'une perception propre à chaque individu, qui peut dépendre de son identité, notamment de genre, de son vécu ou de ses besoins, mais aussi de la configuration et de l'aménagement concrets du lieu. Il convient dès lors de tenir compte du fait qu'un même lieu n'inspirera pas le même degré de confiance, en fonction du sentiment de sécurité de la personne. Notons par ailleurs que l'étude du CSDH se fonde uniquement sur des entretiens réalisés avec des professionnel·le·s. Or, il est indispensable d'associer les premières personnes intéressées à l'aménagement des espaces sécurisés[55].

51 Les nouvelles procédures accélérées sont entrées en vigueur dans toute la Suisse le 01.03.2019 (RO 2018 2855).
52 Art. 24 al. 3 let. a et al. 4 loi sur l'asile du 26.06.1998 (LAsi ; RS 142.31).
53 CSDH, Évaluation PERU, p. 129 ; TAF, « Problem der Klärung medizinischer Tatsachen », communiqué de presse du 23.03.2020.
54 CSDH, Évaluation PERU, p. 130.
55 Grâce, par exemple, à son projet « Voix de femmes réfugiées », l'ONG Brava jette un pont entre les femmes réfugiées, les pouvoirs publics et les responsables politiques.

Conclusion

Comme le montrent les histoires de Rose et de Nour esquissées en début de chapitre, il faut réunir diverses conditions pour amener les femmes de l'asile victimes de violence à verbaliser leur vécu. L'étude du concept d'espaces sécurisés permet de mettre en lumière toute l'importance revêtue par les services d'interprétariat, par la présence de femmes sensibilisées à la thématique au sein du personnel, par l'accompagnement régulier – notamment psychosocial –, par l'indépendance vis-à-vis de la procédure d'asile et par la séparation physique par rapport aux centres d'hébergement.

On retrouve là l'obligation incombant à l'État, en vertu des normes internationales, de promouvoir de manière proactive l'identification des femmes de l'asile victimes de violence afin de leur garantir l'accès aux programmes de soutien dont elles ont besoin, un devoir qui comprend par ailleurs aussi le fait d'aider ces victimes à bénéficier des prestations des organisations non gouvernementales. La concrétisation de cet objectif nécessite de redoubler d'efforts afin d'éliminer les obstacles qui entravent actuellement l'accès à ces prestations.

À cette fin, il faut veiller à ce que toutes les femmes relevant du domaine de l'asile, quels que soient leur statut et le stade de la procédure – donc y compris les requérantes déboutées –, puissent bénéficier de ces services. L'absence d'offres à bas seuil accessibles à toutes les femmes indépendamment de leur statut de séjour est contraire au droit international et constitue une violation, notamment, du principe de non-discrimination inscrit à l'article 4, alinéa 3, de la Convention d'Istanbul.

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a À chaque étape de la procédure d'accueil et d'asile, les femmes et les filles bénéficient des services d'interprètes (femmes) transculturelles qui, par exemple, les accompagnent lors des entretiens dans les centres d'hébergement ou durant les examens médicaux.

b Le personnel des centres d'hébergement compte des femmes dans ses activités tant d'encadrement que de sécurité et reçoit une formation sur les questions et les besoins liés au genre.

c Il existe un accompagnement psychosocial systématique et une continuité dans la prise en charge, de sorte que les femmes et les jeunes filles du domaine de l'asile puissent établir des relations de confiance.

d Les femmes et les filles de l'asile ont facilement accès à des thérapeutes (femmes) et à des professionnelles du domaine de la santé sexuelle et reproductive.

e Dans toutes les situations de prise en charge propices à l'expression de leur vécu, les femmes et les filles de l'asile victimes de violence peuvent facilement s'adresser à des interlocutrices.

f Les femmes et les filles de l'asile victimes de violence ont facilement accès aux programmes de soutien.

g Les femmes et les filles de l'asile victimes de violence reçoivent un soutien et un traitement adéquats, quel que soit le canton dans lequel elles séjournent et quel que soit le lieu où elles ont subi les actes en question.

9 Lutter contre les discriminations raciales au travail en transposant la loi sur l'égalité

Anne-Laurence Graf et Nesa Zimmermann

Introduction

Cas pratique : Candidature refusée en raison de préjugés racistes

Paul est né en Suisse, d'une mère originaire du Sénégal et d'un père valaisan. Depuis qu'il est petit, on lui demande souvent d'où il vient. Il y a une semaine, il a postulé comme vendeur dans une boulangerie mais on a refusé sa candidature parce que, selon la patronne du magasin, il s'agit d'une boulangerie traditionnelle et une partie de la clientèle pourrait ne pas être satisfaite d'être servie par « un étranger ». Paul est blessé et indigné par cette réaction. Il aimerait se plaindre de cette situation mais ne sait pas comment.

Cas pratique : Pas de prime en raison de préjugés racistes

Zeynep travaille depuis dix ans à Genève comme responsable de produits dans une entreprise. Depuis qu'elle travaille pour cette entreprise, elle n'a jamais eu droit à une prime de fin d'année, alors que l'ensemble de ses collègues en ont bénéficié au moins une fois ces cinq dernières années. Elle a demandé des explications à sa supérieure hiérarchique qui lui a expliqué que ces primes n'étaient pas obligatoires et étaient liées à des résultats exceptionnels au service de l'entreprise. Zeynep pense plutôt que c'est parce qu'elle est d'origine turque, mais que cela sera difficile à prouver.

C'est dans le monde du travail que les discriminations raciales sont les plus fréquentes en Suisse, tant dans la recherche d'emploi que dans le quotidien professionnel[1]. Par discrimination raciale, on entend, selon la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales (CERD) : « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur,

1 Service de lutte contre le racisme, Discrimination raciale en Suisse, Rapport 2019/2020, p. 6 et p. 8 ; Réseau de centres de conseil pour les victimes du racisme, Incidents racistes recensés par les centres de conseil en 2020, pp. 9, 12-13 et 21.

l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique »[2]. On fait la distinction entre la discrimination *directe*, lorsqu'une personne est traitée différemment des autres sans justification objective et raisonnable, et la discrimination *indirecte*, lorsqu'une condition en apparence neutre est plus difficilement remplie par des personnes appartenant à un groupe distingué par un motif tel que l'origine, l'ethnicité ou la « race » – ce terme devant être compris dans son sens sociologique, et en aucun cas biologique[3] –, sans qu'il n'existe de justification objective et raisonnable[4].

En vertu de la CERD, l'État doit « condamne[r] la discrimination raciale et s'engage[r] à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale », impliquant notamment le fait d'interdire, « par tous les moyens appropriés […] la discrimination raciale » et d'« y mettre fin »[5]. En Suisse toutefois, la protection générale en matière de non-discrimination entre personnes privées est régulièrement décrite comme lacunaire[6]. Dans le domaine des relations privées de travail, la disposition constitutionnelle interdisant une discrimination fondée sur la « race » ou l'origine (art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst.)[7]) n'est en principe pas directement applicable, contrairement à la discrimination fondée sur le « sexe »[8] en

2 Art. 1 al. 1 Convention internationale du 21.12.1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD ; RS 0.104), en vigueur pour la Suisse depuis le 29.12.1994.

3 Selon l'approche constructiviste, la « race » est comprise comme « une catégorie socio-politique historiquement construite, donc un produit humain » (Mahon et al., La notion de « race », p. 7). Selon cette approche – et contrairement à l'approche dite éliminativiste, qui bannit purement et simplement le terme décrié – le terme reste pertinent en tant que catégorie juridique. Voir également Mahon et al., La notion de « race », pp. 3-7.

4 Sur ces concepts, voir Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, adoptée le 13.12.2002 et amendée le 07.12.2017, p. 5 ; Ellis et Watson, EU Anti-Discrimination Law, pp. 143-155 ; Fibbi et al., Migration and Discrimination, IMISCOE Research Series, pp. 13-15 ; en droit suisse, voir Biaggini, Art. 8 BV, N 19-20.

5 Art. 2 let. d) CERD.

6 Pulver, L'interdiction de la discrimination, Étude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bâle 2003, pp. 322 s.

7 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Cst. ; RS 101).

8 Utilisé par la loi, le terme « sexe » est controversé dans la mesure où il occulte la construction sociale du genre (Schläppi et Locher, Artikel 1 CEDAW, dans : Schläppi, Wyttenbach et Ulrich, CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne 2015, pp. 139-210, N 10, p. 145). Il couvre toutefois aussi les discriminations en raison du genre, de l'identité de genre ou de l'expression de genre (Martenet, Article 8, N 76-78, pp. 328-330 ; voir aussi Kleber, Article 1 CEDEF, dans : Hertig Randall, Hottelier, Lempen (éds), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Commentaire, Zurich 2019, pp. 23-46, N 27-30 pp. 33-34).

matière de salaire (art. 8 al. 3 Cst.)[9]. En outre, la norme pénale antiraciste de l'art. 261bis du code pénal (CP)[10] est d'application restreinte et ne protège pas contre les discriminations dans les relations d'emploi[11]. Cette disposition ne concerne que des propos humiliants tenus en dehors du cercle privé ainsi que le refus d'une prestation destinée au public[12].

Diverses études ont, par ailleurs, souligné que les normes de droit civil qui posent des limites à l'autonomie contractuelle[13], particulièrement en matière de contrat de travail[14], ne permettent pas une protection adéquate contre les discriminations raciales au travail[15]. Outre les incertitudes et le manque de transparence liés à l'interprétation de dispositions générales de droit privé, telle la protection de la personnalité[16], il a été souligné que ces normes ne sont pas assez dissuasives, le droit suisse n'envisageant par exemple pas la réintégration dans la place de travail en cas de licenciement abusif[17]. Les études ont également fait état d'obstacles procéduraux entravant l'accès à la justice pour les victimes[18], dont la répartition du fardeau de la preuve en droit civil[19] et les coûts associés à la procédure[20]. Ces constats trouvent écho dans le plus récent rapport sur la Suisse de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)[21].

Dans le présent chapitre, il ne s'agit pas de revenir sur les problèmes relatifs aux défauts du cadre légal en Suisse vis-à-vis des discriminations raciales dans les relations privées de travail, difficultés déjà maintes fois relevées par la doctrine[22], le CSDH[23] et les organes internationaux de protection des droits hu-

9 Biaggini, Art. 8 BV, N 18.
10 Code pénal suisse du 21.12.1937 (CP ; RS 311.0).
11 Moreau, La Suisse luttera-t-elle, p. 18.
12 Dupuis et al. (éds), Code pénal, Petit commentaire, Bâle 2017, pp. 1668-1670.
13 Protection de la personnalité (art. 28 code civil du 10.12.1907 [CC ; RS 210]) et de l'ordre public (arts. 19-20 loi fédérale du 30.03.1911 complétant le code civil suisse (CO ; RS 220)).
14 Protection de la personnalité dans le cadre des relations de travail : art. 328 CO ; interdiction des licenciements abusifs, fondés notamment sur un motif discriminatoire (art. 336 CO).
15 CSDH, Accès à la justice partie 6 racisme, pp. 59-60 ; Naguib et al., Anti-Schwarze-Rassismus, pp. 118-120.
16 Naguib et al., Anti-Schwarze-Rassismus, pp. 119-120.
17 CSDH, Accès à la justice partie 6 racisme, p. 59.
18 CSDH, Accès à la justice partie 6 racisme, p. 59 ; Naguib et al., Anti-Schwarze-Rassismus, pp. 118-120.
19 CSDH, Accès à la justice, p. 67.
20 CSDH, Accès à la justice, p. 72.
21 ECRI, Rapport sur la Suisse (6^{e} cycle d'évaluation), 2020, par. 46.
22 Voir Naguib, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, PJA, pp. 993-1017, spéc. 993-996 et références citées ; Caplazi et Naguib, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, Jusletter du 07.02.2005 ; Hausammann, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, Berne 2008, pp. 18-22.
23 CSDH, État des lieux migration, pp. 24-25 et p. 36 ; CSDH, Accès à la justice, p. 101.

mains[24], mais plutôt de proposer des bonnes pratiques en vue d'une meilleure protection légale en Suisse contre les discriminations raciales au travail. Parmi ces bonnes pratiques, la proposition ici examinée consisterait à appliquer, *mutatis mutandis*, les mécanismes de la loi fédérale sur l'égalité (LEg)[25] aux discriminations raciales – et non seulement sexistes – au travail[26]. Cette transposition de la LEg aux discriminations raciales en Suisse se justifierait par le fait que la « race » ou l'origine, comme le genre, sont des caractéristiques personnelles et donc intimement liées à la dignité de l'individu.

Dans cette optique, les mécanismes spécifiquement mis en place par la LEg, s'agissant notamment de l'allègement du fardeau de la preuve, sont décrits ci-dessous à la lumière des évaluations les plus récentes de cette loi. L'étendue de la protection actuelle de la personnalité de la personne employée en droit privé suisse est ensuite examinée afin de saisir la pertinence de transposer la LEg aux discriminations raciales au travail. Enfin, de bonnes pratiques issues du droit européen et du droit français sont présentées dans le sens d'un droit antidiscriminatoire englobant tant les discriminations sexistes que raciales et prévoyant des mécanismes procéduraux similaires à ceux de la LEg.

Analyse

Mécanismes de la loi sur l'égalité pour lutter contre les discriminations sexistes au travail

Contexte et historique

La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, plus connue sous le nom de loi sur l'égalité ou son abréviation LEg[27], a été adoptée le 24 mars 1995 et est entrée en vigueur le 1er juillet 1996[28]. Elle concrétise le mandat législatif contenu à l'article 4 al. 2 de l'ancienne Constitution fédérale (ledit « article sur l'éga-

24 Outre l'appréciation de l'ECRI (supra note 21), Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), Observations finales concernant les septième à neuvième rapports périodiques de la Suisse, CERD/C/CHE/CO/7-9, 2014, par. 6.
25 Loi fédérale du 24.03.1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1).
26 Moreau, La Suisse luttera-t-elle, p. 18.
27 Voir par ex. le site web www.leg.ch.
28 RO 1996 1498.

lité » accepté en votation populaire le 14 juin 1981)[29]. Celui-ci a été repris, avec de légères modifications, par l'article 8 al. 3 de la nouvelle Constitution, qui précise que « 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 » avant de consacrer explicitement le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale pour les femmes et les hommes[30]. Si ce dernier droit est justiciable et peut dès lors être invoqué devant les tribunaux[31], le Conseil fédéral a rapidement constaté des difficultés d'application, notamment en matière de preuve, entrevoyant déjà en 1986 la nécessité de réformes[32]. Ces obstacles ont joué un rôle central dans l'adoption de la LEg[33], dont le champ d'application est plus large. Ainsi, outre la rémunération[34], l'interdiction de discriminer de la LEg porte sur l'embauche, l'attribution des tâches, l'aménagement des conditions de travail, la formation et les perfectionnements professionnels, la promotion et la résiliation des rapports de travail[35]. La LEg vise explicitement les discriminations aussi bien indirectes que directes[36] et s'applique tant aux rapports de travail publics que privés[37]. Elle protège aussi contre le harcèlement sexuel et sexiste, conçu comme une forme de discrimination[38].

29 Art. 4 al. 2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29.05.1874, accepté en votation populaire le 14.06.1981 (RO 1981 1243) ; à propos du mandat législatif, voir le Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité), 24.02.1993, FF 1993 I 1163 (Message LEg), 1177-1184.

30 Art. 8 al. 3 Cst. À noter que la formulation de la disposition constitutionnelle reflète ainsi une binarité des genres à laquelle l'ordre juridique suisse reste attaché, malgré des critiques (voir par ex. Conseil fédéral, Message concernant la révision du code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), 06.12.2019, FF 2019 779). En dépit de cela, l'interprétation contemporaine veut que la disposition garantisse également le droit à un salaire égal pour les personnes trans, intersexes, ou qui s'identifient comme non binaires (voir aussi Martenet, Article 8, N 113, p. 340).

31 Schweizer, Bigler-Eggenberger et Kägi-Diener, Art. 8, dans : Ehrenzeller Bernhard et al. (éds), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich 2014, N 118 ; Conseil fédéral, Message LEg, FF 1993 I 1163, 1177 ; voir déjà Conseil fédéral, Rapport sur le progamme législatif « égalité entre hommes et femmes », 26.02.1986, FF 1986 I 1132 (Rapport Égalité), 1140.

32 Conseil fédéral, Rapport Égalité, FF 1986 I 1132, 1180-1181.

33 Kaufmann, Hintergrund, N 5, 9-11, 16.

34 Au sens large, englobant également les gratifications, les bonus, les composantes sociales du salaire, telles les allocations familiales et les indemnités de départ (Tribunal fédéral (TF), arrêt 8C_605/2016 du 09.10.2017, c. 6.2).

35 Art. 3 al. 2 LEg.

36 Art. 3 al. 1 LEg ; Lempen, Le point sur la LEg, pp. 265-271.

37 Art. 2 LEg.

38 Art. 5 LEg.

Mécanisme visant à faciliter l'accès individuel à la justice : l'allègement du fardeau de la preuve

L'allègement du fardeau de la preuve consacré par l'art. 6 LEg constitue une des mesures phares de la loi[39]. Règle spéciale dérogeant au principe général de l'art. 8 du code civil (CC) en matière de preuve, qui veut que la personne alléguant les faits doive les prouver (actori incumbit probatio), l'art. 6 LEg tend à « corriger l'inégalité résultant de la concentration des moyens de preuve en mains de [la partie employeuse] »[40], inégalité qui crée des difficultés notoires pour prouver certains faits, comme l'équivalence du travail fourni[41]. L'allègement ne s'applique toutefois ni aux discriminations à l'embauche ni au harcèlement sexuel[42]. Dans ce cas, ce sont les règles ordinaires du code civil qui s'appliquent[43], avec une légère nuance. En effet, en raison de la nature des faits, particulièrement difficiles à prouver[44], la pratique se contente de la « vraisemblance prépondérante », qui peut être démontrée par un « faisceau d'indices convergents »[45]. Cette exclusion de l'embauche et du harcèlement ne figurait pas dans le projet initial du Conseil fédéral, mais a été introduite, à titre de compromis politique, par les Chambres fédérales[46].

Pour les autres discriminations, l'allègement du fardeau de la preuve implique une analyse judiciaire en deux étapes[47]. La première consiste, pour la partie salariée, à rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination. À cet égard, la simple vraisemblance suffit, ce qui signifie que le tribunal doit « disposer d'indices objectifs suffisants », sans être nécessairement convaincu du bien-fondé des allégations[48]. Lors de cette étape, la jurisprudence admet un droit de contre-preuve pour la partie employeuse, qui doit toutefois être interprété de manière restrictive[49]. Si la vraisemblance (simple) est admise, cela conduit à un renverse-

39 Mahon et Steffanini, Les fondements, pp. 22-23.
40 ATF 130 III 145 c. 4.2.
41 Wyler, Art. 6 LEg, N 2 ; Steiger-Sackmann, Art. 6 LEg, N 122.
42 Art. 6 LEg ; Steiger-Sackmann, Art. 6 LEg, N 112, 151-153.
43 Aubry, Problèmes, p. 107.
44 À propos du harcèlement sexuel : voir par ex. Lempen, Le point sur la LEg, p. 272.
45 Dunand, L'interdiction de la discrimination, pp. 50-54 ; Lempen et Sheybani, La LEg, p. 12. Pour des exemples de jurisprudence, voir par ex. arrêts du Tribunal fédéral : TF 4A_544/2018 du 29.08.2019 (harcèlement) et TF 8C_821/2016 du 26.01.2018, c. 3.3 (embauche).
46 Wyler, art. 6 LEg, N 2-3 ; Kaufmann, Hintergrund, N 64-65 ; Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 23.
47 ATF 144 II 65, c. 7 ; Wyler, Art. 6 LEg, N 12 ; Steiger-Sackmann, Art. 6 LEg, N 147-150 ; Bohnet, Vraisemblance, N 72-79 ; Lempen et Sheybani, La LEg, p. 9.
48 ATF 130 III 145, c. 4.2 ; Lempen et Sheybani, La LEg, p. 9 ; Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 23.
49 Lempen et Sheybani, La LEg, p. 10 ; Steiger-Sackmann, Art. 6 LEg, N 137 ; Bohnet, Vraisemblance, N 73.

ment du fardeau de la preuve[50]. Ainsi, lors de la seconde étape, il incombe à la partie employeuse d'apporter la preuve complète, soit qu'il n'existe pas de différence de traitement, soit que celle-ci est objectivement justifiée[51]. Un droit de contre-preuve revient également à la partie salariée[52].

Mécanisme visant à faciliter l'accès collectif à la justice : la qualité pour agir des organisations

L'art. 7 LEg reconnaît à certaines organisations de défense des travailleurs·euses ou de promotion de l'égalité la qualité pour agir en leur propre nom pour les situations discriminatoires qui affectent « un nombre considérable de rapports de travail »[53]. Ce droit d'action permet une approche collective, plus adaptée à des situations « systémiques »[54] et évite aux victimes potentielles de devoir s'exposer personnellement. Il a ainsi été décrit comme un correctif bienvenu à l'approche individuelle et individualiste de la LEg[55], parfois décriée comme mettant une charge disproportionnée sur les individus victimes de discriminations (alors qu'il s'agit d'un phénomène de nature collective)[56]. Les effets de cette action collective sont toutefois relativement limités, puisque les organisations peuvent uniquement requérir la constatation d'une discrimination, et pas, comme c'est le cas des actions individuelles, le versement d'une indemnité[57].

50 Dunand, L'interdiction de la discrimination, p. 49 ; Wyler, Art. 6 LEg, N 10-11.
51 ATF 144 II 65, c. 4 et 7 ; ATF 143 II 366, c. 2.3.
52 Steiger-Sackmann, Art. 6 LEg, N 146.
53 Art. 7 LEg. À ce propos, voir Bruchez, Art. 7 LEg ; Freivogel, Art. 7 LEg.
54 Cette notion souligne l'existence de processus qui « reposent sur un ensemble d'interactions aux niveaux individuel, organisationnel, institutionnel et entre eux », Dhume, Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique, Migrations Société, 2016/1, pp. 36-47 ; Ndjoko, Les angles morts du droit antidiscriminatoire : éloge de la circulation des concepts, Droit et société, 2021/2, p. 409.
55 Cossali Sauvain, Art. 1 LEg, N 5. Voir aussi Freivogel, Art. 7 LEg, N 12 ; Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 23.
56 Cossali Sauvain, Art. 1 LEg, N 5 ; Sheybani et El Hakim, L'égalité, veut-on vraiment y arriver ?, Le Temps du 19.08.2021.
57 Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 24 ; Conseil fédéral, Message LEg, FF 1993 I 1163, 1216.

Autres mécanismes prévus par la LEg

La LEg prévoit un certain nombre de protections qui, pour certaines, vont considérablement au-delà de ce que prévoit le code des obligations (CO)[58]. S'agissant tout d'abord des discriminations à l'embauche, la LEg permet de demander une indemnité forfaitaire d'un maximum de trois mois du salaire auquel la personne pouvait s'attendre[59], qui peut être cumulée, pour les cas graves, avec les actions en dommages-intérêts ou en tort moral selon les règles générales du CO[60]. La LEg consacre par ailleurs le droit de demander une motivation écrite du refus d'embauche[61]. En revanche, la LEg ne prévoit pas de droit à l'engagement[62].

Concernant ensuite les considérations salariales, plusieurs actions judiciaires permettent la mise en œuvre d'un droit à un salaire égal pour des tâches de valeur égale[63]. De manière prospective, les actions en prévention et en cessation de la discrimination permettent d'exiger un salaire non discriminatoire pour la suite des rapports de travail[64] ; rétrospectivement, il s'agira notamment de faire une action en paiement du salaire dû pour demander la différence entre le salaire non discriminatoire et le salaire reçu[65].

Par ailleurs, depuis le 1er juillet 2020, la LEg oblige les entreprises qui emploient au moins 100 personnes à procéder à une analyse interne de l'égalité salariale[66]. Adoptée à l'issue d'une évaluation mettant en lumière l'insuffisance des mesures volontaires proposées dans le cadre du « Dialogue sur l'égalité des salaires » lancé en 2009[67], cette modification a fait l'objet de vives discussions aux Chambres[68]. Les débats parlementaires ont notamment eu pour résultat de limi-

58 Pour une présentation détaillée des prétentions découlant de la LEg et des actions judiciaires, voir AUBERT, Art. 5 LEg, N 1-76 ; RIEMER-KAFKA et UEBERSCHLAG, Art. 5 GIG, N 1-98.
59 Art. 5 al. 2, 4 LEg ; voir aussi AUBERT, Art. 5 LEg, N 41-47 ; RIEMER-KAFKA et UEBERSCHLAG, Art. 5 GIG, N 30-32.
60 Art. 5 al. 5 LEg ; voir par ex. LEMPEN et SHEYBANI, La LEg, p. 25.
61 Art. 8 al. 1 LEg. Le CO ne prévoit une telle obligation qu'en matière de résiliation des rapports de travail (art. 335 al. 2 et 337 al. 1 CO ; voir aussi LEMPEN, Le point sur la LEg, p. 272). En droit européen, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a refusé de reconnaître une telle obligation pour la partie employeuse (arrêt du 19.04.2012, n° d'affaire C-415/10).
62 AUBERT, Art. 5 LEg, N 36-37; LEMPEN et SHEYBANI, Les fondements, p. 25.
63 Cette formulation couvre ainsi aussi des occupations différentes, mais jugées équivalentes (LEMPEN et SHEYBANI, Les fondements, p. 28 ; voir par ex. ATF 144 II 65, c. 4.1).
64 Art. 5 al. 1 let. a et b LEg ; RIEMER-KAFKA et UEBERSCHLAG, Art. 5 GIG, N 12-16.
65 Art. 5 al. 1 let. d LEg ; RIEMER-KAFKA et UEBERSCHLAG, Art. 5 GIG, N 12-21.
66 RO 2019 2815 ; art. 13*a-i* et 17*a* et *b* LEg.
67 CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur la modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, 05.07.2017, FF 2017 5169, 5176-5177.
68 Pour l'ensemble des travaux préparatoires relatifs à cette modification législative, voir l'objet du Conseil fédéral 17.047 « Loi sur l'égalité. Modification » du 05.07.2017 sur le site web du Parlement suisse.

ter l'obligation aux grandes entreprises, correspondant à 0.9 % des entreprises suisses, employant tout de même 46 % des travailleurs·euses[69] et de limiter sa durée de validité à 2032[70].

La protection contre le harcèlement sexuel et sexiste constitue un autre apport central de la LEg, qui a également entraîné une modification de l'art. 328 CO protégeant la personnalité des travailleurs·euses, lequel mentionne désormais explicitement le harcèlement sexuel[71]. La LEg conçoit celui-ci comme une forme particulière de discrimination, reflétant sa composante systémique : il s'agit d'un phénomène social qui dépasse de simples actes entre individus[72]. Outre les actions en prévention, cessation ou constatation de l'atteinte[73], la LEg prévoit également la possibilité de condamner la partie employeuse à verser une indemnité correspondant au maximum à six mois de salaire, à moins qu'elle ne prouve avoir pris toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle[74].

Finalement, la protection spécifique contre les congés dits de représailles ou de rétorsion constitue un mécanisme important de la LEg, qui a été décrit comme l'une de ses innovations principales[75]. En effet, l'article 10 LEg permet à une personne licenciée en raison des droits qu'elle revendique (congé de rétorsion) de demander à être réintégrée à son poste de travail. Par contraste, la règlementation générale du CO permet uniquement de demander une indemnité en cas de congé abusif, congé qui reste toutefois valable[76].

Évaluations et critiques de la LEg

Au cours de ses 25 ans d'existence, la LEg a fait l'objet de plusieurs évaluations qui ont mis en lumière des lacunes dans la protection et des obstacles dans l'application effective de la loi. En 2006, le rapport d'évaluation adopté par le

69 Département fédéral de justice et police, Entrée en vigueur des dispositions sur l'égalité salariale: premières analyses d'ici à fin juin 2021, communiqué de presse du 21.08.2019.
70 Voir le texte proposé (FF 2017 5169 ff) avec le texte final adopté (FF 2018 7881 ff).
71 RO 1996 1498.
72 Kaufmann, Art. 4 LEg, N 18. Ceci n'exclut pas qu'un harcèlement sexiste ou sexuel puisse également concerner un homme (Lempen, Art. 4 LEg, N 18).
73 Art. 5 al. 1 let. a à c LEg.
74 Art. 5 al. 3 LEg.
75 Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 24.
76 Art. 336 et 336*a* CO.

Conseil fédéral juge la loi « utile, adéquate et applicable »[77], mais cite également des difficultés majeures dans sa mise en œuvre, considérant par exemple que la protection contre les congés-rétorsion de l'art. 10 LEg n'avait guère été appliquée, que des difficultés de preuve persistaient malgré l'allègement prévu par l'art. 6 LEg ou encore que très peu d'entreprises avaient pris des mesures volontaires visant à promouvoir l'égalité[78]. 15 ans plus tard, ces conclusions restent d'actualité[79].

Certaines limitations de la LEg ont trait à son application judiciaire : à ce propos, on relèvera notamment les obstacles procéduraux, qui restent considérables, comme les coûts de la représentation juridique (dépens) associés à une procédure civile (lorsque la conciliation a échoué et en cas de perte du procès)[80]. D'autres limites se rapportent à la loi elle-même, comme le fait que les discriminations à l'embauche et le harcèlement sexuel restent exclus de l'allègement du fardeau de la preuve, un aspect qui a fait l'objet de critiques aussi bien doctrinales[81] que politiques[82]. La visée restreinte des moyens d'action collectifs, permettant uniquement de constater l'existence d'une discrimination, a également été critiquée[83]. Plus généralement, des critiques ont ciblé l'approche individualiste de la LEg : le caractère limité des mesures préventives et collectives ou encore l'existence d'indemnités plutôt que de sanctions dissuasives sont autant d'éléments qui ont été considérés comme indices que la LEg continue à considérer l'inégalité comme « un fardeau privé et non social »[84].

En dépit de ses failles, la LEg est considérée comme une innovation majeure pour le système juridique suisse[85]. Au cours de ses 25 années d'existence, elle est devenue une « référence »[86] et a inspiré d'autres lois, en particulier la loi fé-

77 Conseil fédéral, Rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21.06.2002, 15.02.2006, FF 2006 3061 (Rapport d'évaluation), 3088.

78 Conseil fédéral, Rapport d'évaluation, FF 2006 3061, 3083 ; Stutz, Schär Moser et Freivogel, Évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité. Rapport de synthèse, Berne et Binningen 2005, pp. VI-XIV.

79 Lempen et Volodер, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne 2017 ; Lempen et Volodер, Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019), Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Berne 2021.

80 CSDH, Accès à la justice, pp. 96-97.

81 Kaufmann, Hintergrund, N 98 ; Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 27.

82 Motion Bernasconi 06.3028 du 08.03.2007 ; Dunand, L'interdiction de la discrimination, pp. 49-50.

83 Freivogel, Art. 7 LEg, N 3 (n. 11), 4-7.

84 Sheybani et El Hakim, L'égalité, veut-on vraiment y arriver ?, Le Temps du 19.08.2021 ; voir aussi Cossali Sauvain, Art. 1 LEg, N 5.

85 Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 17.

86 Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 25-27.

dérale sur l'égalité des personnes handicapées (LHand)[87]. Ses atouts ont également inspiré différentes propositions pour l'étendre : ainsi, un courant doctrinal a longtemps proposé que la LEg soit appliquée aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle[88], une interprétation désavouée par le Tribunal fédéral en 2019[89]. Malgré ses imperfections, la LEg offre donc, dans le domaine particulier des discriminations sexistes au travail, plusieurs mécanismes qui peuvent être considérés comme des bonnes pratiques, car ils contribuent à lever certains obstacles à une égalité effective.

Transposer la LEg au motif fondé sur la « race » : pourquoi et comment ?

Dispositions du droit privé suisse relatives aux discriminations raciales

De la même manière que le genre, l'origine ou la « race »[90] d'une personne peut également expliquer des différences de traitement dans le monde professionnel, qui reposent sur des biais profondément ancrés dans l'inconscient collectif (discrimination systémique[91]). Or, comme cela a été mentionné dans l'introduction, diverses études menées montrent que le droit suisse est lacunaire en ce qui concerne le cadre légal relatif à la protection contre les discriminations raciales dans les relations privées de travail en général.

Néanmoins, une certaine protection découle des dispositions de droit privé, notamment celles protégeant la personnalité, de manière générale (28 CC) ou dans le cadre de rapports de travail (328 CO)[92]. L'art. 8 al. 2 Cst., qui interdit les discriminations notamment fondées sur l'origine ou la « race », n'a en principe pas d'effet horizontal direct entre particuliers. Un effet horizontal indirect découle toutefois de l'art. 328 CO interprété à la lumière de l'art. 8 Cst. dans le cadre d'un contrat de travail de droit privé[93]. En effet, l'art. 328 CO impose à la partie employeuse de protéger l'intégrité personnelle de ses employé·e·s, protection qui

87 Mahon et Steffanini, Les fondements, p. 26.
88 Lempen, Art 3 LEg, N 4 ; Freivogel, Art 3 LEg, N 17 ; Lempen et Volodер, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, SJZ 2018, p. 86 s.
89 ATF 145 II 153, consid. 4. Par la même occasion, le Tribunal fédéral a indiqué que l'identité de genre – et donc aussi l'expression de genre – tombent sous le coup du critère du « sexe » ou du genre, la LEg s'appliquant ainsi à ces cas de figure (consid. 4.3.6).
90 Sur cette notion, voir Mahon et al., La notion de « race », pp. 3-7.
91 Sur cette notion, voir *supra* note 54.
92 Dunand, Art. 328 CO, N 1.
93 Lempen, Art. 328 CO, N 1 ; Portmann et Rudolph, Art. 328 CO, N 4.

comprend le droit de ne pas être discriminé·e[94]. Si l'art. 328 CO ne confère pas de droit général à l'égalité de traitement[95], il interdit les différences de traitement qui portent atteinte à la personnalité. C'est le cas lorsqu'une personne est traitée de manière défavorable en raison de sa couleur de peau[96]. Par ailleurs, en cas de traitement collectif (plans sociaux et gratifications), les employé·e·s ont le droit à ne pas être traité·e·s de manière distincte sans motifs objectifs et raisonnables[97].

La protection de la personnalité s'étend à la phase précontractuelle, en particulier aux entretiens d'embauche[98]. Si l'application de l'article 328 CO à la phase précontractuelle est contestée par une partie de la doctrine, celle-ci fait découler une protection comparable de la culpa in contrahendo (littéralement « faute dans la conclusion d'un contrat », c'est-à-dire de l'obligation pour les parties de se comporter de bonne foi dans le cadre de pourparlers précédant la conclusion d'un contrat)[99]. Dans tous les cas, une certaine protection contre les discriminations à l'embauche découle des dispositions générales de droit du travail, en particulier s'agissant de motifs liés à la couleur de peau ou à l'origine présumée d'une personne[100].

À cet égard, deux affaires cantonales sont emblématiques. Dans la première affaire, jugée par le Tribunal des prud'hommes de Lausanne, une personne s'est vu octroyer 5000 francs de réparation pour tort moral parce que son refus d'engagement dans un établissement médico-social (EMS) avait été explicitement justifié, par la directrice des soins, par la couleur de sa peau[101]. Son argument selon lequel ce refus n'était pas raciste, puisque justifié par les sensibilités des pensionnaires du home, n'a pas été retenu par le tribunal. Celui-ci a jugé que les propos étaient de nature à profondément heurter la plaignante. Plutôt que de reconnaître un effet horizontal direct au principe constitutionnel de l'égalité de traitement et de non-discrimination (art. 8 al. 2 Cst.), le tribunal s'est fondé sur la protection de la personnalité garantie par l'article 328 CO, qu'il a interprétée à la lumière de l'article 8 Cst., lui conférant ainsi un effet horizontal indirect. Dans

94 Lempen, Art. 328 CO, N 1 ; Portmann et Rudolph, Art. 328 CO, N 45.
95 Pour une analyse nuancée, voir Dunand, Art. 328 CO, N 53-54 ; voir aussi Portmann et Rudolph, Art. 328 CO, N 29-32 ; Vischer et Müller, Arbeitsvertrag, p. 130 ; ATF 129 III 276 c. 3.1.
96 Portmann et Rudolph, Art. 328 CO, N 33.
97 Dunand, Art. 328 CO, N 54-55 ; Vischer et Müller, Arbeitsvertrag, p. 131.
98 Arrêt du TF, 2C_103/2008 du 30.06.2008, c. 6.2 ; Lempen, Art. 328 CO, N 2 ; Dunand, Art. 328 CO, N 11.
99 Wyler et Heinzer, Droit du travail, p. 84.
100 Meier, Art. 320 CO, N 4 ; Portmann et Rudolph, Art. 320 CO, N 2a ; Wyler et Heinzer, Droit du travail, p. 83.
101 Tribunal des prud'hommes de Lausanne (TPH), arrêt du 01.06.2005, JAR 2006, p. 531.

la seconde affaire, un tribunal zurichois a considéré, sur la base cette fois-ci de la culpa in contrahendo, que le fait d'écarter une personne en raison de son nom de famille (la partie employeuse ne souhaitait pas engager « des personnes des Balkans » ni « des foulards islamiques ») constituait une discrimination raciale, allouant à la plaignante une somme de 5000 francs pour tort moral[102].

Ces affaires indiquent que le droit privé suisse peut être interprété de sorte à offrir une protection contre les discriminations raciales (recommandation g)[103]. Toutefois, ces affaires restent exceptionnelles : ainsi, une étude de 2017 considère qu'il n'y aurait pas eu plus de quatre jugements traitant de racisme anti-noir sous l'angle du droit civil en 30 ans[104]. Les affaires citées constituent d'ailleurs des cas particulièrement flagrants et d'autant plus rares. En effet, outre le fait que le motif réel n'est pratiquement jamais explicité, des études sociologiques montrent que le racisme structurel s'exprime aussi de façon inconsciente[105] ; ce que le cas de Zeynep illustre au début de ce chapitre. L'adoption de la LEg a précisément été motivée par la nécessité de prévoir des dispositions et des actions spécifiques en droit suisse pour lutter contre les discriminations sexistes, les dispositions générales ne suffisant de toute évidence pas. À cet égard, un parallèle peut être établi entre les discriminations raciales et sexistes, à la lumière notamment de travaux ayant montré leur généalogie commune[106].

Des dispositions similaires à celles prévues par la LEg pourraient apporter un début de remède, certes partiel, à ces difficultés (recommandations a et b). Ainsi, le droit de demander une justification écrite du refus d'embauche pourrait révéler des réflexions discriminatoires. Le fait même de consacrer cette interdiction dans une disposition juridique pourrait avoir un certain effet dissuasif, et les personnes concernées n'auraient pas à faire valoir le caractère grave de l'atteinte à la personnalité, comme c'est le cas en vertu du droit général du travail. La portée de telles dispositions serait toutefois limitée par le fait que la LEg exclut explicitement l'allègement du fardeau de la preuve s'agissant de l'embauche, une lacune à laquelle il faudrait remédier (recommandation c).

102 ArbG/ZH du 13.01.2006, JAR 2007, p. 509 ss (traduction par nos soins).
103 Voir aussi, en lien avec les licenciements abusifs (art. 336 al. 1 CO), l'arrêt du Tribunal fédéral du 11.11.1993, reproduit dans SJ 1995, p. 798 ss.
104 Naguib et al., Anti-Schwarze-Rassismus, p. 104.
105 Des recherches basées sur le « practice testing » avec des CV fictifs (toutes choses égales en-dehors d'une appartenance ethnique suggérée notamment par le nom et prénom) établissent, par exemple, les obstacles à surmonter dans l'accès à l'emploi ou au logement : Zschirnt, Ethnic discrimination in the Swiss labour market - Ethnic hierarchies in correspondence test results, Neuchâtel 2018 ; Zschirnt et Ruedin, Ethnic Discrimination in Hiring Decisions: A Meta-Analysis of Correspondence Tests 1990-2015, Journal of Ethnic & Migration Studies, 2016, 42(7), pp. 1115-1134.
106 Dorlin, La matrice de la race. Généalogie sexuelle et coloniale de la Nation française, Paris 2009.

Les discriminations raciales peuvent également apparaître à d'autres stades de la relation professionnelle, s'agissant de l'avancement professionnel, des gratifications, du mobbing ou de la résiliation des rapports de travail. La question de la preuve de la discrimination se pose, en termes de discriminations raciales, pour chacun de ces aspects. Dans ce sens, la LEg prévoit, nous l'avons vu, un allègement du fardeau de la preuve de la discrimination sexiste ayant trait « à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail »[107]. Ainsi, si on transposait les dispositions actuelles de la LEg aux questions de discrimination raciale, l'allègement du fardeau de la preuve s'étendrait donc aux licenciements abusifs[108] ainsi qu'aux non-avancements professionnels ou absences de gratifications par rapport aux collègues. Citons par ailleurs la protection contre le congé-représailles incluant le droit à la réintégration, qui vise à faciliter l'accès à la justice pour les victimes de discriminations[109].

Bonnes pratiques : Mécanismes de la LEg qui pourraient être transposés *mutatis mutandis* aux discriminations raciales

- Allègement du fardeau de la preuve (pour certains aspects seulement de la relation de travail) permettant de renverser le fardeau de la preuve sur la partie employeuse.
- Recours corporatif permettant une action collective d'un syndicat ou d'une organisation afin de faire constater le caractère systémique de discriminations sexistes au travail.
- Actions judiciaires spécifiques permettant d'obtenir le paiement d'indemnités ou de la différence de salaire en cas de refus d'embauche, de harcèlement sexuel ou de différence salariale injustifiée pour des raisons sexistes.
- Possibilité de demander par écrit les motifs du refus d'embauche.
- Possibilité de demander la réintégration au poste de travail en cas de congé-rétorsion.

107 Art. 6 LEg.
108 Pour un cas de discrimination raciale dans le cadre de la résiliation des rapports de travail, voir l'arrêt du TF du 11.11.1993, reproduit dans SJ 1995, p. 798 ss.
109 Art. 10 LEg.

Dispositions du droit européen relatives aux discriminations raciales

Le droit de l'Union européenne (UE) prévoit un important dispositif en matière de non-discrimination. Ce dispositif concerne d'un côté la non-discrimination en raison de la « race » ou de l'origine ethnique dans l'accès à – et la jouissance de – différents droits économiques et sociaux[110], en vertu de la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 « relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique »[111]. Il se rapporte d'un autre côté à la non-discrimination (fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle) au travail, sur la base de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 « portant [sur la] création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail »[112]. Ensemble, les deux instruments forment un arsenal complémentaire en termes de protection contre les discriminations de toutes sortes au travail. Ces deux directives contiennent des dispositions, que les États membres de l'UE doivent obligatoirement transposer, concernant l'allègement du fardeau de la preuve dans les procédures civiles[113], les discriminations directes et indirectes[114] et la défense des droits découlant de ces directives par des associations ou organisations[115].

Pour prendre l'exemple de la France, les directives européennes y ont en grande partie été transposées par la loi du 16 novembre 2001. Ainsi, les discriminations raciales – directes et indirectes – dans l'emploi sont désormais explicitement interdites et la loi prévoit que la charge de la preuve ne repose plus uniquement sur la victime. Dans ce sens, il existe un partage du fardeau de la preuve entre l'auteur·e et la victime : la victime doit présenter des éléments de faits laissant présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Une fois cette présomption établie, c'est à l'auteur·e présumé·e de se défendre et, en l'occurrence, de prouver que sa décision repose sur des éléments objectifs et raisonnables. En outre, le droit français prévoit la possibilité pour les syndicats d'agir en justice à la place de la victime, avec son consentement[116]. Le droit français satisfait à cet égard aux recommandations de l'ECRI en matière de discriminations raciales[117].

110 Emploi, logement, éducation, avantages sociaux, etc. (voir art. 3 al. 1 de la Directive 2000/43/EC).
111 Journal officiel des Communautés européennes (JOCE), L 180/22, 19.07.2000.
112 JOCE., L 303/16, 02.12.2000.
113 Art. 8 Directive 2000/43/CE ; art. 10 Directive 2000/78/CE.
114 Art. 2 Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.
115 Art. 7 Directive 2000/43/CE ; art. 9 Directive 2000/78/CE.
116 ECRI, Troisième rapport sur la France, adopté le 25.06.2004, par. 27.
117 ECRI, Recommandation de politique générale n° 7 sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, adoptée le 13.12.2002 et révisée le 07.12.2017.

Bonne pratique : Allègement du fardeau de la preuve en droit français

Le droit français connaît déjà l'allègement du fardeau de la preuve en cas de discrimination présumée au travail. L'art. L1134-1 du code du travail français dispose :

« Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II [principe de non-discrimination], le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Ces dispositions n'ont certes pas permis de mettre fin aux discriminations raciales au travail en France en particulier[118], mais leur mise en œuvre en Suisse permettrait de combler des lacunes juridiques importantes relevées par les études menées ces dernières années. En effet, le problème de la preuve de la discrimination raciale, l'absence d'une norme en droit privé interdisant de manière explicite les discriminations raciales (directes et indirectes) au travail et les possibilités très limitées de recours corporatif, expliquent en grande partie la rareté de la jurisprudence des cours civiles en Suisse (sans réparations pour les victimes, ni effet dissuasif pour les parties employeuses). Or, plusieurs de ces bonnes pratiques existent déjà en partie dans l'ordre juridique suisse, mais uniquement s'agissant des discriminations sexistes au travail.

118 Voir Commission nationale consultative des droits de l'homme, La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, 2021, pp. 279-283 (en particulier, le chapitre 2.3.1 : Lutter contre le racisme et les discriminations raciales dans le monde du travail).

Conclusion

Partant du constat que le droit civil suisse ne protège pas de manière adéquate contre les discriminations raciales dans le cadre du travail, la présente contribution a exploré la manière dont le droit suisse pourrait règlementer cette question. Elle a notamment proposé une piste spécifique, à savoir, transposer la loi sur l'égalité, qui protège contre les discriminations sexistes, aux discriminations fondées sur la « race ». Nous avons ainsi présenté différentes mesures phares de la LEg, comme l'allègement du fardeau de la preuve, la qualité pour agir des associations, les indemnités forfaitaires en cas de discrimination, la possibilité de demander une motivation écrite en cas de refus d'embauche, ou encore la protection contre les congés-représailles. Sur tous ces points[119], une règlementation analogue, appliquée cette fois-ci aux discriminations raciales[120], constituerait une avancée significative en matière de protection contre les discriminations dans le cadre du travail (recommandations a et b). Des mécanismes similaires sont d'ailleurs également prévus en droit européen, comme l'a montré le cas de la France. Une telle loi s'avère d'autant plus nécessaire que la protection de la personnalité n'a que très rarement été mobilisée pour protéger contre des discriminations raciales. En effet, même si cette possibilité existe en principe, son application effective reste limitée à quelques rares cas particulièrement flagrants.

Cependant, la LEg n'est pas une loi dont l'application et le fonctionnement sont exempts de critiques. Il conviendrait donc de remédier à certains de ses écueils. Par exemple, les discriminations à l'embauche, qu'elles soient sexistes, raciales ou multiples (basées sur les motifs du genre mais aussi de la « race » ou de l'origine, ainsi que de la religion, par exemple), doivent pouvoir bénéficier de l'allègement du fardeau de la preuve pour permettre un véritable accès à la justice des victimes de toutes les formes de discriminations (recommandation c et h).

Plus généralement, d'autres mesures seraient également nécessaires pour lutter contre le racisme systémique et prévenir au travail les discriminations qui y sont liées. En effet, même s'agissant des États membres de l'UE, on peut constater

119 Une telle règlementation pourrait être considérée comme une concrétisation de l'interdiction des discriminations garantie par l'article 8 al. 2 Cst., à défaut de mandat législatif explicite à l'instar des articles 8 al. 3 et 8 al. 4 Cst.

120 Nous nous limitons ici aux discriminations raciales, puisqu'elles font l'objet de la présente contribution.

que la législation n'est pas toujours mise en œuvre efficacement[121]. Des formes de discriminations multiples (par exemple, les femmes musulmanes d'origine africaine) sont ainsi au centre des préoccupations des organes internationaux de surveillance[122].

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a Une nouvelle loi fédérale est adoptée, prohibant les discriminations dans le cadre des relations de travail qui ne sont actuellement pas couvertes par la LEg, en particulier les discriminations raciales (fondées sur la « race », l'origine ou l'ethnicité).

b La nouvelle loi prohibe explicitement tant la discrimination raciale indirecte que directe.

c La nouvelle loi prévoit un allègement du fardeau de la preuve pour toutes les discriminations raciales, y compris celle à l'embauche et le harcèlement ou mobbing.

d La nouvelle loi prévoit la possibilité de réintégrer sa place de travail à tous les cas de licenciement abusif pour discrimination raciale.

e La nouvelle loi prévoit que les associations et organisations de travailleurs·euses peuvent défendre, dans le cadre d'une procédure civile et avec leur approbation, les droits des personnes employées touchées par une discrimination raciale au travail.

f La nouvelle loi prévoit que les frais de procédure sont gratuits en cas d'action pour discrimination raciale au travail, quelle que soit la valeur litigieuse de la procédure.

121 Exemple de la Suède, voir Comité CERD, Concluding observations on the combined 19th to 21st periodic reports of Sweden, 23.09.2013, CERD/C/SWE/CO/19-21, par. 4, let. A ; MAHON ET AL., La notion de « race », pp. 25-27.

122 Voir Comité CERD, Observations finales concernant le rapport de la Suède valant 22e et 23e rapports périodiques, 06.06.2018, CERD/C/SWE/CO/22-23, par. 18. En Suisse, voir LEMPEN, Travail, genre et religion : le port du hijab en Europe, dans : Stöckli, Kühler, Hafner et al. (éds), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zurich 2020, pp. 33-71.

g Dans l'intervalle de l'adoption de la nouvelle loi, les tribunaux veillent à interpréter l'article 328 CO (protection de la personnalité) ainsi que les obligations précontractuelles à la lumière de l'article 8 al. 2 Cst., en considérant notamment que des discriminations raciales constituent une atteinte grave à la personnalité.

h Les formes de discrimination multiples (notamment fondées sur le genre et la « race », l'origine ou l'ethnicité) sont mises au centre des préoccupations des autorités politiques, législatives et judiciaires.

Partie III

Droits humains en temps de crise du coronavirus

10 Les droits humains, fil rouge de la lutte contre les pandémies

Sandra Egli, Kelly Bishop, Eva Maria Belser et Jörg Künzli

Introduction

Cas pratique : Interdictions des visites et des sorties

Durant certaines phases de la pandémie de COVID-19, la Suisse a interdit les visites et les sorties dans les établissements médico-sociaux (EMS) et les foyers : 15 % de ces établissements ont, à certains moments du moins, interdit les visites aux personnes mourantes. Des mesures parfois draconiennes, comme le verrouillage des bâtiments, ont été adoptées pour faire respecter les interdictions. Dans le canton de Zurich, le département de la santé a ainsi recommandé aux homes de ne plus accepter les pensionnaires qui avaient bravé l'interdiction de sortir.

Cas pratique : Travailleurs·euses du sexe en quarantaine

Pour empêcher la propagation du virus, les personnes potentiellement infectées ou testées positives devaient observer une quarantaine de 10 jours. Les autorités sanitaires ont ainsi imposé cette mesure à 50 personnes travailleuses du sexe vivant et travaillant sous le même toit lorsque certaines d'entre elles avaient été testées positives. Selon des articles de presse, ces personnes ont passé la quarantaine dans un espace extrêmement réduit, sans possibilité de pourvoir elles-mêmes à leur alimentation.

En vertu des droits fondamentaux et droits humains garantis respectivement par la Constitution fédérale[1] et par les conventions internationales[2,3], tels que le

1 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Constitution fédérale, Cst. ; RS 101).
2 Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; RS 0.101), Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte social, PIDESC ; RS 0.103.1) et Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte civil, PIDCP ; RS 0.103.2), notamment.
3 Alors qu'on parle de droits fondamentaux lorsqu'ils sont garantis par le droit national (Cst. et constitutions cantonales), les droits humains sont quant à eux ceux consacrés par des conventions internationales. Dans ce chapitre, nous utiliserons toutefois les expressions « droits humains » et « droits fondamentaux » comme synonymes.

droit à la vie[4] et le droit à la santé[5], la Suisse est tenue de lutter contre les pandémies. En adoptant dès mars 2020 des mesures[6] pour endiguer la propagation du coronavirus, la Confédération et les cantons ont dès lors honoré cette obligation que leur confèrent les droits humains.

Toutefois, si les mesures sanitaires – port obligatoire du masque, interdictions d'exercer, quarantaines ou interdictions de visite – ont certes été prises pour protéger des droits garantis, elles ont aussi eu d'autres effets. En premier lieu, elles limitent d'autres droits humains définis par la législation suisse et internationale, comme le droit à la liberté personnelle[7], la liberté de réunion[8] ou le droit à un niveau de vie adéquat[9]. En deuxième lieu, ces mesures portent aussi atteinte aux droits qu'elles sont censées protéger, et notamment au droit à la santé. Et en troisième lieu, conjuguées à la pandémie, elles affectent différemment certains groupes de la population, ce qui creuse les inégalités existantes ou en crée de nouvelles[10].

Il faut procéder à une pesée des intérêts en présence dès lors que, comme il en va durant une pandémie, plusieurs droits humains de différentes personnes sont sur la balance. Jusqu'où faut-il respecter un droit, jusqu'où faut-il en protéger un autre ? Quel doit être l'équilibre entre l'obligation de protéger la population, qui découle des normes constitutionnelles et internationales, et l'obligation de respecter les droits et libertés fondamentales garanties par ces mêmes normes ? Quelles obligations incombent à l'État lorsque certains groupes de la population subissent plus fortement le contrecoup des mesures ? Sur la base des normes applicables du droit suisse et du droit international, nous proposons dans ce chapitre des mécanismes permettant d'arbitrer les conflits entre différents droits humains lors d'une pandémie, une situation qui se caractérise par son urgence et une évolution rapide. Si nous mettons clairement l'accent sur le COVID-19, nos conclusions peuvent toutefois se transposer à d'autres pandémies.

4 Art. 10 al. 1 Cst. ; art. 2 CEDH et art. 6 PIDCP.
5 Art. 12 PIDESC.
6 La pandémie n'étant pas encore terminée au moment de la publication de ce livre, nous ne pouvons fournir qu'un examen provisoire.
7 Art. 10 al. 2 Cst. et art. 8 CEDH.
8 Art. 22 Cst., art. 11 CEDH et art. 22 PIDCP.
9 Art. 11 PIDESC.
10 Martínez et al., Corona und Ungleichheit.

Analyse

Les droits humains restent valables en cas de pandémie. Les situations exceptionnelles autorisent certes des dérogations[11], mais à certaines conditions[12]. Il y a en outre des garanties auxquelles on ne peut déroger en aucun cas, comme l'interdiction de la torture[13]. Il est permis, même sans dérogation, de restreindre les droits humains, pourvu que l'on ne touche pas à leur noyau intangible[14] et à condition que la mesure en question serve l'intérêt public, soit proportionnée[15] et non discriminatoire[16].

Dans les pages qui suivent, nous analysons certaines de ces conditions et en déduisons des règles concrètes que toute stratégie de lutte contre une pandémie doit suivre pour respecter les droits humains. Nous illustrerons ces règles à l'aide de trois exemples tirés de la pandémie de coronavirus : la limitation des activités de fourniture de biens et de services, les quarantaines ainsi que les interdictions de faire des achats, de sortir et de rendre visite appliquées aux aîné·e·s.

Les pouvoirs publics ont adopté ces mesures pour endiguer la propagation du coronavirus et préserver de la sorte la santé publique ainsi que le système de santé et garantir le droit à la vie, notamment pour les personnes particulièrement vulnérables[17]. Ce faisant, ils ont restreint de nombreux droits, comme le droit à la liberté personnelle[18], la liberté de mouvement[19] et de réunion[20], le droit au respect de la vie privée et familiale[21], le droit à la santé[22], la liberté économique[23], le

11 Art. 15 CEDH et art. 4 PIDCP ; la Suisse n'a pas fait appel à ces clauses dites de dérogation.
12 Comme l'obligation d'en informer l'organe de surveillance du traité (art. 15 al. 3 CEDH et art. 4 al. 3 PIDCP).
13 Art. 3 CSDH et art. 7 PIDCP. Le droit à la vie (art. 2 CEDH et art. 6 PIDCP) ainsi que d'autres droits (art. 8 al. 1 et 2, art. 11, art. 15, art. 16 et art. 18 PIDCP) constituent également des garanties auxquelles il est impossible de déroger, même en situation exceptionnelle.
14 Art. 36 al. 4 Cst. ; il s'agit du noyau intangible des droits fondamentaux et humains, comme la dignité humaine ou les garanties minimales qui découlent du Pacte social, concrètement de son art. 11.
15 Art. 36 et 5 al. 2 Cst. ; art. 8 al. 2, art. 9 al. 2 et art. 11 al. 2 CEDH ; art. 4 PIDESC et art. 12 al. 3, art. 18 al. 3 et art. 21 PIDCP.
16 Art. 8 al. 2 Cst. ; art. 14 CEDH ; art. 2 al. 2 PIDESC et art. 2 al. 1 PIDCP.
17 Voir par ex. art 1 al. 2 ordonnance 2 COVID-19, état au 13.03.2020.
18 Art. 10 al. 2 Cst. et art. 8 CEDH.
19 Art. 10 al. 2 Cst. ; art. 5 CEDH et art. 12 PIDCP.
20 Art. 22 Cst. ; art. 11 al. 1 CEDH et art. 22 PIDCP.
21 Art. 13 Cst. ; art. 8 CEDH et art. 23 PIDCP.
22 Art. 12 al. 1 PIDESC.
23 Art. 27 Cst.

droit à la sécurité sociale[24] et le droit à un niveau de vie adéquat[25]. Ces mesures illustrent parfaitement le dilemme qui se pose aussi pour de nombreuses autres mesures, comme le port obligatoire du masque, la présentation obligatoire du certificat ou la fermeture d'écoles. Les conclusions qui en sont tirées sont par conséquent transposables à d'autres mesures.

Base légale et régime de compétences

Toute restriction d'un droit fondamental ou d'un droit humain doit être fondée sur une base légale adoptée par le pouvoir législatif dans le respect de la procédure établie. Cette exigence vise à garantir la sécurité juridique, l'égalité devant la loi et la légitimité démocratique. Toute restriction grave doit en principe être prévue dans une loi au sens formel, c'est-à-dire dans une loi adoptée par un parlement : on garantit ainsi que la majorité des représentant·e·s du peuple (ou du peuple lui-même) juge cette limitation nécessaire. Il en va autrement en situation de crise : dans un tel cas, afin que le pouvoir exécutif puisse agir de manière rapide et efficace, des compétences lui sont transférées, qui lui permettent de restreindre gravement les droits fondamentaux[26]. Les gouvernements doivent alors consentir des efforts particuliers pour diffuser largement la teneur des mesures mises en œuvre, étant donné que les bases légales sont adoptées selon une procédure accélérée, puis modifiées à brève échéance et qu'elles peuvent empiéter gravement sur les droits d'un grand nombre de personnes (recommandation a).

En Suisse, la loi fédérale sur les épidémies, source primaire du droit pour les mesures de lutte contre les pandémies[27], autorise le Conseil fédéral et les gouvernements cantonaux à adopter des mesures qui relèvent habituellement de la compétence des organes législatifs. Toutefois, le régime de partage des compétences entre Confédération et cantons qu'elle prévoit est lacunaire, comme le montrent les trois exemples suivants tirés de la pandémie de COVID-19.

24 Art. 9 PIDESC.
25 Art. 12 Cst. et art. 11 PIDESC.
26 À l'échelon fédéral, voir art. 36 al. 1, 3e phrase Cst. et art. 185 al. 3 Cst.
27 Loi fédérale du 28.09.2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies ; LEp ; RS 818.101).

En premier lieu, la compétence des cantons d'interdire aux personnes de plus de 65 ans l'accès à l'espace public et aux établissements ouverts au public n'était pas clairement établie, la Confédération s'étant bornée à émettre des recommandations. Cette question s'est posée de façon concrète en 2020 lorsque les cantons du Tessin et d'Uri ont interdit à toutes les personnes de plus de 65 ans de, respectivement, faire des achats et de sortir de chez elles. L'Office fédéral de la justice a alors affirmé que la norme fédérale applicable était exhaustive, c'est-à-dire que seules des recommandations, mais pas des interdictions, étaient admises. Les cantons du Tessin et d'Uri ont ensuite révoqué les interdictions de leur propre gré[28].

En deuxième lieu, la compétence d'adopter des mesures concernant les pensionnaires de foyers n'était pas non plus clairement établie. Au début de la pandémie, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) a ainsi annoncé que toute visite de membres de la famille, d'ami·e·s et de connaissances dans les EMS était interdite et que les pensionnaires ne pouvaient rencontrer personne en dehors de l'institution, ni faire de sorties[29] ; le Conseil fédéral ne s'était toutefois pas exprimé, dans ses ordonnances, sur la situation dans ces établissements. De leur côté, les cantons ont chacun adopté des règlementations différentes. Si certains avaient effectivement décrété des interdictions de visite et de sortie strictes pour les maisons de retraite[30], d'autres avaient préféré s'en abstenir[31].

En troisième et dernier lieu, les délimitations de compétence entre les cantons et leurs EMS étaient floues. Ainsi, certains homes avaient décidé de ne plus ad-

28 Le 19 mars 2020, la cellule de crise du canton d'Uri décrète une limitation des sorties pour les personnes âgées de plus de 65 ans. Le Conseil d'État autorise la mesure le 20 mars, avant de faire marche arrière le lendemain. Le 1er avril 2020, le Conseil d'État tessinois interdit aux personnes de plus de 65 ans de sortir faire des achats. À partir du 14 avril, il autorise les achats jusqu'à 10 heures.

29 Office fédéral de la santé publique (OFSP), COVID-19 : Informations et recommandations pour des institutions telles que les homes pour les personnes âgées, les établissements médico-sociaux et les institutions pour personnes handicapées, état au 02.04.2021.

30 Voir par ex. le canton de Zurich (CANTON DE ZURICH, Besuchsverbot für Spitäler, Alters- und Pflegeheime sowie Invalideneinrichtungen, communiqué de presse du 12.03.2020), le canton de Berne (CANTON DE BERNE, Kanton setzt Bundesratsentscheide um: Schulen schliessen, Versammlungsverbot ab 100 Personen, communiqué de presse du 13.03.2020), le canton de Bâle-Campagne (HÄRING ET MÜLLER, Selbstbestimmung, p. 53), le canton de Genève (art. 1 de l'arrêté interdisant les visites dans les hôpitaux et les établissements médico-sociaux du 18.03.2020) ou le canton du Tessin (art. 1 al. 1 de la Direttiva Covid-19 du 09.03.2020). À l'exception de la Grèce, tous les États membres de l'Union européenne ont interdit les visites (FRA, Fundamental rights, p. 36).

31 C'est le cas par ex. du canton de Bâle-Ville (voir HÄRING et MÜLLER, Selbstbestimmung, p. 53).

mettre de visite avant même l'interdiction décrétée par leur canton[32]. C'est notamment en raison de la portée de cette mesure[33] qu'il est permis de douter qu'ils aient été habilités à le faire, en vertu par exemple de la clause générale de police (la possibilité d'agir sans base légale dans des situations déterminées)[34].

Ces trois exemples montrent que le flou dans les compétences porte non seulement préjudice à la sécurité juridique, mais aboutit aussi à des limitations inutiles des droits fondamentaux, comme il en va lorsque des homes appliquent des dispositions plus strictes que ne le permet la loi. Ce flou peut aussi avoir pour conséquence que ni la Confédération ni les cantons n'adoptent de mesures de protection, alors même qu'elles seraient nécessaires pour préserver la vie et l'intégrité physique de la population. Dès lors, il est primordial de procéder à une répartition verticale et horizontale claire des compétences pour protéger les droits humains durant une pandémie (recommandation b).

Proportionnalité

Les mesures nécessaires à la préservation de la vie et de la santé et les limitations d'autres droits humains qui en sont le corollaire engendrent des interférences complexes entre ces droits, interférences qu'il faut arbitrer en procédant à la pesée des intérêts en présence. C'est le principe de proportionnalité qui sert ici de référence[35] : pour être proportionnée, une limitation doit être *apte à atteindre son but*, *nécessaire* et *raisonnable*.

Critères de la proportionnalité

Une mesure est considérée comme *apte* lorsqu'elle permet effectivement de protéger l'intérêt public qui la justifie ; elle est *nécessaire* lorsqu'il n'y a pas de moyen moins incisif d'atteindre le but recherché.

32 Le 6 mars 2020, SRF a rapporté le cas d'un EMS qui interdisait les visites depuis le 3 mars (SCHNYDER, Corona-Schutz im Pflegeheim, SRF News Schweiz du 06.02.2020 [23.11.2021]). Or, ce n'est que le 13 mars 2020 que le canton de Berne a interdit les visites. Quant à la maison de retraite de Wengistein, dans le canton de Soleure, elle a refusé les visites à partir du 13 mars 2020, alors que l'office cantonal soleurois de la santé n'a pris une décision dans ce sens que le 16 mars (STIFTUNG ALTERSZENTRUM WENGISTEIN, Rechenschaftsbericht, p. 5).

33 Selon le Défenseur des droits humains autrichien (*Volksanwaltschaft*), la fermeture des EMS en Autriche était contraire au droit du fait de l'absence de base légale (VOLKSANWALTSCHAFT, Präventive Rechtskontrolle, pp. 38 ss, y compris des références à des arrêts).

34 Art. 36 al. 1, 3e phrase Cst.

35 ATF 2C_941/2020 du 08.07 2021, consid. 3.2.3.

Pour déterminer l'aptitude et la nécessité des mesures, les autorités compétentes doivent collaborer étroitement avec le monde scientifique[36]. Ainsi, il est important de tenir compte des voies de propagation du virus pour évaluer cette aptitude. Si une maladie, comme le COVID-19, se transmet principalement par des aérosols, les mesures susceptibles de l'enrayer seront différentes de celles prises contre des maladies transmises via des fluides corporels ou des muqueuses, comme il en va des maladies sexuellement transmissibles. La question de savoir si une mesure est proportionnée dépend notamment de savoir si elle est suffisamment en prise avec les risques qu'elle est censée écarter[37]. Dès lors, sa nécessité sera déterminée en fonction de critères médicaux. Par exemple, plus le taux de mortalité est élevé, plus des mesures draconiennes seront jugées proportionnées.

Il est particulièrement difficile de juger la proportionnalité d'une mesure lorsque la situation est encore entourée d'incertitude, ce qui est le cas lors de l'apparition d'une nouvelle maladie. Cependant, plus une pandémie dure, plus les autorités disposent d'informations pour apprécier l'aptitude et la nécessité des mesures[38], ce qui influe sur la pesée des intérêts en présence et donc le caractère *raisonnable* des mesures. Ainsi, si elles pouvaient encore sembler proportionnées au début de la pandémie, les interdictions de visite décrétées dans les EMS ne l'ont plus été dès lors que leurs effets nuisibles pour la santé des pensionnaires ont été établis[39] et que l'on a disposé d'autres moyens efficaces pour parvenir au même but, comme les vaccins. En conséquence, la proportionnalité des mesures adoptées pour endiguer une pandémie doit être périodiquement soumise à un examen détaillé, fondé sur les dernières connaissances scientifiques (recommandation c).

Interdictions, dérogations et autres solutions

Forme la plus radicale de toute restriction des droits, les interdictions sont, proportionnalité oblige, à éviter dans la mesure du possible ou à limiter dans l'es-

36 ATF 2C_941/2020 du 08.07 2021, consid. 3.2.5.
37 ATF 2C_941/2020 du 08.07.2021, consid. 3.2.4 et ATF 2C_793/2020 du 08.07.2021, consid. 5.3.1.
38 ATF 2C_941/2020 du 08.07.2021, consid. 3.2.6 et 3.2.7 et ATF 2C_793/2020 du 08.07.2021, consid. 5.3.2.
39 Voir notamment CNE, Soins de longue durée, pp. 6 s. ; ALZHEIMER SUISSE, Alzheimer ; DIMR, Menschenrechte Älterer, p. 3 ; FRA, Fundamental rights, p. 37 ; SWISS NATIONAL COVID-19 SCIENCE TASK FORCE, Protection older persons in long-term care in the context of the Sars-CoV-2 pandemic while maintaining quality of life, Policy brief du 22.01.2021, p. 4 et INFRAS, Corona-Krise, pp. 67 ss.

pace et dans le temps, ou à certaines catégories de personnes. Le port obligatoire du masque, l'obligation de se soumettre à des tests, le traçage des contacts et, le cas échéant, les quarantaines constituent des mesures moins incisives, susceptibles de se substituer aux fermetures d'entreprises ou aux interdictions de recevoir des visites et de sortir. Si l'on ne dispose pas, au début d'une pandémie, de moyens plus modérés, il incombe aux pouvoirs publics d'y remédier. Ainsi, par souci de proportionnalité, il aurait fallu augmenter rapidement les capacités de dépistage et de traçage des contacts dans les cantons (recommandation d).

Les plans de protection sont une autre solution qui permet d'éviter les interdictions. S'il faut du temps pour les élaborer, les pouvoirs publics peuvent néanmoins adopter des mesures pour les favoriser. Il est important que ces plans de protection contiennent des mesures de prévention pour les travailleurs·euses qui, du fait de la précarité des conditions de travail ou de l'importance de leur fonction, peuvent moins bien se protéger contre les infections. Durant la pandémie, ce constat était notamment valable pour les secteurs de la santé, de l'alimentation et de la logistique[40] (recommandation e).

Aux critères de l'aptitude et de la nécessité s'ajoute celui du *caractère raisonnable*, aussi appelé règle de la proportionnalité au sens strict, soit l'application du critère de l'aptitude au cas concret. Pour respecter ce critère, les autorités doivent avoir une marge d'appréciation suffisante. Il est peu probable que des interdictions d'ordre général, qui ne prévoient pas de dérogations en fonction des circonstances individuelles, satisfassent au principe de la proportionnalité. Il serait par exemple disproportionné de décréter le port obligatoire du masque sans prévoir de dérogations pour des raisons médicales[41] (recommandation f).

Toutes les interdictions cantonales de visite dans les maisons de retraite et dans les EMS que nous avons analysées prévoyaient des dérogations, en particulier dans le cas des personnes mourantes. Il aurait cependant aussi été important

40 C'est notamment le cas dans la production de viande (Bolzli et Mäder, Coronavirus bei Tönnies, Nau du 24.06.2020 [13.09.2021]), pour le personnel de nettoyage (Unia, Überbrückungsfonds, 22.05.2020 [30.07.2021]) et pour les coursier·ère·s (Odermatt et Kressbach, Unhaltbare Arbeitsbedingungen, SRF News Schweiz du 23.02.2021 [23.11.2021]). S'agissant de la situation des travailleurs·euses migrant·e·s et de l'effet de la pandémie de COVID-19 sur ces derniers·ères, voir CSDH, Inégalités exacerbées pour les travailleurs·euses migrant·e·s.

41 Voir à ce sujet le cas, traité par Inclusion Handicap, d'un enfant présentant un syndrome d'Asperger qui n'a pas pu se soumettre à un examen médical parce que le plan de protection de l'hôpital pédiatrique de Zurich ne prévoyait à l'origine aucune dérogation au port obligatoire du masque (Frei, Port obligatoire du masque).

de prévoir des dérogations pour des personnes démentes ou pour des personnes présentant un handicap visuel ou auditif, par exemple, bien plus affectées par les interdictions, faute d'autres possibilités[42] (recommandation f).

Les principes de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination

En vertu du *principe de l'égalité devant la loi*, les autorités doivent concevoir les mesures de façon à traiter les personnes en fonction de leur égalité ou inégalité de fait[43]. Si elles ne le font pas, elles doivent invoquer des raisons objectives. Toute égalité (ou inégalité) de traitement fondée sur des caractéristiques protégées et non justifiée par des motifs objectifs particuliers constitue une *discrimination*[44].

Principe de distinction

Le principe d'égalité devant la loi obligeant à traiter différemment des situations différentes, les autorités doivent opérer des distinctions. En temps de pandémie, cette règle s'applique par exemple lorsque toute la population ne court pas le même risque d'évolution grave de la maladie. Au début de la crise, la Confédération rangeait parmi le groupe à risque toutes les personnes âgées de plus de 65 ans[45], alors qu'il s'agit là d'un collectif très hétérogène[46]. Elle a certes tenu compte du principe de distinction quand elle s'est contentée d'émettre des recommandations à leur intention, tout en recourant à des interdictions pour un groupe plus réduit, et en moyenne plus âgé et plus vulnérable, celui des pensionnaires des EMS[47]. Toutefois, elle aurait aussi dû procéder à des distinctions au sein des EMS, car les établissements d'un certaine taille sont susceptibles de pouvoir mettre en place des régimes de contacts sociaux différenciés en aménageant des espaces séparés[48] (recommandation g).

42 Alzheimer Schweiz, Alzheimer et Volksanwaltschaft, Präventive Rechtskontrolle, p. 41.
43 Art. 8 al. 1 Cst. et art. 26 PIDCP.
44 Art. 8 al. 2 Cst. et art. 2 et 26 PIDCP.
45 Art. 10*b* al. 2 ordonnance 2 COVID-19, état au 17.03.2020.
46 Swiss National Covid-19 Science Task Force, Vulnerability, p. 2.
47 Recommandation n° 1 de la Swiss National Covid-19 Science Task Force, Vulnerability, p. 1 et explications en pp. 2 ss.
48 CNE, Soins de longue durée, p. 8.

La Confédération a aussi opéré des distinctions au moment de fermer des établissements publics et des entreprises de services au début de la pandémie en 2020. Elle n'a contraint à la fermeture que les établissements publics présentant un risque de transmission accru[49], tels que magasins, restaurants, bars, musées ainsi que d'autres établissements de divertissement et de loisirs. Elle a aussi ordonné la fermeture des prestataires offrant des services impliquant un contact physique, comme les salons de coiffure ou de massage, en raison de la facilité de transmission du virus. Elle n'a toutefois pas restreint les activités des établissements et des prestataires (même s'ils impliquaient un contact physique) considérés comme essentiels, tels que les magasins d'alimentation, les pharmacies, les bureaux de poste, les banques, les hôpitaux et les cabinets de physiothérapie[50]. La population est davantage susceptible d'accepter de telles différences de traitement si on lui en présente les raisons objectives ; les autorités auraient dû davantage expliquer leurs mesures de lutte contre la pandémie[51] (recommandation g).

Principe de non-discrimination

Les discriminations causées par une mesure peuvent être directes ou indirectes. Nous sommes en présence d'une discrimination directe lorsque la différenciation opérée se fonde sur des caractéristiques protégées (comme l'âge, le genre, le handicap ou encore l'origine). Ce serait le cas par exemple si l'on interdisait l'accès aux lieux publics à toute personne âgée de plus de 65 ans, sans que cette interdiction se fonde sur des raisons objectives et raisonnables. Les restrictions imposées durant la pandémie de COVID-19, généralement formulées dans un langage neutre, semblent de prime abord non discriminatoires. Toutefois, même des normes apparemment neutres peuvent, indirectement, constituer une discrimination lorsqu'elles affectent exclusivement ou principalement des personnes qui présentent des caractéristiques protégées. Ainsi, le port obligatoire du masque prive les personnes sourdes ou malentendantes de la possibilité de lire sur les lèvres, ce qui les empêche d'avoir accès à certaines informations ou les exclut des conversations. Les personnes qui doivent se mettre en isolation ou en quarantaine et qui ont des responsabilités familiales ne peuvent plus s'en ac-

49 Art. 6 al. 2 ordonnance 2 COVID-19, état au 17.03.2020.
50 Art. 6 al. 3 ordonnance 2 COVID-19, état au 17.03.2020.
51 Les motifs objectifs invoqués pour justifier des inégalités de traitement n'étaient pas toujours claires pour les profanes. Ainsi, les restaurants des hôtels ont pu continuer à fonctionner, contrairement aux autres restaurants (art 6 al. 2 ordonnance 2 COVID-19, état au 17.03.2020).

quitter pendant cette période. Aussi, l'obligation pour la partie employeuse de continuer à verser le salaire durant la pandémie ne couvre qu'une partie du travail à effectuer. En effet, le travail informel ou non rémunéré, principalement réalisé par les femmes, n'est par exemple pas couvert[52]. Les dépenses supplémentaires occasionnées par l'obligation de respecter une quarantaine, pour la garde des enfants ou la prise en charge de parents âgés ne sont pas non plus remboursées (recommandation h).

Obligation de mettre en œuvre et protection particulière des personnes vulnérables

Les pouvoirs publics, lorsqu'ils prennent des mesures pour combattre une pandémie, peuvent être tenus d'adopter des mesures compensatoires[53]. C'est en particulier le cas dans les domaines de l'emploi et du revenu[54], du logement[55], de l'alimentation, de l'éducation[56], de la sécurité sociale et de la santé[57]. Lorsqu'une autorité publique ferme des entreprises, ordonne une quarantaine ou interdit les visites dans les homes, elle doit au préalable examiner s'il lui faut apporter un soutien pour que ces mesures puissent être respectées et leurs conséquences atténuées. Quand des personnes placées en quarantaine ne peuvent pas satisfaire elles-mêmes leurs besoins vitaux, il en découle des obligations supplémentaires pour les pouvoirs publics[58].

La Confédération a certes prévu des aides financières en cas de perte de gain due aux mesures de lutte contre la pandémie[59], mais ce soutien ne compensait que certaines conséquences des fermetures d'entreprises, des quarantaines et

52 Swiss National Covid-19 Science Task Force, Gender aspects of COVID-19 and pandemic response, ELSI Report du 14.05.2020 ; UN Women, Gender Equality, p. 10 et Sotomo, Familien- und Betreuungsstrukturen, pp. 4 s.
53 Art. 35 Cst. et Amnesty International, Brot für die Welt, Gesellschaft für Freiheitsrechte et al., Menschenrechte als Kompass, p. 9.
54 Art. 7 al. 2 PIDESC.
55 Art. 11 PIDESC.
56 Art. 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107).
57 Art. 12 al. 1 PIDESC. En vertu de l'art. 24 CDE, les États doivent garantir non seulement la santé physique, mais aussi le bien-être psychique et social des enfants ; art. 25 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH ; RS 0.109) et art. 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF ; RS 0.108).
58 Kälin et Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, p. 127, n. m. 3117 et p. 134, n. m. 3136.
59 Art. 15 de la loi fédérale du 25.09.2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi Covid-19 ; RS 818.102), état au 02.09.2021, et ordonnance du 20.03.2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ; RS 830.31), état au 30.08.2021.

d'autres mesures. Pour en bénéficier, il fallait en effet avoir subi un recul du chiffre d'affaires d'au moins 55 %[60], ce qui s'est révélé problématique pour les personnes à bas revenus[61] : souvent, celles-ci gagnent si peu que même une légère diminution de leurs revenus les fait plonger dans la précarité. Il faut dès lors, pour compléter les allocations pour perte de gain, des aides immédiates afin de soutenir les personnes exerçant une activité informelle ou précaire (recommandations i et j).

Bonne pratique : Soutien accordé aux travailleurs·euses du sexe

Grâce à une aide financière de l'OFSP, les travailleurs·euses du sexe qui passaient à travers les mailles du filet des aides publiques[62] ont reçu durant la pandémie de COVID-19 le soutien d'une coordination nationale créée par diverses antennes actives dans la défense de leurs droits. Ces personnes ont ainsi bénéficié de conseils et d'une aide d'urgence sous la forme de nourriture, de médicaments, de logements d'urgence et/ou de prise en charge des frais médicaux et des primes de caisses-maladie[63].

Pour atténuer les conséquences indésirables des interdictions de sorties et de visites, telles que l'isolement et la solitude, de nombreux EMS ont créé des possibilités de rencontre supplémentaires à l'interne, que ce soit avec d'autres pensionnaires, avec des membres du personnel de soins ou avec des personnes actives dans la pastorale, la psychologie et la thérapie[64]. Toutefois, ce genre d'initiatives ne devraient pas être laissées au hasard. Les EMS doivent respecter les droits humains ; ils sont donc tenus de contribuer à leur réalisation, même en temps de pandémie, en prenant des mesures appropriées. Pour y parvenir, ils ont besoin de l'aide des communes, des cantons et de la Confédération, que ce soit pour élaborer à titre préventif des plans d'urgence ou pour prendre en charge tout coût supplémentaire occasionné par les mesures prises[65] (recommandation j).

60 Du 17.09.2020 au 18.12.2020, le recul du chiffre d'affaires devait être d'au moins 55 % (OFAS, APG en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus [02.08.2021]). Voir art. 5 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, état au 30.08.2021.
61 Martínez et al., Corona und Ungleichheit, p. 9.
62 ATF 8C_17/2021 du 20.05.2021.
63 Prostitution Collective Reflexion (ProCoRe), Site web et Xenia, Rapport annuel 2020 (02.08.2021).
64 CNE, Soins de longue durée, pp. 7 s.
65 Kuonen et Lenggenhager, Einsamkeit, p. 9. Voir également Commissaire européen aux droits de l'homme, Soutien, 20.03.2020 (12.07.2021) et la recommandation d'Infras, Corona-Krise, p. 16.

Sachant que la pandémie, et les quarantaines en particulier, aggravent les facteurs de risque de la violence domestique, la Confédération et les cantons ont créé une *task force* « Violence domestique et COVID-19 » qui évalue régulièrement la situation sur la base des informations fournies par les autorités de police, les centres cantonaux d'aide aux victimes et les foyers d'accueil[66] (recommandations i et j).

Dans de nombreux cantons, les mesures de lutte contre la pandémie, et en particulier les quarantaines, avaient aussi occasionné de graves problèmes de logement aux personnes hébergées dans des centres pour requérant·e·s d'asile et des centres d'accueil pour personnes sans-abri (exiguïté des locaux, installations sanitaires insuffisantes, par ex.)[67]. L'État a des obligations particulières envers les personnes disposant d'un statut spécial. L'essence des droits humains, comme la dignité humaine et les garanties minimales, est inviolable, même en cas d'urgence[68] : les pouvoirs publics doivent toujours en être conscients au moment de concevoir et de mettre en œuvre des mesures (recommandations i et j).

Aspects procéduraux, évaluation et prévention

Prise de décisions et prévisibilité

Les personnes concernées par une mesure doivent toujours autant que possible être associées à la prise de décisions. Urgence oblige, il suffit au début d'une pandémie de consulter, peut-être même par oral, quelques parties prenantes jouant un rôle important dans le domaine en question. Par la suite, il faut associer à la prise de décisions les personnes directement concernées et celles qui les représentent[69]. Le plan de protection pour les travailleurs·euses du sexe, dont il

66 BFEG, Violence domestique en temps de pandémie, 22.03.2021 (18.10.2021).

67 En particulier dans les cantons d'Argovie, de Bâle-Ville (dans le centre fédéral pour requérant·e·s d'asile de Bâle, par ex.), de Bâle-Campagne (dans le foyer cantonal pour requérant·e·s d'asile de Bottmingen, par ex.), de Berne (dans le centre d'accueil pour sans-abris d'Aarwangen, par ex.) et de Zurich (dans le centre de renvoi d'Urdorf, par ex.). Pour la situation des travailleurs·euses du sexe en quarantaine, voir l'exemple en début de chapitre ; KOPONEN, 47 Prostituierte in Quarantäne, NZZ du 02.09.2020.

68 Voir en particulier l'art. 12 Cst.

69 Recommandation n° 5 de la SWISS NATIONAL COVID-19 SCIENCE TASK FORCE, Vulnerability, p. 2 et explications en p. 4 ; INFRAS, Corona-Krise, p. 16 et CNE, Soins de longue durée, p. 3, note 3.

est question ci-dessus, est un bon exemple d'implication réussie : il a en effet été élaboré par des organisations spécialisées en collaboration avec les personnes intéressées elles-mêmes[70].

Il est également indispensable d'associer des spécialistes du plus grand nombre de disciplines possible à la prise de décisions. Ainsi, un rapport d'évaluation mandaté par l'OFSP recommande aux autorités, dans l'éventualité d'une autre pandémie, d'associer davantage à la prise de décisions des expert·e·s de la santé, de l'action sociale et des sciences sociales[71] (recommandation k).

En outre, une certaine prévisibilité est importante pour que les mesures prises soient mieux acceptées. Les entreprises privées, en particulier, doivent pouvoir planifier leur activité pour assurer leur pérennité. L'exploitation des bars et des restaurants, à nouveau autorisée depuis mai 2020 à condition de respecter un plan de protection[72], a été limitée une fois de plus en hiver 2020, puis interdite peu après[73]. Cette imprévisibilité et ces modifications rapides des bases légales ne sont pas dénuées de problèmes, car elles portent atteinte à la sécurité juridique (recommandation l).

Bonne pratique : Systèmes de feux de circulation

Les systèmes d'alerte utilisés dans de nombreux pays apportent une certaine prévisibilité[74]. L'Autriche utilise ainsi un système de feux de circulation qui symbolise sur une carte les différents niveaux de risques, tant le risque pour la santé publique (risque de transmission) que le risque de surcharge du système de santé (risque systémique)[75]. La Suisse n'avait pas de système d'alerte officiel avant de se doter du modèle des trois phases au printemps 2021[76].

70 Prostitution Collective Reflexion (ProCoRe), Plan de protection et Xenia, Rapport annuel 2020, p. 6. De nombreuses lignes directrices ont aussi été publiées à l'étranger, comme en Allemagne (BesD, Hygienekonzept et au Canada (Butterfly Asian Migrant Sex Workers Support Network et al., Sex Work COVID-19 : Guidelines).

71 Infras, Corona-Krise, p. 15.

72 Art. 6 al. 3, let. b^{bis} ordonnance 2 COVID-19, état au 11.05.2020.

73 Art. 5*a* al. 1 de l'ordonnance du 19.06.2020 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ordonnance COVID-19 situation particulière ; RS 818.101.26), état au 22.12.2020, (abrogée le 26.06.2021).

74 Swiss National Covid-19 Science Task Force, Considerations for an alert system for infectious diseases, focus on COVID-19: a scoping review of tier systems used in other countries and current data, Policy brief du 24.04.2021.

75 Österreichisches Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, Corona-Ampel (08.10.2021).

76 OFSP, Fiche d'information COVID-19 : modèle des trois phases, 21.04.2021.

Clarté des décisions et transparence dans la communication

En Suisse, les critères menant à la fermeture et à la réouverture des différents établissements n'ont pas toujours été clairs[77]. Or, motiver les décisions de ce type en améliore nettement l'acceptation. Sans compter que cette argumentation permet de prendre de meilleures décisions futures, en cela qu'elle peut aussi servir de base de dialogue avec les organisations concernées (recommandation m).

Pour que les mesures soient bien acceptées, il est aussi important que les autorités présentent de façon transparente et adéquate leurs décisions ainsi que toute mesure de soutien[78]. Il faut donc, par exemple, les traduire dans le plus grand nombre de langues possible, y compris en langue des signes et en langage simplifié[79]. Relevons la bonne pratique de l'OFSP, qui a communiqué en langage simplifié à partir du 13 mars 2020 déjà[80] (recommandation m).

Mécanismes de surveillance, de contrôle et de plainte

L'État ne saurait se contenter d'ordonner des mesures, il doit aussi veiller à ce qu'elles soient appliquées. Durant la pandémie, il lui incombe par exemple de veiller à ce que les divers types de homes appliquent les interdictions de visite tout en respectant le principe de proportionnalité. Une enquête réalisée auprès d'EMS et de foyers a en effet révélé certaines mesures disproportionnées : dans 15 % de ces institutions, les proches n'ont pas pu rendre une dernière visite aux personnes mourantes[81] (recommandation n).

Les pouvoirs publics sont aussi tenus de garantir le respect des plans de protection, vitaux pour la santé des travailleurs·euses[82]. Ils doivent à cette fin adopter les mesures qui s'imposent, comme des campagnes d'information – en particu-

77 Les décisions ont ainsi provoqué la grogne des restaurateurs·trices, voir SRF News du 13.08.2020, Berner Corona-Massnahmen (23.11.2021).
78 Recommandation n° 2 de la Swiss National Covid-19 Science Task Force, Vulnerability, p. 1 et explications en pp. 5 ss.
79 Amnesty International, Brot für die Welt, Gesellschaft für Freiheitsrechte et al., Menschenrechte als Kompass, p. 10.
80 Renseignement fourni par courriel par l'OFSP en date du 13.07.2021.
81 Infras, Corona-Krise, p. 56.
82 Art. 6 de la loi fédérale du 13.03.1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, Ltr ; RS 822.11), version du 01.01.2021 ; art. 25 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, état au 26.06.2021 ; et art. 27*a* de l'ordonnance 3 du 19.06.2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 3 Covid-19 ; RS 818.101.24), état au 01.09.2021.

lier sur les lieux de travail informels –, des inspections et une assistance technique afin d'aider les petites entreprises à mettre en œuvre ces plans[83] (recommandation n).

La fonction de surveillance et de contrôle peut être exercée en chargeant des antennes ou des services de médiation de recevoir les signalements anonymes d'infractions aux normes. Dans les pays dotés d'une institution nationale des droits humains, celle-ci a également souvent joué un rôle important, par exemple en recueillant des plaintes ou en se livrant à une analyse critique des nouvelles lois (recommandations n et p).

Bonne pratique : Surveillance en temps de pandémie

En Autriche, l'Institution nationale des droits humains (*Volksanwaltschaft*) a un mandat de surveillance sur les établissements privés et publics qui hébergent des personnes dont la liberté est restreinte, y compris les EMS et maisons de retraite. Si elle a suspendu ses visites de contrôle durant le premier confinement, elle a néanmoins réalisé pendant cette période 166 entretiens téléphoniques avec des prestataires de soins et traité les plaintes concrètes par visioconférence avec les établissements. En outre, elle s'est hâtée de trouver des solutions lui permettant de recommencer les visites, de sorte que les contrôles sur place ont pu reprendre dès le début juin[84].

Toute atteinte aux droits devrait pouvoir être portée devant un tribunal, ce qui n'est pas toujours possible en Suisse[85] (voir le chapitre 1). Dans ce domaine, il est particulièrement important d'informer les personnes vulnérables des mécanismes de plainte, en raison des délais pour faire recours, parfois très brefs (voir le chapitre 6).

Évaluation

Pour s'assurer que les futures mesures contre la pandémie de COVID-19 ou d'autres pandémies respectent autant que possible les droits humains, il faut procéder à une analyse complète, transparente et compréhensible des mesures

83 Swiss National Covid-19 Science Task Force, What can the employee do if the employer does not comply with the protective measures (or plans)?, Policy brief du 25.11.2020.
84 Volksanwaltschaft, Präventive Rechtskontrolle, pp. 11, 14 s. et 29 s.
85 Art. 189 al. 4 Cst.

prises jusqu'ici dans ce domaine[86]. Cette démarche a déjà été amorcée, certains établissements ayant rédigé des comptes rendus des mesures qu'ils ont adoptées[87]. En outre, l'OFSP a mandaté une étude sur la situation des personnes âgées et des personnes en institution durant la crise du coronavirus qui contient une série de recommandations aux pouvoirs publics dans l'éventualité d'une future pandémie[88] (recommandation o).

Enfin – un dernier point, mais non des moindres –, la création d'une Institution nationale des droits humains solide et indépendante peut aider la Suisse à surmonter les pandémies futures tout en respectant les droits de la personne (recommandation p).

Prévention : formation de base et formation continue

Les droits humains contraignent aussi les pouvoirs publics à agir à titre préventif, afin de prévenir les dangers prévisibles ou d'en atténuer les conséquences[89]. L'État doit non seulement poser en temps voulu un cadre légal permettant de lutter efficacement contre les pandémies – ce qu'il a fait en Suisse en adoptant la loi sur les épidémies –, mais aussi approuver des plans sectoriels, pour les établissements de santé et les EMS, par exemple, qui règlent les compétences, les mécanismes de coordination et les mesures de surveillance. Signalons ici que ces mesures de prévention comprennent également la formation de base et la formation continue (des fonctionnaires ou des directeurs·trices d'établissements, par exemple), le fait de garantir des capacités suffisantes dans les établissements de santé et le stockage de matériel de protection en quantité suffisante (recommandation q).

86 Amnesty International, Brot für die Welt, Gesellschaft für Freiheitsrechte et al., Menschenrechte als Kompass, p. 8.
87 Voir le rapport d'activité de la Stiftung Alterszentrum Wengistein, Eine noch nie dagewesen Krise: Covid-19, août 2020.
88 Infras, Corona-Krise, pp. 15 s.
89 Art. 2 al. 1 PIDESC et art. 2 al. 2 PIDCP.

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a Une vaste politique de communication dans le plus grand nombre de langues possible est appliquée, afin que les bases légales en vigueur soient connues.

b La répartition des compétences est clairement définie entre les différents échelons de l'administration (répartition verticale et horizontale, ainsi que positive et négative).

c Les autorités soumettent la proportionnalité des mesures adoptées à un examen périodique et détaillé, fondé sur les dernières connaissances scientifiques.

d On recourt dans la mesure du possible à des mesures modérées plutôt qu'à des interdictions d'ordre général.

e Les plans de protection prévoient des mesures et une assistance supplémentaires pour les travailleurs·euses particulièrement exposé·e·s.

f Les interdictions sont assorties de dérogations qui tiennent compte des particularités de chaque situation.

g Les mesures sont modulées autant que possible en fonction des différences effectives.

h Avant d'adopter de nouvelles dispositions légales ou de les appliquer à un cas concret, les mesures envisagées sont soumises à un examen détaillé afin de s'assurer qu'elles n'entraînent pas de discriminations directes ou indirectes.

i Les autorités favorisent le respect des mesures prises par l'État ainsi que l'atténuation de leurs éventuelles conséquences négatives.

j Les autorités honorent les devoirs de diligence et d'intervention envers les personnes en situation de précarité.

k Les personnes visées et leurs organisations sont associées, dans la mesure du possible, à toute décision les concernant.

l Les autorités présentent des systèmes d'alerte ou des scénarios afin d'augmenter la sécurité juridique.

m Les décisions prises au sujet des mesures et des programmes de soutien sont justifiées et présentées dans un langage et une forme appropriées.

n Les autorités surveillent et contrôlent le respect des mesures ordonnées, notamment dans les établissements hébergeant des personnes particulièrement vulnérables.

o Après la pandémie, la façon dont les droits humains ont été pris en compte est analysée de manière détaillée.

p L'Institution nationale des droits humains est systématiquement associée à la prise de décisions, à la surveillance et à l'évaluation.

q Des mesures préventives sont mises en œuvre dans les domaines de la planification, de la formation et des infrastructures, afin de garantir que les dispositifs de lutte contre de futures pandémies respectent les droits humains.

11 L'aide sociale pour les personnes migrantes : La problématique du « non-recours » à la lumière de la crise du coronavirus

Anne-Laurence Graf

Introduction

Cas pratique : Crainte de perdre le permis C

Mina habite à Zurich et est mère célibataire de deux enfants, Ophélie et Antoine, âgés de 3 et 5 ans. Elle n'a pas trouvé de place en crèche plus de deux jours par semaine pour Ophélie, et Antoine ne va au jardin d'enfants que le matin. Dans l'impossibilité de travailler à plus de 30 % comme agente d'entretien, Mina ne gagne pas suffisamment pour subvenir aux besoins de ses enfants et de son ménage. Néanmoins, réclamer de l'argent au service d'aide sociale est exclu pour elle. Elle préfère demander de l'aide à ses amies, originaires comme elle de Colombie. Quand ses enfants ont faim, elle va chercher de la nourriture auprès d'associations caritatives. Elle préfère trouver ses propres stratégies que prendre le risque de perdre son permis C, durement obtenu après de longues années en Suisse à apprendre le français. C'est déjà arrivé à plusieurs de ses compatriotes. Le risque est trop grand, surtout à l'égard de ses enfants qui n'ont connu que la Suisse. C'est leur pays désormais.

Cas pratique : Emploi perdu à cause de la pandémie

Natacha a perdu son travail à Genève au moment du semi-confinement décrété en Suisse au printemps 2020 pour lutter contre la crise du coronavirus. Natacha s'occupait du ménage et des enfants dans une famille anglaise expatriée. La famille qui l'employait est retournée vivre en Angleterre, sans préavis de licenciement ni indemnités pour Natacha. Celle-ci n'a pas retrouvé de travail au sein d'un foyer car les personnes susceptibles de l'employer travaillent désormais à domicile et ont peur d'une contamination par le virus. Natacha a obtenu un permis B il y a peu, après un programme de régularisation des personnes sans-papiers à Genève (programme Papyrus). On lui a expliqué, à l'époque, qu'une dépendance à l'aide sociale pourrait amener les autorités à lui retirer son autorisation

de séjour. Natacha a vécu pendant plus de 15 années dans la clandestinité et connaît les stratégies pour survivre en ville. Elle préfère encore cela que d'avoir à nouveau peur de la police à chaque croisement de rue dans le cas où elle devrait perdre son autorisation de séjour.

De récentes études, menées à Zurich et Genève, ont montré que de nombreuses personnes, qui ont perdu leur activité lucrative ou une partie de leur revenu tiré d'une activité lucrative en raison de la crise du coronavirus[1], se refusent à demander l'aide sociale[2]. Parmi celles-ci se trouvent des personnes migrantes qui vivaient déjà de manière précaire avant la pandémie.

La crise du coronavirus a mis en lumière, ainsi qu'exacerbé, le paradoxe déjà existant en Suisse du « non-recours à l'aide sociale ». Selon des études, ce phénomène touche une partie non négligeable des bénéficiaires potentiel·le·s, notamment les personnes migrantes qui résident (au bénéfice d'un permis B) ou sont établies (avec un permis C) de manière régulière sur le territoire suisse[3]. Alors que ces personnes ont le *droit* de bénéficier de l'aide sociale[4], véritable filet de sécurité de l'État-providence, une bonne partie d'entre elles, qui vivent pourtant dans des conditions précaires, n'en font *pas la demande*. Les phénomènes de pauvreté et d'exclusion sociale qui en résultent forment un paradoxe dans la mesure où l'aide sociale est précisément conçue pour lutter contre ceux-ci[5].

1 Meier et al., Nichtbezug, p. 4 et p. 22 ; Götzö et al., Datenerhebung, p. 25 ; CSDH, Inégalités ; Duvoisin et al., Étude Parchemins, p. 2 et pp. 5-6 ; Bonvin et al., Grande précarité, pp. 14-17.

2 Meier et al., Nichtbezug, p. 29 ; Götzö et al., Datenerhebung, p. 7 et p. 25 ; Bonvin et al., Grande précarité, p. 4 et p. 6.

3 Le phénomène ne concerne pas seulement les personnes migrantes en Suisse, voir sur la problématique du non-recours en général aux aides étatiques, Lucas, Non-recours, pp. 342-344, de même qu'il s'étend au-delà du pays : Observatoire des non-recours aux droits et services, L'envers de la « fraude sociale ». Le scandale du non-recours aux droits sociaux, Paris 2012.

4 Contrairement aux personnes « sans-papiers » qui sont exclues de l'aide sociale. Les « sans-papiers » peuvent théoriquement demander une assistance au sens de l'art. 12 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Cst. ; RS 101) afin de pouvoir vivre dignement, mais cela implique de s'adresser aux autorités, raison pour laquelle de nombreuses personnes sans autorisation de séjour en Suisse y renoncent.

5 Art. 115 Cst. concernant le devoir d'assistance des personnes dans le besoin par leur canton de domicile.

Analyse

L'explication la plus courante du non-recours aux aides étatiques par les personnes migrantes est la crainte des conséquences pour leur statut juridique sur le territoire suisse et les droits qui en découlent[6]. Le droit des migrations est ainsi, selon de nombreux·euses auteur·e·s[7], au cœur du problème depuis longtemps[8]. Cet aspect aurait toutefois été renforcé par l'introduction récente de l'instrument de la rétrogradation dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) au 1er janvier 2019[9]. La première partie de nos développements sera ainsi consacrée à décrire les conséquences légales, en droit des migrations, d'un recours à l'aide sociale (ou à d'autres aides financières en cas de pauvreté, comme les prestations complémentaires (PC) à l'Assurance-vieillesse et survivants (AVS) et l'Assurance-invalidité (AI)). Dans un second temps, nous analyserons la situation liée au coronavirus à la lumière du cadre légal, en faisant mention de recommandations et bonnes pratiques mises en place dans ce contexte afin de contourner ou plutôt dépasser le paradoxe du non-recours à l'aide sociale par des personnes migrantes. Nous conclurons par des recommandations à l'intention de la Confédération, des autorités migratoires cantonales et des communes en lien principalement avec la crise liée au coronavirus, mais aussi par rapport à la situation ordinaire.

6 Voir inter alia MEIER ET AL., Nichtbezug, pp. 21-23 (« hochbedeutsam ») ; SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 2 ; BONVIN ET AL., Grande précarité, p. 26 ; DUVOISIN ET AL., Étude Parchemins, pp. 12-13. D'autres explications sont la stigmatisation et la honte liées au fait de demander une aide financière (MEIER ET AL., Nichtbezug, p. 7 et p. 23 ; GÖTZÖ ET AL., Datenerhebung, p. 25), ainsi que la non-connaissance des aides existantes (BONVIN ET AL, Grande précarité, p. 4 et pp. 23-24). La difficulté pour certaines personnes migrantes de s'adresser aux autorités compétentes au moment où les guichets physiques ont fermé, lors du semi-confinement, pour être remplacés par un guichet en ligne, a également été évoquée (CSDH, Inégalités).

7 Voir en particulier (avec références) BORELLI ET AL., (Un)Conditional Welfare?, pp. 93-114.

8 BOLZMAN ET AL., La précarité contagieuse. Les conséquences de l'aide sociale sur le statut de séjour des personnes de nationalité étrangère : l'exemple des cantons de Genève et Vaud ; SPESCHA, Bewilligungen können erlöschen, widerrufen oder nicht verlängert werden, Terra Cognita n° 18, 2011, pp. 70–74. Dans une autre perspective, dans sa thèse sur l'aide sociale (dont l'aide d'urgence aux personnes déboutées) aux personnes relevant du domaine de l'asile, Teresia Gordzielik démontre que l'aide sociale est de plus en plus conçue par la Confédération comme un moyen de contrôle de l'immigration en Suisse, GORDZIELIK, Sozialhilfe im Asylbereich: Zwischen Migrationskontrolle und menschenwürdiger Existenzsicherung, Zurich 2020, pp. 83-84.

9 Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (Loi sur les étrangers et l'intégration, LEI ; RS 142.20) ; MEIER ET AL., Nichtbezug, p. 4.

Les conséquences du recours aux aides sociales en droit des migrations

Le recours à des prestations sociales par une personne migrante, qui réside de manière régulière en Suisse, est susceptible d'avoir des conséquences sur la validité et le type de permis de séjour en raison du devoir d'annonce aux autorités migratoires[10], mais aussi sur les conditions à remplir en vue de la naturalisation suisse[11], aspect qui ne sera pas traité. Nous avons choisi en effet de nous focaliser sur les conséquences les plus importantes en pratique du point de vue des droits des personnes concernées, à savoir la révocation de l'autorisation de *séjour* (permis B) ou d'*établissement* (permis C) ainsi que la rétrogradation de l'autorisation d'*établissement* (permis C) en autorisation de *séjour* (permis B), qui affectent, outre le séjour, le travail, le regroupement familial et un éventuel changement de canton.

La révocation ou le non-renouvellement de l'autorisation en cas de dépendance à l'aide sociale

Le recours à l'aide sociale constitue un fondement de la révocation d'une autorisation de séjour (art. 62 al. 1 let. e LEI) ainsi que, depuis le 1er janvier 2019, d'une autorisation d'établissement (art. 63 al. 1 let. c LEI). Dans ce dernier cas de figure, le recours à l'aide sociale doit répondre à deux conditions : être important (« dans une large mesure ») et durable (la personne « dépend durablement »)[12]. Ces deux conditions n'existent pas pour la révocation de l'autorisation de séjour, rendant la révocation d'un permis B plus aisée que celle d'un permis C.

Dans les deux cas (autorisation de séjour et d'établissement), la mesure de révocation est prise, le cas échéant, en vertu d'une « Kann Vorschrift »[13] (« L'autorité compétente *peut* révoquer »)[14]. En d'autres termes, elle n'est pas obligatoire,

10 En vertu de l'art. 82*b* de l'ordonnance du 24.10.2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201), fondé sur l'art. 97 al. 3 LEI, les autorités cantonales chargées de verser les prestations d'aide sociale doivent spontanément communiquer aux autorités migratoires cantonales le versement de telles prestations lorsque la personne est étrangère.

11 Voir KURT, Fast-Tracking Full Citizenship in the Context of the Swiss Integration Stage Model, Working Paper 15 NCCR on the Move, 10.2017.

12 SEM, Directives LEI, ch. 8.3.3.1 ; SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 3, par. 3.

13 SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 3, par. 2.

14 Art. 62 al. 1 LEI (mis en italique par l'auteure). La formulation, inversée, est également celle d'une disposition potestative pour la révocation de l'autorisation d'établissement « ne *peut* être révoquée que dans les cas suivants » (idem).

même lorsqu'une condition prévue par la loi est donnée, et procède donc d'une décision d'appréciation. À l'intérieur de cette marge de manœuvre de l'autorité, le principe de proportionnalité s'applique néanmoins[15], à l'instar de toute mesure prise par une autorité en droit des étrangers (art 96 al. 1 LEI) ou de manière générale par une autorité étatique[16]. Par exemple, le fait que la dépendance à l'aide sociale résulte de la « faute »[17] ou non de la personne est pris en compte, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), pour apprécier le caractère proportionné de la mesure de révocation[18]. Précisons ici qu'avant le 1er janvier 2019, le recours à l'aide sociale, même durable et important, ne pouvait pas fonder la révocation d'une autorisation d'établissement d'une personne étrangère qui se trouvait sur le sol suisse depuis 15 ans de manière ininterrompue et conforme à l'ordre public[19].

Par ailleurs, si l'autorité cantonale n'entend pas révoquer l'autorisation de séjour, sa prolongation (s'agissant d'une personne ressortissant d'un pays extra-européen) est soumise à la procédure d'approbation par le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) « lorsque cette personne fait partie d'un ménage ayant obtenu des prestations d'aide sociale durant les trois dernières années précédant la date d'échéance du titre de séjour pour un montant égal ou supérieur à 50 000 francs s'agissant d'un ménage d'une seule personne, ou à 80 000 francs s'agissant d'un ménage de plusieurs personnes »[20]. Par la procédure d'approbation, le SEM peut donc faire échec au renouvellement – par le canton – d'une autorisation de séjour en raison d'un recours important à l'aide sociale, s'il entend poursuivre de manière cohérente une politique stricte en la matière.

En cas de révocation ou de non-renouvellement du permis de séjour ou d'établissement, les conséquences sont drastiques pour la personne concernée puisqu'elle perd le droit de résider et de travailler en Suisse.

15 Même si selon la doctrine l'examen de la proportionnalité au sens étroit du terme (pesée des intérêts entre l'intérêt public et l'intérêt privé) ne semble pas toujours être fait, du moins de manière conséquente, SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 3.

16 Art. 5 al. 2 Cst. ; art. 8 Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; RS 0.101) (CourEDH, *Hasanbasic c. Suisse*, requête n° 52166/09, 11.06.2013).

17 Cette notion n'est pas toujours simple à apprécier : des critères personnels tels que l'âge, le genre, la formation dans le pays d'origine, doivent aussi être pris en compte. Or, ils ne le sont pas toujours selon SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 13, par. 26.

18 Voir arrêt du TF 2C_519/2020 du 21.08.2020, c. 3.3 ; sur cette problématique de responsabilité individuelle dans le recours à l'aide sociale dans la jurisprudence du TF, dans une perspective de sciences sociales, voir BORELLI ET AL., (Un)Conditional Welfare?, pp. 93-114.

19 Art. 63 al. 2 de l'ancienne loi sur les étrangers (aLEtr) ; SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 6, par. 12.

20 Art. 4 let. g ordonnance du 13.08.2015 du DFJP concernant l'approbation (OA-DFJP, RS 142.201.1).

Le nouvel instrument de la rétrogradation de l'autorisation d'établissement en autorisation de séjour

En outre, depuis le 1er janvier 2019 également, le permis d'établissement peut être rétrogradé en autorisation de séjour lorsque les conditions d'intégration de l'art. 58*a* LEI ne sont plus remplies, à savoir lorsqu'il existe un « déficit d'intégration » selon cette disposition :

> Art. 58*a* Critères d'intégration
> 1 Pour évaluer l'intégration, l'autorité compétente tient compte des critères suivants :
> a. le respect de la sécurité et de l'ordre publics ;
> b. le respect des valeurs de la Constitution ;
> c. les compétences linguistiques ;
> d. la participation à la vie économique ou l'acquisition d'une formation.
> 2 La situation des personnes qui, du fait d'un handicap ou d'une maladie ou pour d'autres raisons personnelles majeures, ne remplissent pas ou remplissent difficilement les critères d'intégration prévus à l'al. 1, let. c et d, est prise en compte de manière appropriée.

Le but de ce nouvel instrument du droit des migrations est, selon l'initiative parlementaire qui en est à l'origine, de veiller à ce que les personnes qui ont reçu une autorisation d'établissement sous l'empire de l'ancien droit (c'est-à-dire sans examen des critères d'intégration) soient soumises de manière constante à l'obligation de s'intégrer. Selon une partie de la doctrine, cela n'est pas sans soulever une certaine contradiction avec l'aspect inconditionnel de l'autorisation d'établissement, par contraste avec l'autorisation de séjour[21]. L'instrument est considéré comme incitatif ainsi que préventif (c'est-à-dire pour contrer les effets à long terme d'une mauvaise intégration). Il s'agit cependant, au final, d'un instrument visant à sanctionner un « déficit d'intégration »[22] en faisant déchoir la personne des droits attachés au statut de l'autorisation d'établissement à ceux, moins favorables, liés à celui de l'autorisation de séjour.

Parmi les critères d'intégration de l'art. 58*a* LEI se trouve la participation à la vie économique (al. 1 let. d LEI). Cette participation est ainsi précisée par l'art. 77*e* al. 1 OASA : « Une personne participe à la vie économique lorsque son revenu, sa fortune ou des prestations de tiers auxquelles elle a droit lui permettent de couvrir le coût de la vie et de s'acquitter de son obligation d'entretien ». L'absence de

21 SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 13, par. 28.
22 SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 13, par. 27.

participation à la vie économique dans ce sens coïncide dans la majeure partie des cas avec un recours à l'aide sociale pour survivre[23], ou à des PC en lien avec une rente AVS ou AI[24]. Dans le nouveau droit, la dépendance à l'aide sociale, en l'absence d'un handicap ou de raisons personnelles majeures qui constitueraient un obstacle à l'exercice d'une activité lucrative (au sens de l'art. 77*f* OASA), est ainsi prise en compte dans le cadre de l'examen des critères d'intégration de la personne, avec la possibilité pour les autorités cantonales migratoires de rétrograder le permis d'établissement en autorisation de séjour.

En d'autres termes, en cas de dépendance importante et durable à l'aide sociale, l'administration cantonale peut soit révoquer le permis d'établissement soit, dans l'hypothèse où la révocation serait disproportionnée[25], le rétrograder en autorisation de séjour, selon l'argument de « qui peut le plus peut le moins »[26]. Par ailleurs, les deux critères de la dépendance durable (aspect temporel[27]) et importante (aspect quantitatif[28]) dans le cadre de la révocation du permis d'établissement ne se retrouvent pas dans le cadre de la rétrogradation en raison du « déficit d'intégration » selon l'art. 58*a* LEI (défaut de participation à la vie économique). On peut logiquement en déduire qu'un recours à l'aide sociale non durable et de manière non importante pourrait ne pas justifier la révocation du permis, mais fonder une rétrogradation du permis d'établissement en permis de séjour par les autorités migratoires cantonales. La rétrogradation a un seuil d'application plus bas que celui de la révocation, parce qu'elle n'implique pas de renvoi de la personne mais une détérioration de son statut juridique.

Cette détérioration du statut (de séjour au lieu d'établissement) se manifeste notamment par les conséquences suivantes en droit des migrations :

23 BENSEGGER, Die Rückstufung, p. 17, par. 23.

24 Il convient de noter que le recours à des PC n'était, sous l'ancien droit, avant le 1er janvier 2019, pas pris en compte au même titre que le recours à l'aide sociale dans le cadre de la révocation.

25 Les autorités n'ont pas de marge de manœuvre sur ce point : s'il existe un motif de révocation et que celle-ci n'est pas disproportionnée, les autorités ne peuvent pas préférer une rétrogradation selon la jurisprudence du TF, BENSEGGER, Die Rückstufung, pp. 18-19, par. 25 ; voir arrêts du TF 2C_782/2019 du 10.02.2020, c. 3.3.4 et 2C_1040/2019 du 09.03.2020, c. 6.2). La procédure d'approbation par le SEM de l'octroi d'une autorisation de séjour en lieu et place d'une autorisation d'établissement révoquée (art. 3 let. g OA-DFJP) semble s'inscrire dans cette logique : si l'approbation est refusée, l'autorisation d'établissement demeure révoquée.

26 BENSEGGER, Die Rückstufung, p. 17, par. 23 et p. 18, par. 24. L'argument se base sur le fait que la révocation entraîne des effets plus importants (la perte du droit de séjour en Suisse) que la rétrogradation.

27 ATF 122 II 1 c. 3c.

28 Sur l'application de ce critère par le TF, voir arrêts TF 2C_831/2017 du 04.04.018 c. 4.1 et 2C_268/2011 du 22.07.2011 c. 6.2.3.

- la menace d'une révocation de l'autorisation de séjour en cas de non-respect de la convention d'intégration accompagnant la mesure de rétrogradation (art. 62 al. 1 let. g LEI)[29], susceptible de mener au renvoi de la personne ;
- des conditions moins favorables au regroupement familial (ce n'est pas un droit selon l'art. 44 LEI, contrairement à ce qui prévaut pour une personne avec une autorisation d'établissement[30])[31];
- des conditions plus strictes pour changer de canton[32].

Le but officiel visé par la rétrogradation est d'inciter la personne concernée à reprendre ou exercer une activité lucrative, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé[33] d'elle, afin de ne plus dépendre de l'aide sociale[34]. De manière concrète, la mesure de rétrogradation peut être accompagnée d'une convention selon l'art. 62*a* OASA ou d'une recommandation d'intégration. En l'absence de convention d'intégration, la mesure de rétrogradation doit au minimum indiquer les conditions auxquelles est subordonnée l'autorisation de séjour de la personne et les conséquences juridiques pour le séjour en cas de non-respect.

La question, débattue en doctrine[35], est néanmoins de savoir si le fait de ne pas remplir un *seul* des critères d'intégration de l'art. 58*a* LEI, à savoir la participation à la vie économique en raison d'une dépendance à l'aide sociale, suffit à justifier une rétrogradation ou si l'appréciation d'un éventuel « déficit d'intégration » doit découler de l'ensemble des critères d'intégration (« Gesamtbetrachtung »)[36]. Il n'existe pas encore, au moment de la publication de ce livre, de jurisprudence fédérale établie sur ce point, ni de données suffisantes en sciences

29 Sous réserve du principe de proportionnalité rappelé à l'art. 77*g* al. 5 OASA.
30 Art. 43 LEI.
31 À noter que l'absence de recours à l'aide sociale est une condition à remplir pour pouvoir bénéficier du regroupement familial avec son/sa conjoint·e et ses enfants mineur·e·s (art. 43 al. 1 let. c et art. 44 al. 1 let. c LEI).
32 Art. 37 al. 2 LEI.
33 Cette appréciation est particulièrement difficile, les réalités concrètes du marché du travail devraient toujours être prises en compte.
34 Fribourg, Tribunal cantonal, 601 2019 165 du 18.12.2019 c. 7.3 : « Dès lors que les recourants ne respectent pas les conditions d'intégration au sens de l'art. 58*a* LEI mais qu'il y a des éléments au dossier qui permettent de penser qu'ils peuvent s'intégrer économiquement par la prise d'un emploi permettant de subvenir aux besoins de la famille et, partant, de ne plus dépendre de l'aide sociale, le Tribunal cantonal estime que les conditions de l'art. 63 al. 2 LEI sont réunies et qu'il y a lieu de remplacer le permis d'établissement par un permis de séjour annuel. »
35 BENSEGGER, Die Rückstufung, pp. 19-22, par. 27-33.
36 En faveur d'une appréciation de l'ensemble des critères d'appréciation : SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 25, par. 60.

sociales sur les pratiques suivies par les autorités cantonales migratoires. La jurisprudence diffère selon les tribunaux administratifs cantonaux[37] : tandis qu'à Zurich, le seul recours à l'aide sociale est jugé suffisant pour une rétrogradation (comme pour une révocation)[38], les tribunaux administratifs du canton de Bâle-Campagne exigent dans les deux cas une appréciation d'ensemble de tous les critères d'intégration[39]. Néanmoins, même dans la jurisprudence zurichoise, le principe de proportionnalité peut faire échouer la mesure de rétrogradation[40].

Au niveau fédéral, un arrêt récent du Tribunal fédéral a affirmé que le principe de proportionnalité exige un « déficit » *d'un certain poids* pour le prononcé d'une mesure de rétrogradation du statut[41]. À cet égard, c'est-à-dire dans le cadre de cet examen de proportionnalité, les éléments antérieurs à l'entrée en vigueur du nouvel instrument de la rétrogradation (1er janvier 2019) ne peuvent être pris en compte que pour éclairer le « déficit d'intégration » *actuel* (à partir du 1er janvier 2019). Le Tribunal fédéral justifie ce point en faisant valoir le fait que le statut juridique a été acquis à un moment où cette mesure de rétrogradation pour « déficit d'intégration » n'existait pas encore[42] (faisant ainsi apparaître en filigrane le principe de sécurité juridique ou de « lien de confiance »[43] invoqué par certain·e·s auteur·e·s en doctrine).

37 Cette même différence cantonale existait déjà en matière de non-renouvellement ou révocation du permis de séjour ou d'établissement, voir PROBST ET AL., Marges de manœuvre cantonales en mutation. Politique migratoire en Suisse, SFM Studies n° 73, Neuchâtel 2019, ch. 7.2.3, p. 122 (qui relève toutefois que seule une minorité de cantons estime une appréciation de la situation globale de l'intégration nécessaire).

38 Jugements du Tribunal administratif du canton de Zurich du 03.12.2020, VB.2020.00343 c. 3.2 et VB.2020.00341 c. 3.2 ; du 12.12.2020, VB.2020.00252, c. 6.2.6.

39 Arrêt de la chambre de droit constitutionnel et de droit administratif du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne du 10.06.2020, 810 19 290, c. 3.3.

40 Par ex. jugement du Tribunal administratif du canton de Zurich du 03.12.2020, VB.2020.00343 c. 2.2 et c. 3.3 (par rapport à la durée totale du séjour en Suisse et la qualité de réfugié de la personne dans le passé).

41 TF, arrêt 6C_667/2020 du 19.10.2021 (composition à 5 juges), c. 5.3 et c. 6.2.

42 TF, arrêt 6C_667/2020 du 19.10.2021 (composition à 5 juges), c. 5.3.

43 KNEER et SCHINDLER, Schutz des Kontinuitätsvertrauens in die Rechtsordnung bei Rückstufung und Widerruf von Niederlassungsbewilligungen, dans : Alberto Achermann et al. (éds.), Annuaire du droit de la migration 2019/2020, Berne 2020, p. 53.

La crise liée au coronavirus et la problématique du non-recours aux prestations sociales par les personnes migrantes

Appréciation in abstracto du recours à des prestations sociales en situation de crise

La crise du coronavirus a aggravé le phénomène du « non-recours » aux aides sociales par des personnes migrantes. En effet, un recours à l'aide sociale, même en temps de crise, est susceptible a priori de mener à une révocation de l'autorisation de séjour ou à une rétrogradation de l'autorisation d'établissement en autorisation de séjour d'une personne. Une révocation directe de l'autorisation d'établissement ne paraît pas juridiquement fondée en cas de crise comme celle liée au coronavirus en raison du fait que le critère du caractère durable du recours à l'aide sociale selon l'art. 63 al. 1 let. c LEI ne serait pas rempli, une crise n'étant par nature – et en principe – pas durable. Toutefois, une rétrogradation du permis C en permis B pourrait être une première étape vers la révocation de l'autorisation de séjour en raison de la dépendance à l'aide sociale.

Dans tous les cas, quelle que soit la mesure envisagée en droit des migrations, le principe de proportionnalité doit être réservé et surtout correctement appliqué. Ce précepte vaut en temps ordinaire comme en temps de crise. Ainsi, la situation liée au coronavirus devrait être prise en considération dans la mise en œuvre du principe constitutionnel de la proportionnalité d'une mesure en droit des personnes étrangères.

La proportionnalité au sens étroit du terme implique qu'une pesée des intérêts soit réalisée entre l'intérêt public à ce que la personne soit renvoyée (révocation) ou fortement incitée à reprendre une activité économique (rétrogradation) et l'intérêt privé de la personne à conserver son statut migratoire actuel. Pour l'appréciation de cet intérêt privé, l'autorité a égard aux circonstances individuelles (durée de séjour en Suisse, autres marqueurs d'intégration, responsabilité ou « faute » individuelle de la personne dans le recours à l'aide, etc.). Or, la crise du coronavirus a ceci de particulier qu'elle a touché l'ensemble de la population, mais surtout la plus précaire en exacerbant les inégalités sociales[44]. La responsabilité individuelle n'est donc que peu impliquée compte tenu de l'ampleur de la crise. Dans ce sens, la conseillère fédérale Karin Keller-Sutter a précisé en mai 2020 qu'un recours à l'aide sociale qui ne dépendait pas du comportement de

44 Voir CSDH, Inégalités.

la personne mais uniquement de la crise ne devait pas peser négativement sur le statut juridique de la personne[45]. Ainsi, la notion de responsabilité de la personne dans sa dépendance à l'aide sociale, ne devrait pas, dans un contexte de crise (collective), être utilisée par le Tribunal fédéral de manière stricte[46].

L'examen de la proportionnalité doit également considérer l'adéquation de la mesure au vu du but à atteindre : dès lors que la rétrogradation n'est pas en mesure d'amener la personne à reprendre ou prendre part à la vie économique, elle n'apparaît pas proportionnée[47], malgré la marge de manœuvre des autorités cantonales. La crise liée au coronavirus, comme on l'a mentionné, ne tient pas à des circonstances individuelles mais comporte une dimension collective importante qui empêche, selon nous, de considérer que la personne pourrait être incitée, par une mesure de sanction, à reprendre une activité économique (recommandations d et g).

Le principe de proportionnalité devrait donc jouer un rôle capital pour apprécier les conséquences du recours à l'aide sociale des personnes migrantes directement en lien avec la situation du coronavirus. Par ailleurs, la révocation comme la rétrogradation ne doivent pas être obligatoirement prononcées, selon la lettre de la loi. Les autorités migratoires cantonales sont donc en mesure d'utiliser leur marge de manœuvre pour ne pas prononcer de sanctions en raison d'une dépendance à l'aide sociale passagère et causée par une crise sans précédent. La marge de manœuvre sert précisément à insuffler une certaine direction politique à un texte de loi figé (recommandation c). Il semble par ailleurs nécessaire de communiquer à la population migrante la manière dont l'autorité cantonale entend utiliser sa marge de manœuvre.

Recommandations des autorités en ce qui concerne la marge de manœuvre des cantons

Le SEM a, dans une directive du 9 novembre 2020, encouragé les autorités migratoires cantonales à « tenir compte du fait qu[e la dépendance de l'aide sociale] puisse avoir été occasionnée ou prolongée à cause de la situation liée à la pandémie et de ses conséquences » dans la mise en œuvre de la LEI et des mesures

45 Citée par SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 20, par. 48.
46 Par rapport à la jurisprudence du TF en temps ordinaire, voir SPESCHA, Ausländische Sozialhilfebeziehende, p. 25, par. 61.
47 BENSEGGER, Die Rückstufung, p. 22, par. 34.

de sanction évoquées. Dans le même sens, la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) a pris position par rapport aux conséquences pour les personnes étrangères du recours à l'aide sociale en temps de pandémie. Elle a ainsi recommandé que l'obligation d'annonce aux autorités migratoires des autorités chargées de verser l'aide sociale (art. 97 al. 3 LEI) soit mise en œuvre de telle manière que l'octroi d'aides pendant la crise du coronavirus soit précisé comme tel pour ne pas entraîner de conséquences négatives sur leur statut[48].

Il ne s'est agi cependant que de recommandations à l'intention des cantons. La Commission fédérale des migrations (CFM) a regretté à cet égard que la loi COVID-19 ne mentionne pas explicitement le fait que l'octroi d'aides financières en lien avec la crise du coronavirus ne doit pas avoir de conséquences préjudiciables pour l'appréciation de l'intégration de la personne dans le cadre de la LEI (recommandations a et b)[49]. Par ailleurs, une initiative parlementaire de la conseillère nationale socialiste Samira Marti déposée le 18 juin 2020, en pleine crise du coronavirus, propose de modifier la LEI de manière à ce qu'une autorisation de séjour ou d'établissement ne puisse que très difficilement être révoquée après 10 ans de séjour légal ininterrompu en Suisse[50]. La parlementaire vise précisément le cas du recours à l'aide sociale qui ne devrait plus fonder, après cette période, de révocation. Alors que la Commission des institutions politiques du Conseil national a décidé, en mai 2021, d'y donner suite, la même Commission du Conseil des États a, pour sa part, décidé en novembre 2021 de ne pas y donner suite.

Plusieurs autorités migratoires cantonales ont ainsi explicitement formulé leur position s'agissant des conséquences du recours à l'aide sociale en raison de la crise du coronavirus sur le statut de séjour des personnes étrangères. Ainsi, le canton d'Argovie a insisté sur le principe de proportionnalité, qui devrait en règle générale conduire à ce qu'une autorisation ne soit pas révoquée si le recours à l'aide sociale est la conséquence directe de la crise du coronavirus[51]. Le

48 CSIAS, Recommandations concernant l'aide sociale pendant les mesures contre l'épidémie, 23.10.2020, ch. 4.5.

49 CFM, Vernehmlassung, p. 4 : « Aus der Sicht der EKM würde ein zusätzlicher Abschnitt im COVID-19-Gesetz dazu beitragen, im Bereich der Integration Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen: Allfällige Defizite, die auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind, dürfen nicht zu Ungunsten der Personen ausgelegt werden, die von migrationsrechtlichen Entscheiden betroffen sind ».

50 Initiative parlementaire Marti 20.451 du 18.06.2020 « La pauvreté n'est pas un crime ».

51 Departement Volkswirtschaft und Inneres, Kanton Aargau, Sozialhilfebezug während der Corona-Krise (01.10.2021).

canton d'Uri s'est prononcé dans le même sens. Il a notamment précisé qu'un recours à l'aide sociale pendant la crise liée au coronavirus ne correspond pas à un « déficit d'intégration » susceptible de mener à une rétrogradation du statut[52].

Bonnes pratiques au niveau des villes

Certaines villes ont mis en place, dans le contexte de la crise liée au coronavirus, un système d'aides explicitement ciblé vers les personnes migrantes, de manière parallèle au système classique de l'aide sociale, en raison précisément du paradoxe du « non-recours ».

La ville de Zurich a fait état de ce paradoxe en indiquant que le système de couverture sociale avait été amélioré les années précédentes mais que la pandémie du coronavirus avait rendu visible une pauvreté jusque-là inconnue, se manifestant par de longues files d'attente devant les lieux de distribution de denrées gratuites[53]. Pour remédier à ce phénomène concernant les personnes migrantes, la ville de Zurich a mis en place une aide spécifique dans le cadre d'un projet-pilote lié à la crise du coronavirus.

52 Conseil exécutif du canton d'Uri, extrait du procès-verbal du 23.06.2020, Kleine Anfrage Adriano Prandi, Altdorf, zu «Keine Nachteile wegen Corona- Sozialhilfe», Antwort des Regierungsrats.

53 Ville de Zurich, Neue «Wirtschaftliche Basishilfe» hilft Armut in Zürich zu verhindern, communiqué de presse du 10.05.2021, ; voir aussi Freuler, Mittellos im reichen Zürich: Herr Golta, wie viel Not kann die wirtschaftliche Basishilde lindern? (02.09.2022).

Bonne pratique : Projet-pilote Wirtschaftliche Basishilfe (aide économique de base) de la ville de Zurich

La ville de Zurich a mis en place, dans le contexte de la crise liée au coronavirus, une aide de transition pour des situations urgentes de pauvreté accrue. Cette aide est destinée tant aux personnes sans droit à l'aide sociale (comme les personnes « sans-papiers ») qu'aux personnes avec un permis B ou C craignant des conséquences sur leur statut migratoire. Dans le cadre de ce projet-pilote (prévu pour une période de 18 mois), l'organisation non-gouvernementale Caritas propose par exemple une aide pour les familles qui résident régulièrement depuis au moins cinq ans en Suisse dont deux dans la ville de Zurich (cette partie du projet-pilote ne concerne donc pas les « sans-papiers »). Cette aide aux familles fournie par l'intermédiaire de Caritas consiste, outre des prestations de conseil, en une aide financière temporaire subventionnée par le Département des affaires sociales de la ville de Zurich. Cette aide étant fournie par Caritas et non directement par l'autorité cantonale chargée de verser les prestations sociales, il n'y a pas d'obligation d'annonce selon l'art. 97 al. 3 LEI aux autorités migratoires cantonales (recommandations e et i). Quant au montant de cette aide, il s'agit d'un montant inférieur à l'aide sociale classique mais proche de l'aide d'urgence fournie aux personnes déboutées de leur demande d'asile.

Une autre stratégie pour contrer le paradoxe du non-recours à l'aide sociale par les personnes migrantes a été mise en place par la ville de Berne dans le contexte de la crise du coronavirus. Il s'agit essentiellement d'informer de manière adéquate la population migrante (recommandations f et h)[54].

54 Voir SERVICE D'AIDE SOCIALE DE LA VILLE DE BERNE, Corona und Sozialhilfe – Informationen in einfacher Sprache ; CONSEIL COMMUNAL DE LA VILLE DE BERNE, Corona und Sozialhilfe: Informationen für Menschen in Not, communiqué du 20.05.2021.

Bonne pratique : Informations à l'intention des personnes migrantes (ville de Berne)

Le service d'aide sociale de la ville de Berne, en collaboration avec le service des habitants, de la migration et de la police des étrangers (« Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei ») et le service des questions de migration et de racisme (« Fachstelle für Migrations- und Rassismusfragen »), a établi une feuille d'information à l'intention des personnes migrantes en situation de pauvreté en raison de la crise liée au coronavirus. Cette feuille d'information est formulée dans un langage simple et traduite dans 11 langues, les plus couramment parlées en ville de Berne. Il s'agit d'informer sur le droit à l'aide sociale et d'inciter les personnes à se faire conseiller sur l'aide sociale sans crainte. Ainsi, une des remarques sur la feuille en français est : « Le premier entretien n'a aucune conséquence pour vous » ainsi que « Le service social protège vos informations ». Par ailleurs, un encadré rouge précise clairement: « Important : *vous avez besoin d'argent de l'aide sociale à cause du coronavirus* ? Vous ne perdez *pas* votre autorisation de séjour » (en gras dans le texte original). La feuille précise cependant que le service social doit informer les services de contrôle des habitants de la ville de Berne mais que si l'aide sociale est uniquement nécessaire en raison de la crise du coronavirus, l'autorisation de séjour peut « malgré tout » être prolongée.

D'autres villes, comme Genève, ont mis en place dès le début de la crise du coronavirus un dispositif d'aide d'urgence en nature en collaboration avec des organisations caritatives (hébergements d'urgence, distribution de nourriture, numéro d'urgence Solidarité Urgence sociale, etc.)[55]. Ce dispositif ne fait pas la distinction entre les personnes migrantes qui auraient un droit à l'aide sociale et celles qui n'y ont pas droit comme les « sans-papiers ». Le dispositif vise en effet toutes les personnes vulnérables.

Conclusion

La crise sociale liée au coronavirus a mis en lumière une réalité déjà connue : le non-recours par les personnes migrantes à l'aide sociale en raison notamment des conséquences sur leur statut migratoire, phénomène qui semble avoir été

55 Ville de Genève, Enjeux sociaux liés au Covid-19: Plan d'actions du Département de la cohésion sociale et de la solidarité, 11.2020 ; Bonvin et al., Grande précarité, p. 8.

renforcé par la nouvelle mouture de la LEI, qui permet la révocation d'un permis d'établissement et sa rétrogradation en autorisation de séjour. La crise du coronavirus est ainsi l'occasion de s'interroger sur les solutions à apporter à un paradoxe qui met à mal le but poursuivi par l'aide sociale et, par un phénomène de spirale[56], l'intégration à long terme des personnes. Des solutions développées dans le contexte de la crise liée au coronavirus par certaines communes pour dépasser ce paradoxe ont abouti à mettre en place des systèmes d'aide parallèles qui ont une caractéristique importante : ces systèmes ne comportent pas de devoir d'annonce aux autorités migratoires. Ils n'ont donc pas de conséquences sur les permis de séjour ou d'établissement. Par ailleurs, le principe de proportionnalité, au cœur de l'activité étatique en lien avec les mesures de contrôle de l'immigration, devrait être mis en œuvre de manière à prendre en compte les situations exceptionnelles comme celle liée au coronavirus. Ces solutions en temps de crise devraient inspirer la pratique et le droit en relation avec l'aide sociale aussi en temps ordinaire.

Recommandations

La mise en œuvre des recommandations suivantes permet de renforcer la protection des droits humains en Suisse.

Dans un contexte de crise (notamment liée au coronavirus)

À la Confédération

a La loi COVID-19 prévoit expressément l'absence de conséquences en matière de révocation, de non-renouvellement ou de rétrogradation du permis de séjour ou d'établissement en raison d'une dépendance à l'aide sociale pendant ou en raison de la crise liée au coronavirus.

56 Meier et al., Nichtbezug, p. 18.

b La loi COVID-19 consacre l'absence de devoir d'annonce par les autorités chargées de l'aide sociale aux autorités migratoires lorsque le recours à l'aide sociale est directement lié à la situation de crise du coronavirus.

Aux autorités migratoires cantonales

c La marge de manœuvre dans le cadre des articles 62 et 63 LEI est utilisée afin de ne pas sanctionner par la révocation ou la rétrogradation du statut migratoire un recours à l'aide sociale en raison d'une situation de crise (notamment liée au coronavirus).

d Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la mesure de révocation ou de rétrogradation, il est tenu compte de la dimension collective de la crise. La « faute » ou la « responsabilité individuelle » du recours à l'aide sociale en raison d'une crise (notamment liée au coronavirus) n'est en principe pas retenue.

Aux cantons et communes

e Des aides temporaires et alternatives à l'aide sociale sont envisagées pour la population migrante dans le contexte d'une crise (notamment liée au coronavirus), sans devoir d'annonce des données de la personne aux autorités migratoires.

f La qualité et l'accessibilité de l'information relative aux conséquences du recours à l'aide sociale sont spécifiquement adaptées à l'intention de la population migrante et de la situation de crise (notamment liée au coronavirus). En particulier, un premier entretien avec l'administration chargée de l'aide sociale, destiné à informer la personne de ses droits en matière d'aides et des éventuelles conséquences sur son statut migratoire, a lieu sans transmission des données aux autorités migratoires.

En situation ordinaire

Aux autorités migratoires cantonales

g La notion de « faute » ou de « responsabilité individuelle » dans le recours à l'aide sociale est appréciée de manière souple afin de ne sanctionner que les cas flagrants.

Aux communes

h La qualité et l'accessibilité de l'information relative aux conséquences du recours à l'aide sociale sont spécifiquement adaptées à l'intention de la population migrante. En particulier, un premier entretien avec l'administration chargée de l'aide sociale, destiné à informer la personne de ses droits en matière d'aides et des conséquences sur son statut migratoire, a lieu sans transmission des données aux autorités migratoires.

i Des solutions temporaires et alternatives à l'aide sociale sont envisagées en cas de pauvreté accrue parmi la population migrante, sans devoir d'annonce des données de la personne aux autorités migratoires.

12 Le droit de participation de l'enfant durant la pandémie de coronavirus

Sandra Hotz

Introduction

Cas pratique : Azrah

Azrah a 13 ans. Elle vit avec son petit frère de 10 ans et sa mère, qui travaille dans un hôpital. En raison de la pandémie, les écoles ferment l'après-midi et les enfants restent à la maison. Avant, leur grand-père, âgé de 74 ans, s'occupait d'eux, mais comme il fait partie des personnes vulnérables, il ne peut plus le faire. L'après-midi, Azrah doit suivre l'enseignement à distance tout en gardant seule son petit frère. Elle a plusieurs fois par semaine des devoirs de grammaire notamment. L'enseignement en ligne a été mis sur pied sans que les élèves soient consulté·e·s. Or, c'est très difficile pour Azrah de tout faire en même temps : suivre les cours en ligne, faire ses devoirs et s'occuper de son petit frère. Et comme sa mère travaille davantage en raison de la pandémie, elle doit encore assumer des tâches ménagères. Elle ne parvient souvent pas à terminer ses devoirs de français, ce qui lui vaut des remontrances de la part de son enseignante. Azrah en est d'autant plus frustrée qu'elle aime beaucoup cette matière et aimerait faire de bonnes notes. De plus, la pandémie est source pour elle d'une autre préoccupation : elle aimerait se faire vacciner. Son grand-père approuve, mais sa mère est contre, ce qui désécurise Azrah. Peut-elle le faire même sans l'accord de sa mère ?

Ce cas pratique fictif montre les répercussions que le confinement a pu avoir sur les familles et comment les mesures de lutte contre la pandémie ont entravé l'exercice, par des enfants comme Azrah, de leur droit de participation. Étant donné que l'enseignement à distance a été mis sur pied sans consulter Azrah, elle n'a pas pu indiquer à son enseignante qu'elle avait besoin de plus de temps pour faire ses devoirs, mais qu'elle poursuivait en revanche chaque soir sa lecture obligatoire. Pour ce qui est de la vaccination contre le COVID-19, Azrah devrait en être informée d'une manière adaptée à son âge, afin qu'elle puisse se forger sa propre opinion. Concernant le fait de se faire vacciner ou non, elle aimerait pouvoir en décider elle-même.

Un tel cas se situe à la croisée de trois domaines essentiels de la vie d'un enfant : la santé, la famille et l'instruction. Or, l'article 12 CDE[1] garantit aux enfants le droit de prendre part à toutes les décisions concernant ces domaines[2]. Ce droit ne dépend pas de leur capacité de discernement et ne se limite pas à leur droit d'être entendus durant les procédures de séparation ou de protection de l'enfant[3]. Il comprend au contraire plusieurs formes de participation à une procédure : le droit d'être informé, d'être présent lors de l'audience, de se forger et d'exprimer librement son opinion ; le droit d'être entendu et celui de ne pas être entendu ; enfin, le droit d'être accompagné et représenté[4]. Le droit de participation n'est pas un acte posé une fois pour toutes, mais un processus dans lequel l'avis de l'enfant doit être pris en compte en tout temps (avant, pendant et après la procédure)[5]. Le cas fictif présenté ci-dessus a aussi comme objectif de montrer que les droits de participation de l'enfant s'appliquent à plusieurs échelons : individuel (familial et médical), institutionnel (école, hôpital et cabinets médicaux) et politique (« conseil des enfants » en temps de pandémie).

Les droits de l'enfant, tels que la préservation de leur santé, le bien supérieur de l'enfant et son droit de participation, restent valables même durant une crise comme celle du COVID-19 (voir le chapitre 10)[6]. La participation des enfants est indispensable pour déterminer leurs intérêts, en particulier lorsque des mesures de protection prises par les pouvoirs publics (fermeture partielle des classes, port obligatoire du masque et vaccination, par exemple) peuvent toucher leur droit à la santé, à l'instruction et aux loisirs ou entrer en conflit avec les droits de leurs parents. De nombreux instruments internationaux règlementent le respect et la protection des droits fondamentaux durant une pandémie[7], mais ils n'abordent pas le respect des droits de l'enfant. Les droits fondamentaux des enfants ne peuvent être limités que si la loi prévoit une telle possibilité, si l'in-

1 Convention internationale du 20.11.1989 relative aux droits de l'enfant (Convention des droits de l'enfant, CDE ; RS 0.107).
2 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 14.
3 Art. 298 du code de procédure civile du 19.12.2008 (code de procédure civile, CPC ; RS 272) ; art. 314*a* du code civil suisse du 10.12.1907 (code civil, CC ; RS 210) ; art. 1 al. 2 de l'ordonnance du 19.10.1977 sur le placement d'enfants (ordonnance sur le placement d'enfants, OPE ; RS 211.222.338) ; voir aussi le chapitre 3.
4 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 1.
5 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, pp. 20 s.
6 Comité CDE, Covid Statement, 08.04.2021, cf. 1 (in fine), p. 23.
7 Voir art. 4 du Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte civil, PIDCP ; RS 0.103.2) qui permet de limiter des droits pour le bien commun ainsi qu'art. 15 de la Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; RS 0.101). À noter que le droit à la vie et l'interdiction de la torture (art. 3 CEDH) ainsi que les garanties procédurales (art. 6 CEDH) ne peuvent être restreintes.

térêt public l'exige et si la mesure est proportionnée. De plus, l'essence de ces droits est intangible (voir le chapitre 10) : c'est sur la base de la Constitution fédérale, qui leur octroie des compétences particulières en situation d'urgence, que le Conseil fédéral et les gouvernements cantonaux ont agi[8] et c'est sur la base de la loi sur les épidémies que Berne a adopté les ordonnances COVID-19[9]. Les cantons ont appliqué leurs stratégies de protection dans les écoles pour l'année scolaire 2021-2022 et ont légiféré en vertu de l'ordonnance COVID-19 situation particulière et de la loi sur les épidémies.

En avril 2020, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a lancé un appel à la communauté internationale, demandant que les enfants soient informés de la situation et qu'ils soient associés aux décisions prises pour lutter contre la pandémie[10]. Il rappelait que dans le domaine de la santé, le droit de participation de l'enfant comprend le droit d'être informé de manière compréhensible et adaptée à son âge sur les questions de santé et de participer aux décisions, et que ce droit s'applique également à la vaccination contre le COVID-19 et aux éventuels traitements contre cette maladie. Pour ce qui est de l'instruction, le comité souligne entre autres l'importance de la participation lors de l'organisation de l'enseignement en ligne, qui doit prendre en compte les potentielles inégalités[11] : le personnel enseignant ne pouvant souvent pas savoir de quoi est fait le quotidien des enfants, les retours de ces derniers sont déterminants. Toutes les familles n'ont en effet pas les mêmes possibilités d'aider leurs enfants à suivre l'enseignement à distance. Pour prendre en compte cette réalité, il faut écouter les enfants et les associer activement à l'organisation de l'enseignement en ligne. Dans sa déclaration, le comité aborde donc les droits de l'enfant et le droit de participation par rapport surtout au port du masque, à la vaccination et aux tests ainsi qu'aux fermetures partielles ou totales d'établissements scolaires[12].

8 Art. 36 al. 1 phrase 2 et art. 185 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (Constitution fédérale, Cst. ; RS 101).

9 Art. 6 al. 2 let. a et b ainsi qu'art. 40 de la loi fédérale du 28.09.2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp, RS 818.101) ; en Suisse, la situation particulière a été décrétée le 16.03.2020, en vertu de l'art. 7 LEp, et levée le 24.06.2020. Selon l'ordonnance du 23.06.2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ordonnance COVID-19 situation particulière ; RS 818.101.26), état au 13.01.2022, l'obligation de porter un masque facial prévue à l'art. 6 s'appliquait dans les écoles du degré secondaire II en vertu de l'art. 2 al. 2 alors que l'art. 2 al. 1 donne aux cantons la compétence générale de légiférer conformément à la LEp, y compris dans le domaine de la scolarité obligatoire (art. 2 al. 2). L'obligation fédérale de porter un masque facial ainsi que les restrictions d'accès aux installations, établissements ou manifestations, adoptées en vertu de l'art. 3*a*, ne s'appliquent qu'aux personnes de 16 ans révolus. Le 22.01.2022, cette ordonnance COVID-19 a toutefois été modifiée (RO 2022 21).

10 Comité CDE, COVID-19 Statement, p. 23.

11 Comité CDE, COVID-19 Statement, p. 3.

12 OMS, Bureau régional de l'Europe, Schooling during COVID-19, p. 3.

Le présent chapitre réunit des analyses juridiques sur l'application du droit de participation des enfants et des adolescent·e·s prévu à l'article 12 CDE ainsi que les résultats d'études empiriques menées en Suisse sur la santé, l'instruction et la vie numérique des enfants et des jeunes durant la pandémie de COVID-19.

Analyse

Santé des enfants en temps de coronavirus

Droit de jouir du meilleur état de santé possible

Les enfants, c'est-à-dire toutes les personnes de moins de 18 ans (art. 1 CDE), ont le droit « de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation » (art. 24 CDE)[13]. Cela inclut des services appropriés de prévention, de promotion de la santé et de réadaptation et des services curatifs et palliatifs, assurés en temps voulu, tout comme le droit pour l'enfant de grandir et de se développer au maximum de son potentiel[14]. Cette notion se fonde sur la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui considère la santé comme étant un « état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consistant pas seulement en une absence de maladie […][15] ». S'y ajoute l'obligation fondamentale de préserver les intérêts supérieurs de l'enfant (art. 3 CDE, art. 11 Cst.), intérêts qui comprennent la santé et le développement de l'enfant[16].

À l'échelle nationale, le droit de l'enfant à un sain développement et à l'épanouissement figure parmi les buts sociaux de la Constitution (art. 41 al. 1 let. b Cst.). Si ce droit n'implique aucun droit subjectif à des prestations de l'État (al. 4), il est toutefois possible en Suisse de faire valoir en justice le droit qu'a chaque enfant à des soins de santé élémentaires, en se fondant sur le droit d'obtenir de

13 Fondé également sur l'art. 10 ch. 3 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (Pacte social, PIDESC ; RS 0.103.1) ; bien que la CEDH ne protège pas le droit à la santé en tant que tel, il s'agit là d'un droit fondamental reconnu depuis longtemps ; voir aussi l'art. 11 par. 3 de la Charte sociale européenne de 1961, qui consacre le droit à la protection de la santé et à la prévention des épidémies et autres maladies (charte que la Suisse a signée en 1976, mais pas encore ratifiée).

14 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 42.

15 Constitution de l'OMS, 1948.

16 Aussi en vertu de l'art. 12 PIDESC : CourEDH, Grande Chambre, *Vavřička et autres c. République tchèque*, requêtes n° 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 et 43883/15, 08.04.2021, par. 129.

l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.[17]) et, plus précisément pour les enfants, sur l'article 11 alinéa 1 Cst.[18]. Les parents (ou les représentant·e·s légaux·ales) sont au demeurant responsables de la prise en charge médicale des enfants, dans le cadre de leur devoir de diligence[19].

En 2013, le Comité des droits de l'enfant a précisé que les États membres devaient aussi prendre en compte les évolutions suivantes afin de protéger le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible[20] :

- pandémies de grippe,
- soins de santé mentale,
- nouvelles technologies telles que vaccins et médicaments[21],
- disponibilité de vaccins contre les maladies infantiles courantes[22] et
- déterminants structurels, tels que la situation économique et financière mondiale, la pauvreté, le chômage, les migrations et les déplacements de population ainsi que les discriminations.

En avril 2020, le Comité des droits de l'enfant a mis en garde contre les graves conséquences de la pandémie sur la santé, notamment psychique, des enfants. Il a appelé la communauté internationale à veiller aux droits de l'enfant et à les protéger : toutes les mesures adoptées pour maîtriser la situation doivent prendre en compte la santé des enfants et ne sont licites qu'à condition d'être nécessaires, proportionnées et le moins incisives possible. Malgré la pression croissante sur les systèmes de santé et les ressources limitées, les enfants devraient continuer à avoir accès aux soins de santé, y compris aux tests, à la vaccination, aux traitements médicaux contre le COVID-19 ainsi qu'aux autres traitements, aux services psychologiques ainsi qu'aux traitements des pathologies préexistantes. De plus, les États membres doivent faire preuve de créativité pour trouver des solutions afin que les enfants jouissent, même en temps de pandémie, de leur droit au repos, aux loisirs, à la détente et aux activités culturelles et artistiques[23].

17 Steffen, Soins essentiels, pp. 7 ss.
18 Hotz, Kinder im Verfahren, ch. m. 7.27, 4.127 et 4.145.
19 Schwenzer et Cottier, BSK, Art. 301 ZGB n. m. 5 ; Cantieni et Vetterli, ZGB-Kuko, Art. 301 ZGB n. m. 2 ; Chappaz, Nanchen et Voutat, Mineurs et vaccination, p. 25.
20 Comité CDE, Santé 2013, p. 2.
21 Comité CDE, Santé 2013, p. 6.
22 CourEDH, *Vavřička et autres c. République tchèque*, requête n° 47621/13, 08.04.2021, par. 133.
23 Comité CDE, COVID-19 Statement.

L'OMS a établi que l'interruption des services de santé habituels frappait de manière particulièrement forte certains enfants et adolescent·e·s. De plus, la fermeture des écoles a eu des répercussions très graves en termes d'accès des jeunes aux services de prévention ; il faut savoir par exemple que de nombreux·euses adolescent·e·s souffrant de troubles psychiques n'ont accès à ces services que dans le cadre scolaire[24].

Données empiriques suisses

On dispose maintenant des résultats de nombreuses études empiriques qui montrent que les enfants et adolescent·e·s vivant en Suisse ont aussi souffert, ou souffrent encore, des conséquences de la pandémie, un facteur important de détresse psychologique pour les élèves[25]. Durant la crise du coronavirus, de nombreux·euses jeunes hébergé·e·s dans des services de protection de l'enfance et de la jeunesse n'ont plus pu rentrer à la maison le week-end par exemple, ou ont vu les visites limitées, quand elles n'étaient pas interdites[26]. Les données font état d'une augmentation de la proportion de jeunes traité·e·s dans des structures résidentielles en psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent[27].

Une étude menée dans le canton de Zurich a révélé que depuis la fermeture des écoles, la part des jeunes satisfait·e·s de leurs amitiés et de leur santé a diminué. Elle laisse supposer qu'à long terme, la fermeture des installations de sport et de loisirs nuit à la santé de cette population. En janvier 2021, une élève sur deux et un peu plus d'un élève sur quatre disaient souffrir de problèmes émotionnels. Les effets négatifs sont particulièrement marqués chez celles et ceux qui allaient déjà mal avant la crise[28]. Ces résultats empiriques expliquent qu'un certain consensus semble s'être dégagé à l'échelle tant internationale que nationale : garder les écoles ouvertes doit être un objectif primordial si l'on veut garantir le droit à la santé des enfants et des adolescent·e·s[29], et les stratégies de test constituent un moyen d'atteindre cet objectif[30].

24 OMS, Orientations provisoires dans le cadre de la COVID-19, p. 26.
25 Stocker et al. Schlussbericht psychische Gesundheit, p. 15.
26 Stocker et al. Schlussbericht psychische Gesundheit, p. 8.
27 Stocker et al. Schlussbericht psychische Gesundheit, p. 64.
28 Baier et Kamenowski, Jugend in der Pandemie, p. 11.
29 OMS, Bureau régional de l'Europe, Schooling during COVID-19, p. 3 ; ECDC, Covid-19 in children and the role of school settings, p. 4 ; CNE, Prise de position du 08.09.2021, pp. 5 ss et Swiss National COVID-19 Task Force et al., Massnahmen in Schulen, (15.01.2022).
30 OMS, Bureau régional de l'Europe, Schooling during COVID-19, p. 4.

Le Comité des droits de l'enfant se dit préoccupé, dans le rapport qu'il a adressé à la Suisse en octobre 2021, « par le fait que le nombre d'enfants vivant dans la pauvreté reste élevé » et par le fait que les enfants menacés par la pauvreté, les enfants en situation de handicap et ceux vivant en institution ou sans domicile fixe soient particulièrement discriminés[31]. Or, la situation de cette population s'est encore aggravée avec la pandémie. Concrètement, le comité recommande par exemple à la Suisse de « veiller à ce que soient collectées et analysées des données sur l'état de santé des jeunes de moins de 14 ans » et des enfants défavorisés également[32].

Droit à l'éducation en temps de coronavirus

Objectifs éducatifs étendus, égalité des chances et droit aux loisirs

La CDE, qui garantit à chaque enfant le droit à l'éducation (art. 28 CDE), fixe de vastes objectifs en la matière (art. 29 CDE), tels que l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques. Le mandat confié à l'instruction comprend en outre l'égalité des chances et les droits de participation[33]. Selon le Comité des droits de l'enfant, il faut promouvoir de manière expresse la participation des enfants au sein des établissements scolaires[34], les écoles jouant un rôle déterminant en la matière[35] ; en temps de COVID-19, il leur incombe également de stimuler les compétences des enfants dans le domaine de la santé, par exemple dans le but de réfuter les informations erronées sur la pandémie et la vaccination[36].

Le droit à un enseignement de base est aussi reconnu au plan national, puisqu'il figure dans la Constitution fédérale[37]. Ce droit doit notamment contribuer à concrétiser l'égalité des chances[38]. Plusieurs mandats supplémentaires dé-

31 Comité CDE, Suisse 2021, p. 11.
32 Comité CDE, Suisse 2021, p. 11.
33 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, Tübingen 2015, pp. 510 ss ; Schmahl, KRK-Komm, Art. 28/29 n. m. 1 s. ainsi que 16 ; Art. 12 n. m. 23.
34 Comité CDE, Observation générale No 1 (2001), art. 29 (1), Les buts de l'éducation, 17.04.2001, ch. m. 8.
35 Wintsch, Schulrechtliche Verfahren, dans : Hotz (éd.), Handbuch Kinder im Verfahren. Stellung und Mitwirkung von Kindern im Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren, Zurich et Saint-Gall 2020, ch. m. 8.4.
36 ECDC, Covid-19 in children and the role of school settings, 08.07.2021.
37 Art. 19 et art. 62 al. 2 Cst. et ATF 146 I 20 consid. 5.2.2.
38 Art. 8 al. 2 et 4 Cst. ainsi qu'art. 20 de la loi fédérale du 13.12.2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand ; RS 151.3).

coulent de l'art. 11 Cst., tels que la promotion, au sein des institutions publiques, de l'épanouissement personnel et social des enfants[39]. Pour le reste, le système scolaire relève de la compétence des cantons, et l'on observe d'importantes disparités dans la manière dont ces derniers règlementent le droit des élèves de participer aux décisions qui les concernent[40]. Peu d'accords intercantonaux ont été passés dans le paysage suisse de l'éducation. Le concordat HarmoS (2007)[41], qui fixe des normes pour la scolarité obligatoire et traite notamment du droit de participation des élèves, fait figure d'exception.

Pour qu'apprentissage et enseignement soient conçus en tenant compte du point de vue des enfants, il est important d'y associer ces derniers[42]. Au moment d'adopter des mesures contre la pandémie, les États devraient aussi prendre en compte leurs répercussions sur les droits des enfants dans le domaine de l'instruction. Le Comité des droits de l'enfant les exhorte par exemple à s'assurer que l'enseignement en ligne ne creuse pas davantage les inégalités existantes ni ne remplace les interactions entre élèves et enseignant·e·s[43].

Enfin, les enfants ont également droit au repos et aux loisirs (art. 31 CDE) : il n'est pas licite de les exclure des activités de loisirs en raison de mesures sanitaires ou scolaires ni de leur confier de manière exagérée la garde de proches, sauf si une base légale expresse l'autorise et si le principe de proportionnalité est respecté. L'enfant doit par ailleurs pouvoir jouer librement (art. 31 CDE)[44]. La décision prise par le canton de Berne en octobre 2020, d'interdire aux enfants de jouer au football à l'air libre, a soulevé une question intéressante du point de vue juridique. Des voix se sont à raison élevées, doutant de la proportionnalité de cette mesure (sur ce sujet en général, voir le chapitre 10) : d'une part, les manifestations réunissant 10 à 15 personnes à l'intérieur étaient toujours autorisées

39 Kiener, Kälin et Wyttenbach, Grundrechte, par. 37, n. m. 1 ss et 20 et Hotz, Kinder im Verfahren, ch. m. 4.121 ss et 4.151.

40 Par ex. : canton de Zurich, *Volksschulgesetz* du 07.02.200, loi sur l'instruction publique du canton de Zurich (ZH VSG ; LS 412.100), par. 50 et canton de Bâle-Ville, *Verordnung über die Rechte und Pflichten der Schülerinnen und Schüler*, en vigueur depuis le 18.08.2014 (SG BS 410.120) : cette ordonnance mentionne, au par. 4, le droit d'être informé·e et d'exprimer son opinion, le droit d'être entendu·e lors de questions concernant les élèves et le droit d'être associé·e à la rédaction du règlement interne et de la stratégie d'association des élèves aux décisions.

41 Art. 3 de l'Accord intercantonal sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire (Concordat HarmoS), du 14.06.2007, en vigueur depuis le 01.04.2009, auquel 15 cantons ont adhéré : BE, BL, BS, FR, GE, GL, JU, NE, SG, SH, SO, TI, VD, VS et ZH (état en mai 2019).

42 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 41.

43 Comité CDE, COVID-19 Statement.

44 Schmahl, KRK-Komm, art. 31, n. m. 1 et 4.

à ce moment-là, et d'autre part les cantons ont, en vertu de l'article 11 Cst., le devoir non seulement de protéger les enfants des maladies, mais aussi de promouvoir leur développement[45].

Données empiriques suisses

Les élèves n'ont pas tou·te·s réagi de la même manière à la fermeture des écoles : si la décision a généralement été bien acceptée, 13 % des élèves ont déclaré se porter mal, ou très mal, du fait de cette mesure de confinement[46] ; la moitié des élèves a estimé ses effets « plutôt défavorables » pour elle ; la communication avec les enseignant·e·s, l'étude à la maison et la planification autonome des journées ont représenté un problème pour 20 à 25 % d'entre elles et eux[47] ; enfin, parents et élèves ont indiqué que le volume de travail était important, ce qui explique pourquoi, en fonction des ressources de la famille, certains parents se sont sentis dépassés[48].

Un droit de participation sur tous les plans

Le droit de participation figurant à l'art. 12 CDE garantit à l'enfant d'être associé à tous les processus de décision concernant sa santé et son éducation, et cela tant sur le plan structurel qu'individuel[49]. La question se pose donc de savoir si les droits liés à la participation de l'enfant ont été préservés sur tous les plans lors de la pandémie.

Plans institutionnel et politique

Le plan structurel comprend tant un niveau institutionnel (hôpital, foyer et cabinet médical) qu'un niveau politique (communal, cantonal et national). C'est à lui que se réfère le Comité des droits de l'enfant lorsqu'il recommande à la Suisse,

45 CSDH, Rapport annuel 2020, p. 11.
46 Huber et al., Schul-Barometer, p. 20.
47 Huber et al., Schul-Barometer, pp. 34 s.
48 Huber et al., Schul-Barometer, p. 22.
49 Au sujet du droit de jouir du meilleur état de santé possible et de vivre dans un environnement salubre, voir la décision du 08.10.2021 du Comité des droits de l'enfant : Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communication No. 104/2019*.

en octobre 2021, « de veiller à ce que le point de vue des enfants soit pris en compte dans l'élaboration des services d'intervention qui leur sont destinés »[50]. Plusieurs études ont déjà montré que les enfants veulent être associés aux décisions : par exemple, les enfants et adolescent·e·s ayant participé à l'étude que le Réseau européen de jeunes conseillers (ENYA) a menée en 2018 sur leur santé psychique ont notamment recommandé de former le personnel enseignant à la prévention et à la détection des problèmes psychiques, de doter les centres scolaires de spécialistes de la santé psychique et de sensibiliser les élèves à leurs droits en la matière[51].

Il n'existe pas en Suisse, à notre connaissance, de bases légales nationales, ni de recommandations, rapports ou études sur des mesures COVID-19 (fermeture – partielle ou totale – des écoles, port du masque obligatoire, possibilités de se faire tester ou vacciner et recommandations en la matière, etc.) pour lesquels on aurait associé les enfants à leur formulation sur ce plan structurel de la participation. Une année et demie après sa création, la *task force* nationale COVID-19 compte certes un pédiatre et un pédopsychiatre[52], mais pas d'enfant ni d'expert·e· en droit de l'enfant.

Sur le plan scolaire non plus, on ne connaît pas d'exemple d'assemblée scolaire ou de conseil de classe qui aurait été invité à participer à l'organisation de l'enseignement en temps de crise. L'école en ligne a été largement mise sur pied par les centres scolaires ou par des membres du corps enseignant et a été appliquée de manière très disparate d'une institution à l'autre. Il va sans dire que le fait d'avoir dû l'organiser dans des temps extrêmement courts a sans aucun doute représenté un tour de force[53]. Les premiers résultats du baromètre des écoles sur les problèmes rencontrés au temps du COVID-19, auquel ont participé 7116 personnes de trois pays germanophones (Suisse, Allemagne et Autriche), montrent que si les personnes interrogées ont généralement été informées de manière adéquate par les autorités scolaires, il subsiste tout de même un besoin supplémentaire en information et clarification[54].

50 CRC-Committee, Switzerland 2021, n. 36.
51 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 99, avec renvois ainsi que CINA, Psychologische Grundlagen, ch. m. 3.25 à 3.43.
52 SWISS NATIONAL COVID-19 TASK FORCE ET AL., Massnahmen in Schulen, (15.01.2022).
53 SANDNER et ANNEN, Zürcher Studie Fernlernen, p. 8 ; en particulier en raison des incertitudes liées à la situation et du manque de normes et directives.
54 HUBER ET AL., Schul-Barometer, p. 20.

Plan sanitaire

Sur le plan individuel, le droit des enfants de participer aux décisions médicales qui les concernent comprend l'obligation, pour les parents et le personnel médical, de faire en sorte que l'enfant soit apte à prendre part aux décisions. Cela commence par une information adaptée à l'enfant[55].

Bonne pratique : Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les soins de santé adaptés aux enfants

Les Lignes directrices de 2011 stipulent :
« C. Participation
12. Dans le domaine de la santé, ce principe revêt deux dimensions :
i. Quand, selon la loi, un enfant est apte à consentir à une intervention, cette dernière ne peut être effectuée qu'après qu'il y a donné son consentement libre et éclairé. […]
ii. L'enfant devrait aussi être considéré comme un membre actif de la société et non comme un sujet passif soumis aux décisions des adultes. Cela suppose de veiller, en tenant compte de l'âge et du degré de maturité de l'enfant, à l'informer, à le consulter et à lui donner la possibilité de participer aux processus de décision sociaux portant sur les questions relatives aux soins de santé, y compris l'évaluation, la planification et l'amélioration des services de santé. »[56]

Toute intervention médicale exige en amont que l'enfant soit en mesure de donner librement son accord, en connaissance de cause (consentement éclairé). Si l'enfant n'est pas apte à le faire, son avis doit tout de même être considéré, compte tenu de son âge et de sa maturité, comme un facteur d'autant plus déterminant (art. 301, al. 2 CC)[57]. Et lorsque l'enfant ne peut approuver une intervention médicale faute d'avoir été informé de manière adaptée, ou lorsqu'un enfant

55 CDE, Soins de santé adaptés aux enfants, par. 11 s. ainsi que 23 ; SCHMAHL, KRK-Komm, Art. 12, n. m. 22 ; COMITÉ CDE, Santé 2013, n° 12 ainsi que HOTZ, Kinder im Verfahren, ch. m. 7.23 s.
56 SCHWENZER et COTTIER, BSK, Art. 301 ZGB n. m. 4 s. et HOTZ, Kinder im Verfahren, ch. m. 7.23 s. ainsi que 7.38.
57 SCHWENZER et COTTIER, BSK, Art. 301 ZGB n. m. 4 s. et HOTZ, Kinder im Verfahren, ch. m. 7.23 s. ainsi que 7.38.

capable de discernement ne donne pas son accord, l'intervention médicale est injustifiée et viole par conséquent son intégrité physique[58] et sa vie privée[59].

Le consentement éclairé de l'enfant capable de discernement constitue donc une forme importante de son droit de participation dans le domaine de la santé. Cela *ne signifie toutefois pas* qu'adultes et enfants ne doivent pas décider autant que possible *ensemble*, après avoir pris au sérieux les arguments de l'enfant[60].

Le droit de participer implique également l'obligation, pour les adultes impliqué·e·s (personnel médical ainsi que parents ou personnes responsables de l'enfant), d'accompagner et de soutenir l'enfant de manière adaptée à ses besoins émotionnels et cognitifs, de manière que, dans son état de santé individuel, elle ou il soit le plus apte possible à exprimer son avis[61]. S'y ajoute que la participation ne saurait être considérée comme un acte accompli une fois pour toutes. Il faut plutôt y voir un processus ou une attitude qui s'étend à toute la durée du traitement et se poursuit une fois celui-ci terminé (c'est-à-dire après la sortie de l'hôpital, par exemple)[62].

Enfin, il est important du point de vue juridique de préciser que les enfants très jeunes, handicapés ou allophones qui ne sont notamment pas en mesure de donner un accord juridiquement valable, ont des droits de participation : le droit d'être informé, associé, entendu ainsi que le droit de s'exprimer, garantis à l'art. 12 CDE, ne connaissent en effet *pas d'exception*[63].

Plan scolaire

Pour concevoir l'apprentissage et l'enseignement en tenant compte du point de vue individuel des enfants, il est important d'associer les élèves aux décisions

58 Art. 5 et 6 de la Convention du 04.04.1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (convention sur les Droits de l'Homme et la biomédicine ; RS 0.810.2) art. 10 al. 2 et art. 11 Cst. ; art. 19*c* et 28 CC ; CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 100 et HOTZ, Kinder im Verfahren, ch. m. 7.13 à 7.45.

59 Art. 8 al. 1 CEDH, d'après CourEDH, *Vavřička et autres c. République tchèque*, requête n° 47621/13, 08.04.2021.

60 CHAPPAZ, NANCHEN et VOUTAT, Mineurs et vaccination, pp. 30 s. sont d'avis que la loi fédérale du 30.09.2011 relative à la recherche sur l'être humain (loi relative à la recherche sur l'être humain, LRH ; RS 810.30) s'applique ici, qui exige l'accord du ou de la représentant·e légal·e, même lorsque le ou la mineur·e est capable de discernement.

61 TOBIN, Beyond the Supermarket Shelf: Using a Rights Based Approach to Address Children's Health Needs, International Journal of Children's Rights, 14 n° 3 2006, p. 287.

62 CINA, Psychologische Grundlagen, ch. m. 3.25 à 3.43.

63 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 100.

concernant l'école[64], surtout avec les nouvelles méthodes d'enseignement et d'évaluation des prestations scolaires.

Dans le baromètre des écoles mentionné ci-dessus, la moitié des parents interrogés déclarent que si leurs enfants se mettent certes volontiers aux nouvelles méthodes d'apprentissage (numériques, par ex.) et font leurs devoirs de manière autonome, ils ont toutefois besoin de beaucoup de soutien pour y parvenir[65]. Quant aux enfants, une majorité estime que l'enseignement en ligne devrait davantage prendre en compte le rythme et le mode d'apprentissage de chacun[66]. Une autre étude, zurichoise celle-là, qui a porté sur 4593 élèves et 5946 parents, montre que les élèves (surtout les plus âgé·e·s) saluent le fait de pouvoir organiser librement leurs journées et de pouvoir apprendre de manière autonome ; elles et ils estiment en outre mieux pouvoir se concentrer à la maison plutôt qu'à l'école[67] et aimeraient continuer à étudier de cette manière[68]. La plupart des élèves ont toutefois dû se faire aider par leurs parents et ont trouvé difficile de ne pas pouvoir échanger avec leurs enseignant·e·s[69].

Durant la fermeture des écoles, au printemps 2020, la question s'est posée de l'évaluation de l'apprentissage. La notation des prestations scolaires a été remise à plus tard, notamment pour préserver l'égalité des chances[70], mais avec ou sans notes, il a tout de même fallu décider si les élèves allaient être promu·e·s ou pas. Les solutions adoptées ont varié d'un pays ou d'un État fédéral à l'autre. En Allemagne, en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Pays de Galles, ce sont les notes obtenues avant la pandémie qui ont été prises en compte. En Écosse et aux États-Unis, on a totalement renoncé à rendre un carnet scolaire, tout en renforçant la confiance dans le personnel enseignant. En Suisse romande et au Québec, les institutions de la scolarité obligatoire ont supprimé les notes : les carnets scolaires mentionnent tous que l'élève a terminé l'année et passe au niveau suivant. Ces solutions sont d'autant plus intéressantes que l'on sait que la dépendance aux notes peut se révéler nuisible et saper l'apprentissage, en particulier en cas d'enseignement à distance, une situation qui creuse les inégalités et exige davantage d'autonomie et de capacité à s'automotiver de la part de l'élève[71].

64 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, p. 41.
65 Huber et al., Schul-Barometer, p. 23.
66 Huber et al., Schul-Barometer, p. 33.
67 Sandner et Annen, Zürcher Studie Fernlernen, pp. 5 et 12.
68 Sandner et Annen, Zürcher Studie Fernlernen, p. 55.
69 Sandner et Annen, Zürcher Studie Fernlernen, p. 13.
70 Yerly et Laveault, Soutenir les élèves, pp. 1 ss et 6.
71 Yerly et Laveault, Soutenir les élèves, p. 7.

Bonne pratique : Seules les meilleures notes sont comptabilisées

Un exemple du Québec montre comment les intérêts des enfants peuvent être pris en considération lors de la notation.

« Notre prof de maths nous a dit que pour tous les examens – les partiels et les finaux – elle ne compterait que les notes au moins autant bonnes que notre moyenne du semestre. Les autres ne comptent pas. » Sabine, 9 ans[72]

Avec le retour à l'enseignement en classe, on pourrait par conséquent se demander s'il ne vaudrait pas mieux attendre avant de reprendre la notation, et pratiquer une évaluation différenciée jusqu'à ce que chaque élève ait pu atteindre un niveau minimum dans les apprentissages prévus au programme. Par ailleurs, le développement d'une culture participative de l'apprentissage (au lieu d'une culture de l'examen, axée sur les prestations et les notes), dans laquelle les élèves sont impliqué·e·s dans le processus d'évaluation, permettrait à ces derniers·ères de mieux s'observer en tant que sujets apprenants, de se fixer des objectifs et d'adapter constamment leur stratégie[73].

Obligation de porter un masque et de se faire vacciner : quid de la participation de l'enfant ?

Manque de jurisprudence sur la participation dans le domaine de la santé et de l'instruction

On dispose de peu de jurisprudence au sujet du droit de participation de l'enfant dans le domaine scolaire[74] et dans celui de la santé (consentement éclairé)[75]. À ce manque de doctrine s'ajoute le fait qu'avec la pandémie, il n'est plus possible de séparer en deux catégories distinctes (santé ou éducation) les diverses mesures de protection touchant les enfants, puisque l'obligation de porter un masque à

72 Lachmeyer et al., Kind sein in Corona Zeiten, p. 90.
73 Yerly et Laveault, Soutenir les élèves, pp. 7-8.
74 CSDH, Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention, pp. 79 ss et 92 ss.
75 ATF 134 II 235 ; on recense – et c'est éloquent – davantage de décisions concernant des questions relevant du droit des assurances (CourEDH, *Guberina c. Croatie*, requête n° 23682/13, 22.03.2016). Un autre problème est la relativité de la capacité de discernement d'un enfant (art. 16 et 19*c* CC) ainsi que certaines limites d'âge fixes pour des actes juridiques précis (12 ans pour un changement de nom [art. 270*b* CC] par ex., 8 ans pour un changement de sexe [Einzelgericht Einsiedeln, jugement du 19.06.2019 ZES 2019 016]) ; communiqué de presse du 19.01.2021 de la CourEDH au sujet de *l'affaire X et Y c. Roumanie*, requête n° 2145/16, 20607/16, 21.01.2021.

l'école ou l'obligation de se faire vacciner, par exemple, relèvent des deux domaines. Pour une jurisprudence spécifique au COVID-19, nous pouvons toutefois mentionner, concernant les mineur·e·s en Suisse, quelques décisions portant sur la proportionnalité des mesures en général[76] ainsi que sur la vaccination et l'obligation de porter un masque en particulier, que nous présentons dans les paragraphes qui suivent.

Port du masque obligatoire

En janvier 2022, de nombreux cantons ont introduit, ou réintroduit, l'obligation de porter un masque dans les centres scolaires[77]. Selon un jugement rendu le 2 mars 2021 par la Cour de justice du canton de Genève, cette mesure est au demeurant proportionnelle pour les élèves dès 12 ans, en cela qu'elle permet de maintenir l'enseignement en classe, ce qui préserve le droit à l'instruction garanti à l'art. 28 CDE et prend en compte le bien de l'enfant (art. 3 CDE et art. 11 Cst.). Bien que le port du masque puisse être source entre autres d'irritations, de difficultés respiratoires, de gêne ou de distraction, rien ne laisse supposer, selon les juges genevois, qu'il représente un danger pour le développement des jeunes de plus de 12 ans (il en va autrement des enfants de moins de 12 ans, pour lesquels les Nations Unies recommandent de privilégier une approche fondée sur les risques)[78]. À l'échelle nationale, il n'existe pas d'obligation de porter le masque pour les enfants de moins de 12 ans, mais les cantons peuvent édicter des normes plus sévères. Durant l'année scolaire 2021-2022, plusieurs cantons ont d'ailleurs introduit cette obligation dans leurs écoles.

76 ATF 147 I 450, qui concerne une obligation de porter le masque dans le canton de Fribourg, applicable notamment à des enfants de moins de 12 ans ; au sujet du caractère proportionnel de l'exclusion pour 10 jours d'une élève qui refusait de se soumettre à un test PCR, voir l'arrêt rendu le 25.11.2021 par le Tribunal administratif du canton de Zurich (VB.2021.00680).

77 En se fondant sur l'art. 40 LEp et l'art. 23 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière du 23.06.2021.

78 Arrêt de la chambre constitutionnelle de la Cour de Justice GE du 02.03.2021, A/4071/2020-ABST ACST/5/2021, p. 5.

Obligation de se faire vacciner

Le vaccin contre le COVID-19 est maintenant aussi recommandé pour les 5 à 11 ans immunosupprimés ou présentant des maladies chroniques[79]. Dans son arrêt du 29 juin 2021, le Tribunal cantonal fribourgeois précise que les enfants peuvent décider seuls[80] de leur volonté ou non de se faire vacciner, dans la mesure où ils sont capables de discernement et ont été informés de tous les points essentiels.[81] La capacité de discernement n'est pas liée à un âge particulier : elle doit être examinée au cas par cas. Si un enfant n'est pas capable de discernement, l'accord de ses parents est requis, comme expliqué ci-dessus[82].

Que se passe-t-il lorsque les parents (ou les personnes de référence) ne sont pas du même avis sur la vaccination de l'enfant ? Appelé à se prononcer sur le cas de parents en désaccord sur la vaccination contre la rougeole de leurs trois enfants (onze, six et trois ans), le Tribunal fédéral a estimé dans son arrêt du 16 juin 2020 que si les parents ne peuvent se mettre d'accord, c'est à l'autorité de protection de l'enfance de trancher la question, en vertu de l'art. 307 al. 1 CC[83]. Cette autorité doit ce faisant respecter les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique ; elle ne peut y déroger que si, dans le cas d'espèce, le bien de l'enfant le requiert[84]. Le Tribunal fédéral estime qu'en cas de décision prise en commun par les parents, c'est en principe cette dernière qui s'impose. Dans le cas mentionné ci-dessus, il a jugé que les trois enfants devaient effectivement être considérés comme incapables de discernement – et ne devaient par conséquent pas être entendus – car ils n'étaient pas à même de comprendre les bénéfices et les risques d'une vaccination et ne pouvaient donc pas se forger leur propre opinion.

79 Commission fédérale pour les vaccinations (CFV), Office fédéral de la santé publique (OFSP), Département fédéral de l'intérieur (DFI), Recommandations de vaccination avec des vaccins à ARNm contre le COVID-19 (état au 14.12.2021) ; CNE, Prise de position du 08.09.2021, p. 5 et Pédiatrie Suisse, COVID-19 : vaccination des enfants, 16.12.2021 (15.01.2022), qui renvoie vers les recommandations CFV/OFSP/DFI.

80 Tribunal cantonal de Fribourg, 29.07.2021 (603 2021 102 / 114) ; un recours étant pendant au Tribunal fédéral (2C_652/2021), cet arrêt n'est pas entré en force.

81 De même CNE, Prise de position du 08.09.2021, p. 5 ; Hoffmann, Bulletin des médecins suisses 2021, 102(05), pp. 158 s. ; pour une liste des obligations en matière d'information sur le caractère obligatoire ou non de la vaccination ainsi que sur l'état des connaissances scientifiques (durée de la protection vaccinale et intérêt pour l'individu et la société) : Chappaz, Nanchen et Voutat, Mineurs et vaccination, pp. 30 s.

82 Tribunal cantonal de Fribourg, 29.07.2021 (603 2021 102 / 114).

83 ATF 146 III 313, consid. 6.2.6 : le Tribunal fédéral voit dans cette impasse une mise en danger de l'enfant.

84 ATF 146 III 313, consid. 6.2.6.

Cet avis a fait l'objet de critiques justifiées de la part de la doctrine[85] : premièrement, un enfant de 11 ans peut, selon les cas, tout à fait être apte, après avoir reçu des informations adaptées à son âge, à décider de son propre chef de se faire ou non vacciner ; deuxièmement, même très jeunes, les enfants doivent être associés de manière sérieuse aux décisions, et être entendus. Il s'ensuit, également pour la vaccination contre le COVID-19, qu'un enfant jugé incapable de discernement doit tout de même être entendu et que son avis doit autant que possible être pris en compte. En cas de désaccord entre les parents, l'autorité de protection de l'enfance peut intervenir et décider dans l'intérêt de l'enfant. En revanche, lorsqu'un enfant capable de discernement ne partage pas l'avis de ses parents, c'est la volonté de l'enfant informé et capable de discernement qui l'emporte, selon l'art. 19*c* CC[86].

Si aucun tribunal suisse n'a jusqu'ici été appelé à se prononcer sur l'obligation de vacciner les enfants, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) l'a fait le 8 avril 2021 et a jugé légale une telle obligation en vigueur en République tchèque[87]. Cette décision ne concernait *pas non plus* la vaccination contre le COVID-19, mais les vaccins contre la diphtérie, le tétanos, la coqueluche, les infections à *haemophilus influenzae* de type b, la poliomyélite, l'hépatite B, la rougeole, les oreillons et la rubéole. Dans son arrêt, la CourEDH soulignait, outre l'ample pouvoir d'appréciation dont bénéficient les États en matière d'obligation de vacciner, d'une part l'intérêt individuel de l'enfant de se faire vacciner et d'autre part l'argument de la solidarité sociale[88]. Elle estimait toutefois qu'un État ne saurait imposer une vaccination par la force, car ce serait porter atteinte au droit à l'intégrité physique. Cet arrêt ouvre-t-il grand la porte à une éventuelle obligation de vaccination contre le COVID-19, comme on a pu l'entendre[89] ? On peut en douter, car il s'applique à des vaccins qui, contrairement à ceux contre

85 Voir GUILLOD, Autonomie parentale, protection de l'enfant et vaccination – Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_789/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2020, p. 6.

86 Voir Tribunal cantonal de Fribourg, 29.07.2021 (603 2021 102/114).

87 CourEDH, *Vavřička et autres c. République tchèque*, requête n° 47621/13, 08.04.2021. La CourEDH a par conséquent refusé d'y voir une violation du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Concrètement, elle a estimé que la République tchèque disposait des bases légales nécessaires et qu'elle avait respecté le principe de proportionnalité. Elle a aussi jugé conformes au droit les amendes auxquelles les parents ont été condamnés pour ne pas s'être conformés à l'obligation légale de vacciner leurs enfants ainsi que le fait d'exclure les enfants non vaccinés de l'école maternelle (à part ceux qui, pour des raisons médicales, ne peuvent se faire vacciner).

88 CourEDH, *Vavřička et autres c. République tchèque*, requête n° 47621/13, 08.04.2021, par. 143, 279 et 306, arguments de la « solidarité sociale » et de la « responsabilité » ; voir aussi CourEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 14307/88, 25.05.1993, par. 33.

89 LE NOUVELLISTE, Coronavirus: la Cour des droits de l'Homme ouvre la voie à une vaccination obligatoire, 08.04.2021 (15.01.2022).

le COVID-19, sont administrés depuis longtemps[90]. De plus, le rapport entre bénéfice individuel et bénéfice collectif n'est pas le même, puisqu'il est rare que les enfants de 12 à 15 ans tombent gravement malades du COVID-19 et que si le COVID long existe bel et bien, on ne connaît pas encore la proportion de personnes touchées[91]. En outre, bon nombre d'adultes étant maintenant vacciné·e·s en Suisse, le fait de protéger autrui et de faire preuve de solidarité sociale perd de sa valeur dans le cas du COVID-19[92].

Lacunes dans la mise en œuvre

Le droit de participation de l'enfant est important en cela qu'il renforce son autodétermination ainsi que son bien-être et sa santé. Respecter le droit qu'a l'enfant de participer aux décisions qui le concernent, c'est le prendre au sérieux et l'associer aux réflexions durant les crises également ; *ce n'est pas* se décharger de sa responsabilité d'adulte. Les enfants doivent être informés de manière claire et adaptée à leur âge sur la pandémie et ses conséquences. Il s'agit de faire en sorte qu'ils puissent comprendre la situation et exprimer leurs sentiments et leurs besoins dans ces circonstances extraordinaires. Le COVID-19 étant un facteur de détresse psychologique pour les enfants et adolescent·e·s, il est d'autant plus important qu'elles et ils sachent quels aides et soutiens sont à leur disposition, et où les solliciter. Il s'agit aussi de les informer de manière adaptée à leur âge, de les associer de manière sérieuse et de leur demander directement leur avis sur les questions de vaccination, de tests et d'obligation de porter un masque.

Les lacunes qui caractérisent la mise en œuvre du droit de participation de l'enfant en Suisse[93] ont été manifestes durant la pandémie également. Malgré de notables progrès, on n'est en effet toujours pas parvenu à mettre en place un système transversal, dans lequel le fait de considérer les enfants comme des sujets de droit serait une évidence et dans lequel ces derniers seraient associés à toutes les procédures et décisions les concernant. Qu'un enfant, en temps de pandémie, soit informé ou pas sur les mesures prises dans le cadre scolaire ou concernant

90 Ces vaccins figurent dans la routine des pédiatres, contrairement à la vaccination contre le COVID-19. Voir PÉDIATRIE SUISSE, COVID-19 : Vaccination pour les adolescents, 23.06.2021 (15.01.2022), qui se réfère aux recommandations DFI/OFSP/CFV.
91 CNE, Prise de position du 08.09.2021, pp. 3 s.
92 CNE, Prise de position du 08.09.2021, pp. 5 s.
93 Voir le chapitre 3.

la vaccination, et la manière d'informer, va dépendre de son lieu de résidence, de sa famille, de son centre scolaire et de ses enseignant·e·s. Sa participation aux décisions est elle aussi tributaire de facteurs individuels. L'inégalité de traitement que subit par exemple l'adolescente de notre exemple (une fille issue de la migration, chargée de s'occuper de son petit frère, car sa mère, qui élève seule ses enfants, travaille beaucoup) s'aggrave durant une pandémie et a des conséquences à long terme, notamment sur son parcours de formation.

Les enfants présentant une maladie chronique ou un handicap, les enfants vivant dans la pauvreté, ceux dont les parents sont des migrant·e·s, des requérant·e·s d'asile ou des réfugié·e·s ainsi que les enfants vivant en institution ou en prison présentent tous un besoin de protection à la fois particulièrement important et difficile à déceler en temps de crise, d'où la nécessité de jeter un regard professionnel et intersectionnel[94] sur cette réalité[95]. Au moment de prendre des mesures de protection contre la pandémie, la Suisse devrait porter une attention particulière au droit des enfants à ne pas subir de discriminations. Or, préserver leur droit de participation est un premier pas dans ce sens, car il est impossible, sans la participation d'enfants comme Azrah, de connaître leurs besoins de protection concrets.

Une prise de conscience est de plus nécessaire de la part du monde politique et des spécialistes, pour prendre en compte le droit de participation de l'enfant dans le domaine de la santé, et cela sur tous les plans : individuel (famille et personnel médical), institutionnel (classe, école et hôpital) et politique (parlement des jeunes en temps de pandémie). D'autres mesures s'imposent sans doute, comme la collecte de statistiques qui prennent en compte l'âge, le genre, l'éventuel handicap, le statut socio-économique, les aspects socioculturels et la localisation géographique.

94 CRENSHAW, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, The University of Chicago Legal Forum 1989.

95 CDE, Covid Statement 04.04.2020.

Recommandations

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse (voir aussi les recommandations du chapitre 3) :

a La participation des enfants est un objectif contraignant de la politique de la Confédération et des cantons, auquel ils consacreront des outils de monitorage tels que statistiques et rapports annuels.

b Il existe un service fédéral consacré aux droits des enfants (« Bureau des droits de l'enfant » par ex.). Ce service encourage sur les plans stratégique et opérationnel la participation des enfants, dispose de la compétence de coordonner des mesures dans les cantons en temps de pandémie également.

c La Confédération et les cantons adoptent une vision large du droit de participation de l'enfant, qui se fonde sur l'information et comprend le droit d'être entendu, de prendre part aux décisions, d'être accompagné et éventuellement d'être représenté. Dans le domaine de la santé, cette vision va au-delà du consentement éclairé par exemple.

d Des spécialistes des droits de l'enfant sont inclus·es dans les *task forces* fédérales et cantonales créées en temps de pandémie.

e Les enfants sont représentés au sein des *task forces* fédérales et cantonales créées en temps de pandémie ; si ce n'est pas le cas, il leur est garanti tout au moins de pouvoir informer directement ces organes.

f Les cantons font de la participation des enfants un critère d'évaluation des centres scolaires et des établissements de la santé.

g Les établissements de la santé et de l'instruction publiques sont dotés de permanences pour les enfants (permanences tenues en présence ou via des moyens électroniques), dans lesquelles ces derniers trouvent des interlocuteurs·trices empathiques, par exemple des pairs.

h Lors de pandémies, une approche intersectionnelle minutieuse est privilégiée pour déterminer les besoins en protection et les mesures à prendre.

Partie IV

Responsabilité des entreprises

13 Cadre règlementant les activités des entreprises : vers un devoir de diligence complet en matière de droits humains ?

Christine Kaufmann et Res Schuerch

Introduction

Cas pratique : Initiative pour des multinationales responsables

Le 29 novembre 2020, l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », plus connue sous le nom d'« Initiative pour des multinationales responsables », a échoué, ne parvenant pas à rallier la majorité des cantons. Cette initiative demandait que les entreprises suisses respectent aussi à l'étranger tant les droits humains reconnus dans des conventions internationales que les normes environnementales, et répondent de leurs actes en cas d'infraction. Si elle avait été acceptée, les entreprises suisses auraient été tenues de mettre en place un régime de diligence raisonnable fondé sur les risques afin d'identifier les effets préjudiciables de leurs activités sur l'environnement et les droits humains garantis par des conventions internationales, de prendre des mesures pour prévenir et limiter ces conséquences néfastes ainsi que de remédier aux atteintes et de rendre compte des étapes de leur démarche.

En lieu et place, c'est le contre-projet adopté par les Chambres fédérales en juin 2020, fortement édulcoré par rapport à l'initiative, qui est entré en vigueur le 1er janvier 2022, en même temps que l'ordonnance d'exécution du Conseil fédéral[1]. S'inspirant en partie des normes déjà en vigueur de l'Union européenne (UE) et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ce texte introduit une obligation de faire rapport sur des questions non financières et un devoir de diligence limité aux sujets du travail des enfants et des minerais provenant de zones de conflit.

1 Art. 964*a* à 964*l* loi fédérale du 30.03.1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO ; RS 220.0) et ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants (ODiTr ; RS 221.433).

L'un des arguments avancés par les adversaires d'un devoir de diligence *complet* en matière de droits humains était que la Suisse allait faire cavalier seul, affaiblissant ainsi sa place économique, un inconvénient que seule une démarche coordonnée sur le plan international permettrait d'éviter[2].

Toutefois, de nouveaux rapports et études, publiés notamment par l'UE et par l'Allemagne, montrent que les initiatives volontaires et la présentation de rapports ne suffisent pas à garantir de façon adéquate le respect des droits humains par les entreprises[3]. L'approche dite sectorielle (ou thématique) fait elle aussi de plus en plus l'objet de critiques, car en mettant l'accent sur certains domaines et droits humains précis, elle contrecarre l'intégration dans la culture des entreprises d'une vision holistique de leur responsabilité.

Dans ce chapitre, nous présentons les tenants et aboutissants du devoir de diligence en matière de droits humains et en expliquons la teneur. Nous retraçons l'évolution du cadre règlementaire dans différents pays depuis l'adoption en 2011 par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme[4], avant de démontrer que l'introduction d'un devoir de diligence complet en matière de droits humains, adapté aux risques et se greffant sur les normes internationales, constitue aussi pour la Suisse le modèle à mettre en place ces prochaines années. Dans les recommandations faites en guise de conclusion, adressées aux pouvoirs législatif et exécutif, nous montrons comment concrétiser ce devoir de diligence et quelles mesures adopter pour en faciliter l'application par les entreprises.

Analyse

Obligation de protection des États

En droit international, ce sont en premier lieu les États qui sont sujets d'obligations en matière de droits humains, de sorte que les conventions internationales n'imposent pas aux particuliers (comme les entreprises, par exemple) d'obligation de respecter ces droits dans l'exercice de leurs activités, à quelques excep-

2 Conseil fédéral, Message initiative multinationales responsables, p. 6029.
3 Commission européenne, Due Diligence Requirements ; Parlement européen, CSR, pp. 70 ss et Auswärtiges Amt Deutschland, Abschlussbericht.
4 Conseil des droits de l'homme, UNGP.

tions près[5]. Les obligations des États découlent notamment des instruments des Nations Unies, de l'Organisation internationale du travail (OIT) et du Conseil de l'Europe[6]. Elles se classent en trois catégories[7] :

(1) L'obligation de *respecter* les droits humains (« duty to respect ») : l'État ne peut pas s'ingérer dans l'exercice des droits individuels. Il peut cependant limiter certains droits, à condition que cette restriction se fonde sur une base légale, serve un intérêt public et soit proportionnée.

(2) L'obligation de *protéger* (« duty to protect ») : l'État est tenu de protéger les droits reconnus par les conventions internationales contre tout risque, comme les abus commis par des tiers ou les dangers naturels. S'agissant des relations entre particuliers, l'État s'acquitte de cette obligation notamment en adoptant des dispositions légales, comme des obligations, des interdictions ou des normes pénales.

(3) L'obligation de *garantir* les droits humains (« duty to fulfil ») : l'État doit poser le cadre juridique, institutionnel et procédural requis pour faciliter l'exercice des droits humains.

Depuis les années 1970, de plus en plus de voix se sont élevées pour demander de mettre aussi les entreprises face à leurs responsabilités envers les droits humains, en raison du poids politique et économique croissant des multinationales et de diverses atteintes massives aux droits humains et à l'environnement attribuables à ces entreprises.

Dans le sillage de ces revendications, les Nations Unies ont lancé plusieurs initiatives visant à adopter un code de conduite contraignant pour les entreprises transnationales. Toutefois, les États membres ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur la nécessité de considérer les entreprises comme des sujets d'obligations au regard du droit international[8].

5 S'agissant de ces exceptions, dans le domaine du droit pénal international par ex., voir KÄLIN et KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, pp. 88-89.
6 Pour approfondir, voir KÄLIN et KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, pp. 83 à 105.
7 Sur les catégories d'obligations, voir KÄLIN et KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, pp. 108 à 127, et CSDH, État des lieux droits humains et économie, ch. m. 7 ss.
8 Pour plus de détails sur l'évolution historique, voir NOWROT, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, dans : Tietje, Kraft et Sethe, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, cahier 21 (09/2003), pp. 6 ss, et CSDH, État des lieux droits humains et économie, ch. m. 9 ss.

Étant donné que toutes les tentatives lancées jusqu'ici pour instaurer un régime contraignant de responsabilité des entreprises en matière de droits humains ont échoué à l'échelon international, c'est surtout en droit interne que des avancées restent possibles (s'agissant des options des États, voir les recommandations conclusives). Divers pays, dont la Suisse, la France et l'Allemagne, ont, pour honorer leur obligation de protection, promulgué des lois afin que les entreprises adoptent une conduite responsable en matière de droits humains.

Devoir de diligence en matière de droits humains

De la diligence en matière de gestion à la diligence en matière de droits humains

Dans les années 1960, l'économiste étasunien Milton Friedman imposa sa conception de la responsabilité des entreprises : celles-ci étant exclusivement redevables à leurs propriétaires, leur seule et unique responsabilité sociale serait d'augmenter leur bénéfice dans le respect du cadre légal[9]. En conséquence, la diligence en matière de gestion aurait pour unique objet les intérêts de l'entreprise et viserait à prévenir les risques et les dommages *pour les entreprises*[10]. Cette conception du devoir de diligence des entreprises, de plus en plus contestée depuis les années 1980, a évolué pour tenir toujours mieux compte des intérêts d'autres parties prenantes, bien que l'accent soit resté mis, dans un premier temps, sur les risques auxquels sont exposées les entreprises[11]. Cette approche ne s'intéressait aux droits humains que du moment qu'ils avaient pour corollaire un risque pour l'entreprise, par exemple lorsque les violations concernaient les employé·e·s de l'entreprise ou pouvaient porter atteinte à son image.

9 FRIEDMAN, Capitalism, p. 112 : « [...] there is one and only one social responsibility of business to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game [...] », ([...] l'entreprise n'a qu'une responsabilité sociale, et une seule : utiliser ses ressources et s'engager dans des activités destinées à accroître ses profits [...] et cela aussi longtemps qu'elle pratique une concurrence ouverte et libre, sans tromperie ni fraude [...] [traduction libre]) et FRIEDMAN, Social Responsibility.

10 KAUFMANN, Sorgfaltsprüfung, p. 967.

11 KAUFMANN, Sorgfaltsprüfung, pp. 967 s ; s'agissant des intérêts de l'entreprise en général, voir SETHE, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, dans : SZW/RSDA 4/2018, pp. 375 à 392, 377.

Avec la mondialisation de l'économie et des chaînes d'approvisionnement, les risques des entreprises ont été de plus en plus transférés dans d'autres pays. Il découle de cette évolution des effets préjudiciables pour les droits humains d'autrui, effets qui ont contribué à placer les risques auxquels ces droits sont exposés au centre de l'activité des entreprises, aux côtés des risques d'entreprise[12].

En 2011, le Conseil des droits de l'homme a adopté à l'unanimité les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (Principes directeurs)[13], qui font non seulement référence aux obligations déjà contractées par les États de protéger les droits humains, mais confèrent aussi aux entreprises la responsabilité de ces mêmes droits. Cette formulation souligne que si les entreprises ne sont pas, au regard du droit international, des sujets d'obligations envers les droits humains, elles n'en ont pas moins une responsabilité dans ce domaine, selon la vision unanime des États membres. Cette responsabilité s'articule autour de l'application d'un devoir de diligence en matière de droits humains.

Comme d'autres résolutions du Conseil des droits de l'homme, les Principes directeurs ne sont certes pas contraignants du point de vue formel, mais ont été très rapidement repris par de nombreux instruments nationaux et internationaux et servent actuellement de cadre de référence mondial en ce qui concerne les mécanismes permettant d'identifier et d'apprécier l'impact des activités des entreprises sur les droits humains[14].

Teneur du devoir de diligence instauré par les Principes directeurs

Le devoir de diligence en matière de droits humains instauré par les Principes directeurs implique que les entreprises doivent analyser non seulement les risques qu'elles-mêmes encourent, mais aussi les effets préjudiciables de leurs activités sur les droits humains. De la sorte, la portée de la notion de risque applicable aux activités des entreprises s'étend substantiellement, ce qui se reflète dans les critères applicables au devoir de diligence, désormais pris dans son sens

12 Cette nouvelle catégorie d'intérêt comprend non seulement les droits humains proprement dits, mais aussi la protection de l'environnement.

13 Pour des explications détaillées sur les Principes directeurs, voir CSDH, État des lieux droits humains et économie, ch. m. 19 ss.

14 Pour un tour d'horizon complet des Principes directeurs, voir CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Bilan et DEBEVOISE&PLIMPTON, UN Guiding Principles on Business and Human Rights at 10 : The Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms, 2021.

large. Le devoir de diligence devient ainsi la pierre d'angle de la responsabilité des entreprises en matière de droits humains[15]. Il comprend, outre la formulation d'une politique d'entreprise fondée sur les droits humains et la création de mécanismes de réparation ou la participation à des mécanismes existants, les éléments fondamentaux suivants[16] :

(1) l'identification et l'évaluation de toutes les incidences négatives effectives ou potentielles sur les droits humains, qu'une entreprise cause, auxquels elle contribue ou qui sont directement liés à ses activités, produits et services ;

(2) la prise en compte des conclusions des études d'impact sur les droits humains dans tous les processus pertinents de l'entreprise et l'adoption des mesures qui s'imposent pour faire cesser, prévenir ou atténuer les effets préjudiciables de ses activités sur les droits humains ;

(3) le contrôle de l'effectivité des mesures prises et des procédures mises en place ;

(4) la publication d'informations sur la politique appliquée par l'entreprise pour remédier aux effets préjudiciables de ses activités sur les droits humains ainsi que sur les procédures engagées pour garantir des pratiques respectueuses des droits humains.

La portée du devoir de diligence est notamment fonction de la taille de l'entreprise, des risques qu'elle pose pour les droits humains, de la nature de ses activités et du cadre dans lequel ces dernières se déroulent[17]. Les éléments fondamentaux de ce devoir de diligence ont été repris dans les Principes de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (revus en 2011)[18], dans la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT (modifiée en 2017)[19], dans d'autres instruments internationaux ainsi que dans des lois nationales applicables au domaine des entreprises et des droits hu-

15 Kaufmann, Sorgfaltsprüfung, p. 968.
16 Conseil des droits de l'homme, UNGP, Principes directeurs 17 à 21 et Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, pp. 24 ss.
17 Conseil des droits de l'homme, UNGP, Principe directeur 17 (b).
18 OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011, chapitre IV, ch. 45 s.
19 OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 5e édition, Genève 2017, Principe 10.

mains[20]. En Suisse, ces quatre éléments du devoir de diligence ont été les piliers de l'initiative pour des multinationales responsables dont il est question plus haut[21].

Présenté en août 2021 par les Nations Unies, le troisième projet révisé d'instrument international juridiquement contraignant visant à règlementer les activités des entreprises s'inspire lui aussi de cette démarche[22]. Finalement, la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité publiée par la Commission européenne le 23 février 2022 se réfère elle aussi au devoir de diligence encadré dans les Principes directeurs des Nations Unies et ceux de l'OCDE[23].

Initiatives règlementaires visant à promouvoir la conduite responsable des entreprises en dehors de la Suisse

Obligations de transparence et de publication d'informations non financières

L'une des premières mesures contraignantes prises en Europe en matière de conduite responsable des entreprises a été l'adoption de la directive RSE 2014/95/UE[24], en vertu de laquelle les États membres doivent mettre en œuvre, dans leur droit interne, des exigences accrues en matière de publication d'informations non financières par les grandes entreprises (500 salarié·e·s et plus). Celles-ci doivent inclure dans leur rapport de gestion des informations relatives aux « questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption », ainsi qu'à leur modèle d'affaires et aux procédures de diligence raisonnable mises en œuvre[25]. Le

20 Conseil des droits de l'homme, Bilan, ch. 21 ss.
21 Pour la teneur de l'initiative, voir Conseil fédéral, Message initiative multinationales responsables, pp. 6005 s.
22 OEIGWG, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, 17.08.2021.
23 Commission Européenne, Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2022) 71 final.
24 Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22.10.2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes (directive RSE), JO L 330/1 du 15.11.2014. Pour des explications détaillées, voir Commission européenne, Non-Financial Reporting.
25 Art. 1 (1) de la directive 2014/95/UE (ajout de l'art. 19bis, directive RSE).

règlement UE 2019/2088 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers instaure d'autres obligations de transparence[26].

Des obligations de transparence sont aussi prévues dans les instruments de lutte contre l'esclavage moderne et la traite des êtres humains. Ainsi, la loi du Royaume-Uni contre l'esclavage moderne[27], la loi australienne éponyme[28] et la loi californienne sur la transparence dans les chaînes d'approvisionnement[29] exigent des grandes entreprises qu'elles présentent un rapport sur les mesures qu'elles prennent pour supprimer la traite des êtres humains et l'esclavage dans leurs chaînes logistiques. Néanmoins, seule la loi australienne précise les points devant faire l'objet du rapport, les autres laissant les entreprises libres de déterminer la forme et la teneur de la reddition des comptes, de sorte que celles-ci peuvent par exemple se limiter à indiquer ne pas avoir pris de mesures pour combattre ces phénomènes[30].

On observe des initiatives dans le domaine des minerais également. L'article 1502 de la loi Dodd-Frank de 2010 oblige les entreprises cotées en bourse aux États-Unis utilisant des minerais de conflit provenant de la République démocratique du Congo et des pays limitrophes à rendre compte des mesures qu'elles prennent pour honorer leur devoir de diligence dans la chaîne d'approvisionnement de ces minerais[31]. Quant au Processus de Kimberley, qui a mis en place en 2003 une démarche internationale de certification pour les diamants bruts, il a été l'une des premières initiatives de transparence dans le domaine des minerais de conflit. En excluant du commerce de diamants les lots non munis d'un certificat, il permet d'éviter que le produit du négoce de ces pierres précieuses provenant de zones en conflit serve à alimenter les conflits existants, en finançant par exemple des achats d'armes[32].

26 Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27.11.2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, JO L 317/1 du 09.12.2019 (au ch. 18, ce règlement fait aussi référence au Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises).

27 Modern Slavery Act (*loi contre l'esclavage moderne*) 2015, C. 30.

28 Australian Modern Slavery Act 2018 (*loi australienne contre l'esclavage moderne*), n° 153.

29 California Transparency in Supply Chains Act 2010 (*loi californienne sur la transparence dans les chaînes d'approvisionnement*), Civil Code Section (*article du code civil*) 1714.43.

30 Ministère des affaires économiques et de l'emploi de la Finlande, Judicial Analysis on the Corporate Social Responsibility Act, 2020:44, pp. 26, 32 à 36.

31 H.R.4137 – Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (*loi sur la réforme de Wall Street et la protection des consommateurs*), art. 1502.

32 SECO, Le processus de Kimberley.

Les obligations de transparence et de publication d'informations non financières peuvent amener les entreprises à aborder certains sujets relevant des droits humains et à rendre publiquement compte des mesures qu'elles prennent dans ces domaines[33]. Il s'avère toutefois que ces obligations n'ont souvent pas l'effet escompté[34]. La Commission européenne a donc soumis en 2021 au Parlement un projet de nouvelle directive régissant la publication d'informations en matière de durabilité, qui énonce en détail les obligations de publication en matière de durabilité et les étend aux PME[35].

L'approche thématique : le devoir de diligence appliqué à des domaines concrets

Ces dernières années, de plus en plus d'initiatives visant à mettre en place des devoirs de diligence thématiques sont venues compléter les obligations de publication d'informations non financières :

- Bois et produits dérivés : avant même l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies, le Parlement européen avait approuvé le règlement 995/2010 sur le bois, entré en vigueur en 2013, qui a constitué le premier régime contraignant de diligence raisonnable en matière de *protection de l'environnement*. Ce règlement oblige les entreprises à évaluer et à atténuer les risques sur l'ensemble de leur chaîne d'approvisionnement, afin de réduire la probabilité d'importer du bois et des produits dérivés issus de coupes illégales[36].
- Minerais de conflit : le règlement 2017/821 de l'UE, en vigueur depuis le 1er janvier 2021, établit un devoir de diligence *en matière de droits humains*

33 Commission européenne, Non-Financial Reporting, pp. 112 ss.
34 Pour plus de détails sur la directive RSE de l'UE, voir Commission européenne, Non-Financial Reporting ; sur le potentiel d'abus que présente le régime d'informations non financières (pratiques d'habillage onusien ou d'écoblanchiment), voir Eickenjäger, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, Tübingen 2017, pp. 81 ss.
35 Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) nº 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, COM/2021/189 final, 2021, en particulier l'art. 1 (modification de l'art. 19*bis*).
36 Règlement (UE) 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20.10.2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché, JO L 295/23 du 12.11.2010.

pour les minerais issus de zones de conflit ou à haut risque[37], afin d'amener les entreprises à identifier, tout au long de leurs chaînes d'approvisionnement, les effets préjudiciables réels et potentiels liés à l'acquisition de certains minerais de conflit – l'étain, le tantale, le tungstène et leurs minerais ainsi que l'or – et à éviter ou atténuer les atteintes aux droits humains. Ce règlement oblige tous les importateurs – personnes physiques et personnes morales – à prendre toute une série de mesures en accord avec les Principes directeurs des Nations Unies et ceux de l'OCDE.

- Travail des enfants et travail forcé : en 2019, le Parlement néerlandais a adopté une loi[38] pour imposer aux entreprises un devoir de diligence en matière de travail des enfants[39]. Cette loi n'est pas en vigueur, d'une part parce que ses dispositions d'exécution n'ont pas été adoptées et, d'autre part, parce que le gouvernement néerlandais a entrepris d'évaluer l'ensemble de sa politique en matière de conduite responsable des entreprises (voir infra). Le sénat australien a quant à lui approuvé un projet de loi interdisant l'importation de marchandises produites en partie ou en totalité en ayant recours au travail forcé[40].

Le régime obligatoire de diligence raisonnable en matière de droits humains dans certains domaines précis – qui va au-delà de la simple publication d'informations – présente l'avantage d'amener les entreprises à prendre des mesures visant à éviter ou à atténuer les effets préjudiciables de leurs activités sur les droits humains visés. Cette approche permet aussi de tenir compte dans la législation de besoins propres à chaque sujet ou secteur. Elle présente toutefois le danger de placer les entreprises actives dans différents secteurs de l'économie face à une grande variété de normes contradictoires. En outre, dans la perspective des droits humains, c'est en particulier le caractère sélectif de cette approche qui

37 Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17.05.2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JO L 130/1 du 19.05.2017.

38 Wet zorgplicht kinderarbeid, Kamerstukken I (*Loi sur le travail des enfants (devoir de diligence), Documents parlementaires I*), 2016/17, 34 506, 07.02.2017.

39 Voir à ce sujet CSDH, Progrès observés en 2017 dans le domaine de l'économie et des droits humains, par Schuerch Res, Newsletter CSDH n° 57 du 15.03.2018, ch. 4.2.

40 Customs Amendment (Banning Goods Produced By Forced Labour) Bill (*loi relative à la modification de la législation douanière [interdiction des biens produits par le travail forcé]*) 2021 (projet).

pose problème, car les droits humains jouent un rôle important dans tous les secteurs économiques et l'établissement d'une hiérarchie entre ces droits enfreint le principe de leur indivisibilité[41].

Bonnes pratiques : Guides sectoriels de l'OCDE

En plus de ses principes directeurs généraux à l'intention des entreprises multinationales, l'OCDE a aussi formulé six guides sectoriels pour aider les gouvernements, les entreprises, la société civile et les salarié·e·s à parvenir à une communauté de vues sur la mise en œuvre des normes en matière de devoir de diligence :

- Guide sur le devoir de diligence pour le prêt d'entreprises et la souscription de titres (2020) ;
- Guide sur le devoir de diligence applicable aux chaînes d'approvisionnement responsables dans le secteur de l'habillement et de la chaussure (2020) ;
- Conseils pratiques aux entreprises pour identifier et lutter contre les pires formes de travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement en minerais (2020) ;
- Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque (3e édition, 2019) ;
- Guide sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif (2017) ;
- Guide sur les filières agricoles responsables (2016).

41 Commission européenne, Due Diligence Requirements – Final Report, p. 285, et Parlement européen, CSR, pp. 70 ss.

Devoirs de diligence légaux de portée générale : les dernières tendances en Europe

La France est le premier pays à avoir, en 2017, inscrit dans sa législation, en l'occurrence dans son code de commerce, un devoir de diligence complet en matière de droits humains et d'environnement[42]. En juin 2021, l'Allemagne[43] (voir l'exemple ci-dessous) et la Norvège[44] lui ont emboîté le pas en adoptant des bases légales spécifiques[45]. Ces trois lois ont cela en commun de satisfaire à plusieurs exigences essentielles (mais pas toujours à toutes) des Principes directeurs en matière de devoir de diligence à l'égard des droits humains. Pour le reste, elles diffèrent foncièrement l'une de l'autre, que ce soit pour leurs motifs, leur champ d'application et la portée du devoir de diligence.

Exemple : Loi allemande sur le devoir de diligence dans les chaînes d'approvisionnement

Le Bundestag en Allemagne a adopté la loi sur le devoir de diligence dans les chaînes d'approvisionnement[46] le 16 juillet 2021. À l'article 3, les devoirs de diligence sont énumérés :

« Les entreprises sont tenues d'honorer de façon appropriée dans leurs chaînes d'approvisionnement les devoirs de diligence à l'égard des droits humains et de l'environnement définis dans les présentes afin de prévenir ou d'atténuer les risques pour les droits humains et l'environnement ou de faire cesser les infractions aux obligations en matière de droits humains ou d'environnement. Les devoirs de diligence sont les suivants :

42 LOI n° 2017-399 du 27.03.2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Pour des détails concernant la loi française, voir COMMISSION EUROPÉENNE, Due Diligence Requirements – Part III: Country Reports, pp. 56 ss.

43 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten du 16.07.2021 (*loi sur les devoirs de diligence des entreprises dans leurs chaînes d'approvisionnement*), Bundesgesetzblatt 2021 Partie I, n° 46, p. 2959 (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, LkSG – entrée en vigueur le 01.01.2023) ; (traduction libre des extraits de la loi).

44 Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven) (*Loi relative à la transparence des entreprises et aux mesures en matière de droits fondamentaux et de conditions de travail décentes [loi sur la transparence]*) du 18.06.2021 (entrée en vigueur encore indéterminée).

45 Pour une comparaison entre ces lois, voir KRAJEWSKI, TONSTAD et WOHLTMANN, Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?, dans : Business and Human Rights Journal 6/2021, pp. 550-558.

46 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten Bundesgesetzblatt 2021 I Nr. 46, 22.07.2021, pp. 2959 ss, (traduction libre).

1) la mise en place d'un système de gestion des risques ;
2) la désignation d'un service responsable au sein de l'entreprise ;
3) la réalisation d'analyses périodiques des risques ;
4) la publication d'une déclaration de principe ;
5) la mise en place de mesures de prévention dans la sphère d'activité de l'entreprise et à l'égard des fournisseurs directs ;
6) l'adoption de mesures de réparation ;
7) la mise en place d'un mécanisme de plaintes ;
8) la mise en œuvre des devoirs de diligence à l'égard des risques posés par les fournisseurs indirects et
9) l'archivage des données et la publication de rapports. »

L'article 20 de la loi allemande relative au devoir de diligence (Instruments) complète le régime de diligence raisonnable de portée générale en prévoyant la possibilité de fournir d'autres aides à l'application de la loi pour les différents secteurs :

« L'autorité compétente publie des informations, des instruments et des recommandations sectoriels ou intersectoriels concourant au respect de la présente loi et se concerte à cet égard avec les autorités responsables des domaines concernés. »

L'adoption de la loi norvégienne était motivée non seulement par la protection des droits humains, mais aussi par la nécessité d'informer l'opinion publique sur les mesures mises en place par les entreprises pour identifier et évaluer les effets préjudiciables de leurs activités sur les droits humains[47]. La loi allemande a en revanche été adoptée parce que les entreprises n'ont manifestement pas répondu aux attentes découlant du Plan national d'action pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises : alors que l'objectif contraignant était de 50 %, seulement 13 à 19 % des entreprises avaient satisfait aux exigences formulées par ce plan durant la période étudiée[48].

Les trois lois ne concernent que les entreprises d'une certaine taille : la loi norvégienne s'applique déjà aux entreprises de taille moyenne (à partir de 50 salarié·e·s), l'allemande aux grandes entreprises (à partir de 1000 salarié·e·s)[49] et la française aux très grandes entreprises (à partir de 5000 salarié·e·s)[50]. Les deux

47 Section 1 de la loi sur la transparence.
48 Auswärtiges Amt Deutschland, Abschlussbericht.
49 À partir du 01.01.2024 (du 01.01.2023 au 31.12.2023, la loi n'est applicable qu'aux entreprises qui comptent au moins 3000 salarié·e·s [art. 1 LkSG]).
50 La loi s'applique aux entreprises qui emploient au moins 5000 salarié·e·s (filiales comprises) en France ou au moins 10 000 salarié·e·s (filiales comprises) en France ou à l'étranger.

dernières exigent des entreprises qu'elles honorent leur devoir de diligence non seulement à l'égard des droits humains, mais aussi en matière de protection de l'environnement.

Une évolution se dessine également aux Pays-Bas, où un projet de loi promouvant la conduite responsable des entreprises a été présenté en mars 2021, qui prévoit lui aussi d'imposer aux grandes entreprises un devoir de diligence complet en matière de droits humains et de protection de l'environnement[51]. Cette loi est l'aboutissement d'une évaluation générale de la politique néerlandaise en matière de conduite responsable des entreprises[52]. Si elle était adoptée, elle abrogerait la loi relative au devoir de diligence en matière de travail des enfants, pas encore entrée en vigueur (voir supra), étant donné que le champ d'application de cette dernière est moins étendu.

Ces dernières années, l'UE a été, aux côtés de quelques pays européens, l'un des moteurs d'un modèle de régime de diligence raisonnable complet et contraignant dans les domaines des droits humains et de l'environnement. L'initiative pour une gouvernance d'entreprise durable vise à « mieux aligner les intérêts des entreprises, de leurs actionnaires et dirigeants, des parties prenantes et de la société » et à aider « les entreprises à mieux gérer les questions liées à la durabilité dans leurs opérations et leurs chaînes de valeur en ce qui concerne les droits sociaux et les droits de l'homme, le changement climatique, l'environnement, etc. »[53]. Dans ce cadre, la Commission européenne a présenté le 23 février 2022 une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité[54]. La proposition établit un devoir de vigilance des entreprises basé sur les Principes directeurs des Nations Unies et ceux l'OCDE en matière de droits humains et de l'environnement. Le devoir de vigilance s'adresse en principe à toutes les sociétés employant plus de 500 personnes et réalisant un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros à l'échelle mondiale. Les entreprises avec des activités dans des secteurs particulièrement exposés aux risques, tels que le secteur textile ou celui des matières premières, sont déjà sujets à ce devoir quand elles emploient plus de 250 personnes et réalisent un chiffre d'af-

51 Tweede Kamer der Staten-Generaal (*Seconde Chambre des États généraux*), Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen (*loi sur la conduite responsable et durable des entreprises*), 35761, 12.04.2021.

52 Government of the Netherlands, Evaluation and revision of policy on Responsible Business Conduct (RBC).

53 Commission européenne, Gouvernance d'entreprise durable.

54 Commission Européenne, Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2022) 71 final.

faires net de 40 millions d'euros et plus à l'échelle mondiale. Les devoirs de vigilance s'appliquent aussi aux entreprises de pays tiers actives dans l'UE dont le seuil de chiffre d'affaires réalisé dans l'UE et supérieur à 150 millions d'euros, ou à 40 millions d'euros dans les secteurs particulièrement exposés aux risques [55].

Bonne pratique : Guide de l'OCDE

En 2011, l'OCDE a adopté le Guide sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises. Il fournit aux agents économiques des outils pratiques pour honorer leur devoir de diligence à l'égard des droits humains tel que défini dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

Plusieurs arguments parlent en faveur de l'adoption à l'échelon de l'UE d'un régime de diligence raisonnable en matière d'entreprises et de droits humains : l'harmonisation des règles applicables, la sécurité juridique qui en découle pour toutes les entreprises actives ou domiciliées sur ce territoire et l'instauration de conditions de concurrence loyales et égales pour tous. À défaut d'un tel régime, la Commission met en garde contre le risque d'aboutir, dans un avenir proche, à un *patchwork* de lois, étant donné que les trois pays mentionnés ci-dessus ne sont pas les seuls à s'être attelés à la révision de leur législation en matière de conduite responsable des entreprises[56]. L'adoption d'un devoir de diligence complet a aussi les suffrages des défenseurs·euses des droits humains, et cela pour deux raisons : il s'applique aux entreprises de toutes les branches économiques et n'a pas pour corollaire l'établissement d'une hiérarchie entre les droits humains.

La voie suisse : ce n'est qu'un début

Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'initiative pour des multinationales responsables – qui demandait l'inscription dans la Constitution fédérale d'un devoir de diligence complet pour les entreprises suisses – a certes été approuvée par le peuple, mais rejetée par une majorité des cantons. Le Parlement a adopté

55 Commission européenne, Proposal, art. 2.
56 Commission européenne, Due Diligence Requirements – Final Report, pp. 142 ss. ; Commission Européenne, Proposal, préambule, paras. 4-6.

en juin 2020 le contre-projet indirect à l'initiative populaire, qui introduit une obligation de transparence sur des questions non financières et des devoirs de diligence en matière de minerais de conflit et de travail des enfants. Ce projet est entré en vigueur à l'expiration du délai référendaire[57]. Les nouvelles dispositions ont été intégrées au code des obligations et précisées par une ordonnance d'exécution du Conseil fédéral, entrée en vigueur le 1er janvier 2022[58].

En vertu de la modification du code des obligations, les grandes entreprises dont le total du bilan dépasse 20 millions de francs, qui réalisent un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions de francs et dont l'effectif est d'au moins 500 emplois à plein temps en moyenne annuelle devront rédiger chaque année un rapport sur les questions non financières[59], qui portera notamment sur les questions environnementales, les questions sociales, les questions de personnel, le respect des droits humains et la lutte contre la corruption en Suisse et à l'étranger. Ce rapport devra contenir les informations qui sont nécessaires pour comprendre l'évolution des affaires, la performance et la situation de l'entreprise ainsi que, dans la mesure où elles sont nécessaires à la compréhension de la situation, les incidences de son activité sur les différentes parties prenantes[60].

En vertu de leurs devoirs de diligence en matière de minerais de conflit et de travail des enfants, les entreprises devront notamment mettre en place un système de gestion, définir une politique d'approvisionnement, établir une cartographie des risques et présenter chaque année un rapport[61]. S'agissant des minerais de conflit, le respect des devoirs de diligence doit en outre faire l'objet d'une vérification par un·e expert·e indépendant·e, comme une société de révision[62]. Dans ses dispositions d'exécution, le Conseil fédéral peut préciser la portée des devoirs de diligence et déterminer quelles entreprises (les PME, par exemple) en sont exemptées[63].

En adoptant ce régime, la Suisse entend s'aligner sur les normes européennes en vigueur en matière de publication d'informations non financières et de devoirs de diligence relatifs aux minerais de conflit. Les nouvelles règles suisses s'ins-

57 Modification du code des obligations du 19.06.2021, FF 2021 890. Pour plus de détails, voir CSDH, Nouvelles règles pour les entreprises suisses : obligation de faire rapport et devoirs de diligence limités, 17.12.2020 ; Bueno et Kaufmann, Swiss Due Diligence Legislation.
58 ODiTr ; RS 221.433.
59 Art. 964*a* al. 1 CO.
60 Art. 964*b* al. 1 CO.
61 Art. 964*k* et 964*l* CO.
62 Art. 964*k* al. 3 CO.
63 Art. 964*j* al. 2 à 4 CO.

pirent par ailleurs aussi des guides de l'OCDE sur les minerais de conflit et le travail des enfants, ainsi que de la loi néerlandaise relative au devoir de diligence en matière de travail des enfants.

Comparée aux initiatives législatives en cours dans l'UE et dans certains pays, la Suisse se situe, après la modification du code des obligations, au milieu du peloton. Certes, elle a adopté pour la première fois des mesures contraignantes en vue d'obliger les entreprises à assumer leurs responsabilités à l'égard des droits humains, mais elle va moins loin que l'Allemagne, la France ou la Norvège par exemple ou encore que les Principes directeurs des Nations Unies ou de l'OCDE applicables aux entreprises multinationales. Sa législation présente par conséquent les avantages et inconvénients de la publication d'informations non financières et des devoirs de diligence limités à certains domaines, que nous avons détaillés ci-dessus.

Conclusion

Quelques États et l'UE ont entrepris d'inscrire le devoir de diligence dans leur législation, car l'expérience a montré que les initiatives d'autorégulation des entreprises et les mesures non contraignantes prises par les États ne suffisaient généralement pas pour que les entreprises assument leurs responsabilités envers les droits humains, telles que formulées dans les Principes directeurs des Nations Unies et de l'OCDE, et remédient aux effets préjudiciables de leurs activités sur ces droits.

Ces États ont commencé par des obligations de publication d'informations non financières, notamment sur les droits humains, puis ont introduit des régimes de diligence raisonnable en matière de minerais de conflit et de travail des enfants, avant de devenir toujours plus nombreux ces dernières années (c'est le cas notamment de la France, de l'Allemagne et de la Norvège) à inscrire dans leurs lois un devoir de diligence de portée générale en matière de droits humains. D'autres pays européens, mais aussi l'UE, sont sur le point de leur emboîter le pas.

Les tendances qui se dégagent des initiatives législatives en cours dans le domaine de la conduite responsable des entreprises concernent aussi la Suisse et son économie mondialisée. À cet égard, le Conseil fédéral a souligné à diverses reprises l'importance d'harmoniser le processus législatif suisse avec cette évolution.

Les dispositions en vigueur en Suisse concernant la publication d'informations non financières et les devoirs de diligence en matière de minerais de conflit et de travail des enfants, applicables uniquement aux grandes entreprises, ne vont que partiellement dans le sens de cette harmonisation[64]. Par ailleurs, divers·es auteur·e·s ont prouvé que ces deux approches ne produisaient pas les effets escomptés, pas même pour les entreprises visées par la loi. Cependant, les nouvelles dispositions du code des obligations n'auront qu'une importance mineure pour les entreprises suisses présentes dans les pays de l'UE, puisque ces dernières devront s'adapter, à court ou moyen terme, aux dispositions plus ambitieuses de nos voisins et de Bruxelles. Bien que les nouvelles règles de transparence et de devoir de diligence en matière de minerais de conflit et de travail des enfants viennent à peine d'entrer en vigueur, on constate déjà qu'elles devront être suivies, en Suisse aussi, par d'autres mesures vers un devoir de diligence complet à l'égard des droits humains.

Quel que soit le cadre législatif, un nombre toujours croissant d'entreprises et de fédérations patronales sont favorables à l'adoption d'un devoir de diligence complet. En s'engageant sans équivoque à respecter les conventions internationales, les entreprises non seulement s'assurent une meilleure sécurité juridique et des conditions de concurrence loyales et égales pour tous (*level playing field*), mais consolident aussi leur position de négociation avec leurs partenaires commerciaux (en Europe et ailleurs), au sein de leur chaîne d'approvisionnement et au-delà, tout en soignant leur réputation et leur attrait pour les salarié·e·s, les partenaires commerciaux, les investisseurs·euses et les client·e·s. Ces parties prenantes attendent en effet toujours plus d'elles qu'elles respectent les droits humains et protègent l'environnement[65].

Dès lors, l'adoption d'un régime complet de diligence raisonnable à l'égard des droits humains n'est pas avant tout synonyme de risques pour les États et les entreprises, mais plutôt l'occasion de doter les activités commerciales d'un cadre règlementaire durable, novateur et en phase avec les attentes de la société.

64 Pour un examen critique, voir Bueno et Kaufmann, Swiss Due Diligence Legislation.
65 Pour plus de détails, voir Commission européenne, Due Diligence Requirements – Final Report, pp. 16 s. et 142 ss, et Parlement européen, CSR, pp. 70 ss.

Recommandations

Au pouvoir législatif

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a Une nouvelle base légale institue un régime de diligence raisonnable complet applicable à toutes les entreprises, fondé sur les Principes directeurs des Nations Unies et de l'OCDE et permettant aux entreprises une mise en œuvre fondée sur les risques.

b Dans l'ensemble du système juridique, les exigences auxquelles les entreprises doivent satisfaire pour honorer leur devoir de diligence en matière de droits humains sont cohérentes.

c Des incitations encourageant les entreprises à assumer leurs responsabilités en matière de droits humains sont inscrites dans la loi, par exemple des critères fondés sur les droits humains appliqués au droit des marchés publics (LMP) ou aux accords de libre-échange.

Aux autorités chargées d'appliquer le droit

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

d Les autorités prêchent par l'exemple en appliquant elles-mêmes des normes fondées sur les droits humains à leurs activités économiques.

e Grâce à une stratégie de communication claire, les entreprises sont informées des obligations qui leur incombent en raison de leur devoir de diligence en matière de droits humains.

14 Le respect des droits humains, pilier d'une gouvernance d'entreprise durable

Christine Kaufmann et Res Schuerch

Introduction

Cas pratique : Des investisseurs institutionnels soucieux de mettre davantage les entreprises au service du bien commun

En 2018, Larry Fink, le PDG du premier gestionnaire d'actifs de la planète – BlackRock –, a adressé aux directions de sociétés une lettre ouverte intitulée *A Sense of Purpose* (Une raison d'être), dans laquelle il appelait les entreprises à se doter d'un modèle d'affaires qui tienne compte des enjeux de la société : « La société exige que les entreprises, à la fois publiques et privées, se mettent au service du bien commun. Pour prospérer au fil du temps, toute entreprise doit non seulement produire des résultats financiers, mais également montrer comment elle apporte une contribution positive à la société. Les entreprises doivent bénéficier à l'ensemble de leurs parties prenantes, dont les actionnaires, les salariés, les clients et les communautés dans lesquelles elles opèrent.[1] »

Cas pratique: La prévention des violations des droits humains, une mission relevant de la gestion d'entreprise

Compte tenu du rejet, en novembre 2020, de l'initiative pour des multinationales responsables, le contre-projet indirect adopté par le Parlement est entré en vigueur le 1er janvier 2022. En vertu de ce texte, les entreprises seront tenues de prévoir, dans leur système de gestion, un devoir de diligence dans certains thèmes liés aux droits humains :

Art. 964*j* al. 1 CO : « Les entreprises [...] doivent respecter les devoirs de diligence dans la chaîne d'approvisionnement et en rendre compte dans un rapport, lorsqu'elles : [...] 2. offrent des biens ou des services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants. »

1 Traduction de la citation en langue originale anglaise tirée de CASTETS, Quand Larry Fink en appelle à la moralisation du capitalisme, Décideurs Magazine du 01.06.2018.

> Art. 964*k* al. 2 CO : « Elles identifient et évaluent les risques d'effets néfastes dans leur chaîne d'approvisionnement. Elles élaborent un plan de gestion des risques et prennent des mesures en vue de réduire au minimum les risques constatés. »

En raison, notamment, de la mondialisation de l'économie et de la complexification des chaînes d'approvisionnement, les entreprises voient s'alourdir de plus en plus le bilan humain et environnemental de leurs activités par-delà les frontières. Aussi, la mise en cause d'entreprises dans le cadre de graves affaires d'atteintes à l'environnement et aux droits humains a très tôt suscité une remise en question de la place occupée par ces acteurs au sein de la société, un débat que la mondialisation n'a fait qu'aviver, en particulier à partir des années 1990[2].

Le cœur de la question est donc ici de savoir quels buts poursuit une entreprise, quels principes régissent sa conduite et quels intérêts priment dans le cadre de ses activités. Dans les années 1960 a vu le jour, sous l'impulsion de Milton Friedman, une théorie de la gouvernance d'entreprise qui s'est pendant longtemps imposée[3]. Selon celle-ci, une entreprise a pour seul devoir de défendre les intérêts de ses actionnaires. Il s'ensuit que les activités sociales revêtent un caractère purement volontaire et ne sont autorisées que dans la mesure où elles n'ont aucune incidence négative sur les bénéfices : « […] l'entreprise a une seule et unique responsabilité sociale : utiliser ses ressources et mener des activités afin de maximiser ses profits, tout en respectant les règles du jeu […] »[4].

Conformément à cette théorie dite des actionnaires, la direction opérationnelle d'une entreprise doit répondre des bénéfices réalisés devant les propriétaires de la société. À noter que Milton Friedman englobe dans le terme *rules of the game* (règles du jeu) non seulement le cadre légal, mais aussi les principes éthiques et sociaux fondamentaux[5]. Dans cette logique, la promotion du développement (macro)économique participerait donc à la recherche de l'intérêt général[6].

Contrairement à la théorie du primat de l'actionnaire, la théorie dite des parties prenantes ne se concentre pas exclusivement sur les intérêts des bailleurs de fonds, mais associe aux activités des entreprises d'autres parties concernées telles que les membres du personnel, la clientèle, les fournisseurs, les organi-

2 Voir KAUFMANN, Purpose of the Corporation, p. 12 s.
3 Voir FRIEDMAN, Capitalism ainsi que FRIEDMAN, Social Responsibility.
4 FRIEDMAN, Capitalism, p. 112 (traduction libre).
5 FRIEDMAN, Social Responsibility.
6 Pour approfondir, voir SCHNEIDER et SCHERER, Corporate Governance, p. 310 s.

sations non gouvernementales, les communautés locales et l'environnement[7]. Cette approche, qui présente les entreprises comme des « organismes moraux investis d'une responsabilité éthique et sociale » et non comme de simples agents économiques[8], aborde la notion d'intérêts durables des entreprises en renvoyant aux « intérêts combinés de tous les intervenants concernés par les activités exercées »[9]. Dans cette perspective, il n'y a pas qu'envers ses actionnaires que s'engage une entreprise, elle doit aussi rendre des comptes à d'autres parties prenantes touchées par ses activités[10]. Dans la théorie des parties prenantes, le but de l'entreprise va au-delà des objectifs financiers pour englober des objectifs sociaux comme la poursuite d'une croissance durable, la mise en place de conditions de travail équitables et égalitaires et l'instauration d'une responsabilité sociale et écologique sur le long terme[11].

Alors qu'ils adhéraient sans réserve à la thèse des actionnaires, certains des plus grands groupements d'entreprises au monde ont, au cours des dernières années, opéré un changement de paradigme vers une vision de la gouvernance d'entreprise axée sur les parties prenantes. Ainsi, Larry Fink, le PDG de BlackRock, le premier gestionnaire d'actifs de la planète, a déclaré en 2018 que les entreprises devaient bénéficier à l'ensemble de leurs parties prenantes – dont les actionnaires, les salarié·e·s, la clientèle et les communautés dans lesquelles elles opèrent –, soulignant la nécessité pour une entreprise, publique comme privée, de poursuivre un but social de façon transparente (voir à ce sujet le cas pratique présenté en introduction)[12]. Relevons également le manifeste 2020 du Forum économique mondial (FEM), dans lequel l'institution défend l'idée selon laquelle le but d'une entreprise est d'impliquer tous ses partenaires dans la création d'une valeur commune et pérenne[13]. Notons aussi qu'en 2019, l'association de PDG américain·e·s U.S. Business Roundtable a adopté une position similaire dans une déclaration[14].

7 Bradford, Beyond Good and Evil, p. 148.
8 Bradford, Beyond Good and Evil, p. 148 (traduction libre).
9 Meier-Hayoz, Forstmoser et Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, par. 10, ch. m. 218.
10 Pour approfondir la question de la participation des actionnaires à la gouvernance d'entreprise, voir Scherer et Voegtlin, Corporate Governance for Responsible Innovation: Approaches to Corporate Governance and their Implications for Sustainable Development, dans : Academy of Management Perspectives, vol. 34, n° 2, 2020, en particulier p. 190 ss., 195 s. et 198 ss.
11 Bradford, Beyond Good and Evil, p. 149.
12 Fink, Larry Fink's Letter to CEOs - A Sense of Purpose, 2018.
13 Forum économique mondial (FEM), Manifeste de Davos 2020 : L'objectif universel d'une entreprise dans la Quatrième Révolution Industrielle, 2019.
14 Business Roundtable, Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans', 2019.

Comme le montre l'analyse à laquelle nous nous livrons ci-après, la responsabilité des entreprises vis-à-vis de la société est une préoccupation qui, si elle ne date pas d'hier, a néanmoins acquis au fil du temps une signification nouvelle. Le présent chapitre a pour objectif, à l'aide d'évolutions normatives récentes sur le devoir de diligence des entreprises et d'une sélection d'initiatives traitant du but de l'entreprise en droit des sociétés, de mettre en évidence à quel point la conduite responsable des entreprises et le respect des droits humains et des normes environnementales font aujourd'hui partie intégrante de la gouvernance d'entreprise. Nous conclurons notre propos en formulant des recommandations quant à la manière de favoriser plus avant les modèles d'affaires durables en Suisse.

Analyse

La responsabilité sociétale des entreprises à travers les époques

L'idée selon laquelle les entreprises doivent assumer, au sein de la société, une mission sociale qui va au-delà de la création de bénéfices n'est pas nouvelle[15]. En effet, on attendait déjà des entreprises dans la Grèce antique qu'elles se mettent au service du bien commun et ne placent pas les intérêts économiques au-dessus de ceux de la collectivité[16]. Durant le Moyen Âge, eu égard à l'autorité morale détenue par l'Église catholique, les activités économiques étaient perçues de manière critique, de sorte que les marchands étaient tenu·e·s d'aider la frange la plus défavorisée de la population[17]. Même à l'époque du mercantilisme, marquée par un fort soutien public à l'économie, il était important que les entreprises agissent dans l'intérêt de leur nation, car c'était alors l'État qui rendait possible l'essor économique en intervenant dans le commerce[18].

Dans le sillage de la Révolution industrielle amorcée au XVIII^{e} siècle, les entreprises privées, fortes de leur puissance, se sont totalement détachées des obligations sociales qui les liaient jusqu'alors à l'État et à la société[19]. La concur-

15 Au sujet de la place des entreprises à travers les époques, voir EBERSTADT, CSR History.
16 EBERSTADT, CSR History, p. 77 s.
17 EBERSTADT, CSR History, p. 78.
18 EBERSTADT, CSR History, p. 79.
19 EBERSTADT, CSR History, pp. 80-81.

rence économique et la soif de bénéfices des entreprises ont alors entraîné une détérioration continue des conditions de travail et de rémunération[20]. Cette situation a notamment débouché, dès la fin du XIX^e siècle, sur l'introduction de normes nationales minimales dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail. L'adoption d'un régime international a suivi en 1919, avec la fondation de l'Organisation internationale du travail (OIT)[21]. La consécration légale de normes minimales en matière de droit du travail a notamment obligé les entreprises à prendre en compte non seulement la rentabilité, mais aussi des intérêts d'autres parties prenantes, et plus particulièrement ceux des travailleurs·euses[22].

Les années 1950 ont marqué l'émergence d'approches fondées sur le caractère volontaire de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)[23], une notion qui, selon une définition proposée par la Commission européenne en 2001, s'entendait comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »[24]. Depuis 2011, l'institution a abandonné le critère relatif à la nature volontaire de la RSE pour décrire plus généralement ce concept comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »[25]. Pour illustrer concrètement la RSE, citons notamment l'engagement des entreprises dans le domaine des conditions de travail, de l'environnement, du bénévolat et de l'action caritative[26]. Cette approche globale de la RSE ainsi que la théorie des parties prenantes soulignent la nécessité de prendre en compte les intérêts de la société dans les activités économiques[27].

20 Eberstadt, CSR History, pp. 80-81.
21 Pour approfondir la question de l'évolution des droits du travail à l'échelle internationale, voir Kaufmann, Globalisation and Labour Rights, Oxford et Portland 2007, pp. 28-86.
22 Kaufmann, Purpose of the Corporation, p. 7.
23 Schneuwly, Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik – Transnationales CSR-soft law im globalen Kontext, Grundlegendes Recht, vol. 17, Bâle 2012, p. 14 s. (pour des développements à ce sujet) ; Crane et al., The Corporate Social Responsibility Agenda, dans : Andrew Crane et. al. (éds), The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility, Oxford 2008, pp. 3-15 (sur la question de la pluralité des définitions) ; CSDH, CSR, ch. m. 16 s. et 25 ss. (pour des généralités sur la RSE).
24 Commission européenne, Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM(2001) 366 final, 18.07.2001, ch. m. 20.
25 Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM(2011) 681 final, 25.11.2011, p. 7.
26 Freeman et Dmytriyev, CSR and Stakeholder Theory, p. 10.
27 Au sujet du lien entre la RSE et la théorie des actionnaires, voir Freeman et Dmytriyev, CSR and Stakeholder Theory, p. 9 s.

La mondialisation a amené un nombre croissant d'entreprises à délocaliser les risques liés aux droits humains et à l'environnement vers des États étrangers, et plus particulièrement vers ceux présentant un cadre règlementaire faible – un phénomène qui porte atteinte à l'efficacité des lois nationales en vigueur dans les pays de domiciliation, dont la portée se limite généralement au territoire considéré[28]. C'est la raison pour laquelle, depuis le début du XXIe siècle, toujours plus d'initiatives nationales et internationales voient le jour dans le but d'obliger juridiquement les entreprises à respecter les droits humains et l'environnement dans l'exercice de leurs activités, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières[29].

Ces nouveaux mouvements sont nés de la conviction que les mesures volontaires adoptées par les entreprises ne suffisent pas à prévenir les incidences négatives des activités économiques sur les droits humains et l'environnement ni à remédier efficacement à leurs conséquences[30]. Ils démontrent par ailleurs que les entreprises n'opèrent pas dans une bulle, mais au sein d'un système de valeurs morales et juridiques en constante évolution[31].

But de l'entreprise et devoir de diligence en matière de droits humains

À l'échelle tant nationale qu'internationale, on dénombre toujours plus d'initiatives normatives publiques visant à imposer aux entreprises un devoir de diligence en matière d'environnement et de droits humains. Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (UNGP) adoptés en 2011 par le Conseil des droits de l'homme jettent les fondements à cet égard[32]. Les dispositions et instruments contraignants décrits dans la section suivante, qui ont trait à la Suisse et à l'Union européenne, ont pour objectif d'amener les entreprises à tenir compte dans leur processus décisionnel

28 SCHNEIDER et SCHERER, Corporate Governance, p. 311.
29 Au sujet des effets de la mondialisation sur la théorie des actionnaires, voir SCHNEIDER et SCHERER, Corporate Governance, p. 311 s.
30 Voir COMMISSION EUROPÉENNE, Due Diligence Requirements.
31 Voir HILLER, Benefit Corporation and CSR, p. 287 (« l'entité économique dénommée *société* est une fiction légale et n'existe pas en tant que telle, de sorte qu'elle peut être modifiée pour répondre aux besoins de la société » [traduction libre]). Au sujet de la juridicisation, voir CSDH, CSR, ch. m. 28 ss. Pour approfondir le concept de « social licence to operate », voir MORRISON, The Social Licence, How to Keep Your Organization Legitimate, Londres 2014.
32 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, UNGP.

des intérêts non seulement des actionnaires, mais aussi de toute personne subissant des retombées de leurs activités (pour d'autres exemples de lois instaurant un devoir de diligence en matière de droits humains, voir le chapitre 13).

Dispositions légales et autres instruments suisses

En Suisse, les avancées dans le domaine de l'économie et des droits humains trouvent notamment leur source dans les UNGP[33] et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales[34] ainsi que dans la directive européenne sur la publication d'informations non financières[35] et le règlement européen sur les minerais provenant de zones de conflit[36].

Comme exemples de dispositions légales contraignantes en Suisse, citons les obligations de faire rapport sur des questions non financières ainsi que les devoirs de diligence applicables aux grandes entreprises dans le domaine du travail des enfants et des minerais provenant des zones de conflit, deux instruments adoptés par le Parlement en 2020 et entrés en vigueur le 1er janvier 2022 (voir à ce sujet le cas pratique présenté en introduction)[37]. En vertu des obligations de faire rapport susmentionnées, les entreprises sont tenues de « rend[re] compte des questions environnementales, notamment des objectifs en matière de CO_2, des questions sociales, des questions de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption » (art. 964*b*, al. 1, CO). Ajoutons que le rapport doit être signé par l'organe suprême de direction de l'entreprise (art. 964*c*, al. 1, CO).

Les devoirs de diligence instaurés dans le domaine du travail des enfants et des minerais provenant des zones de conflit imposent en outre aux entreprises de mettre en place un système de gestion et d'élaborer une politique relative à

33 Pour des détails au sujet des UNGP, voir le chapitre 13.
34 OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011. Pour approfondir la question du rôle joué par les principes directeurs de l'OCDE au regard de la réinterprétation du but de l'entreprise, voir KAUFMANN, Purpose of the Corporation, p. 10 ss.
35 Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22.10.2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JOUE 330/1 du 15.11.2014.
36 Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17.05.2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JOUE L 130/1 du 19.05.2017.
37 Modification du code des obligations du 19.06.2021, FF 2021 890. Pour approfondir, voir CSDH, Nouvelles règles pour les entreprises suisses : obligation de rendre compte et devoirs de diligence limités, par Kaufmann Christine et Schuerch Res, Newsletter CSDH n° 83 du 17.12.2020.

la chaîne d'approvisionnement en vue d'identifier et d'évaluer les risques d'effets néfastes (art. 964*k* CO). Il est à noter que l'organe suprême de direction doit aussi rapporter annuellement sur la mise en œuvre des devoirs de diligence (art. 964*l* CO).

Ce nouveau régime contraint les entreprises – à commencer par l'échelon de la direction – à intégrer, à leur culture d'entreprise et donc aussi à leur gouvernance, des exigences notamment liées à des questions sociales et environnementales et à respecter ces prescriptions dans l'ensemble de leurs processus.

Afin de compléter ces règles obligatoires, le Conseil fédéral a exposé, dans ses plans d'action relatifs, d'une part, à la RSE[38] et, d'autre part, aux entreprises et aux droits humains[39], sa vision quant à la conduite que doivent adopter les entreprises dans le cadre de leurs activités économiques. Ainsi, celui-ci attend

> « […] des entreprises domiciliées et/ou actives en Suisse qu'elles s'acquittent dûment de leurs responsabilités en matière de droits de l'homme, indépendamment du lieu où elles opèrent et qu'elles intègrent des procédures de diligence raisonnable en matière des droits de l'homme. Dès lors, les entreprises suisses doivent prévenir toute incidence négative sur les droits de l'homme. »[40]

Le renforcement de la responsabilité des entreprises en Suisse et à l'étranger est également au cœur de la « Stratégie pour le développement durable 2030 », dont les objectifs consistent notamment à ce que les entreprises basées ou actives en Suisse « mettent en œuvre une conduite responsable, en tenant compte notamment des conditions de travail, des droits de l'homme et de l'environnement dans toutes leurs activités commerciales, en Suisse et au niveau international »[41] et « assument leur responsabilité pour l'ensemble de leurs activités, en Suisse comme à l'étranger, conformément aux normes et directives RSE internationalement reconnues »[42]. En outre, la Confédération invite aussi l'économie privée à « définir des objectifs ambitieux pour ses propres contributions au développement durable, à créer des modèles d'affaires appropriés et à faire part des progrès réalisés en la matière »[43].

38 Conseil fédéral, Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement : État de la mise en œuvre 2017-2019 et plan d'action 2020-2023, 15.01.2020.
39 SECO, NAP.
40 SECO, NAP, p. 5.
41 Conseil fédéral, Stratégie pour le développement durable 2030, p. 17.
42 Conseil fédéral, Stratégie pour le développement durable 2030, p. 36.
43 Conseil fédéral, Stratégie pour le développement durable 2030, p. 36.

À l'image de l'évolution internationale, la Suisse a récemment opéré un changement de paradigme vers une conduite des entreprises axée sur les parties prenantes[44]. Ainsi, alors qu'en 2002, le « Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise » définissait encore la gouvernance d'entreprise comme étant l'« intérêt des actionnaires »[45], cette notion a fait place en 2014 à celle d'« intérêts durables des entreprises »[46]. Cette modification traduit le constat suivant : ce n'est pas en se focalisant exclusivement sur les actionnaires qu'un conseil d'administration honorera son devoir légal[47] de fidélité envers les intérêts de l'entreprise, mais au contraire en prenant en considération, dans sa conduite des affaires, les risques et les intérêts liés à d'autres parties prenantes[48]. Dans nos recommandations, en fin de chapitre, nous proposons une liste des intérêts qui pourraient entrer dans cette définition.

Instruments de l'Union européenne

Il ressort d'études commanditées par l'Union européenne que les obligations de faire rapport sur des questions non financières ainsi que les instruments de diligence sectoriels actuellement en place ne suffisent pas à garantir que les entreprises mettent en œuvre une approche fondée sur les risques et articulée autour de la notion de parties prenantes. Aussi l'Union européenne a-t-elle lancé une initiative visant à instaurer un devoir de diligence général et contraignant en matière de droits humains[49]. En mars 2021, le Parlement européen a ainsi adopté un rapport contenant des recommandations à l'intention de la Commission européenne quant à l'élaboration d'une directive en la matière[50]. L'objectif consiste à aboutir à une norme mondiale sur la question de l'entrepreneuriat responsable[51] ainsi qu'à prévenir et à atténuer les incidences négatives sur les droits humains et l'environnement[52].

---

44 Meier-Hayoz, Forstmoser et Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, par. 10, ch. m. 217 s.
45 Economiesuisse, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, 2002, p. 8.
46 Economiesuisse, Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, 2014, p. 6.
47 Art. 717 al. 1 loi fédérale du 30.03.2011 complétant le code civil suisse du 30.03.1911 (Livre cinquième : Droit des obligations, CO ; RS 220).
48 À ce sujet, voir également Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, dans : SZW/RSDA 4/2018, pp. 377.
49 Commission européenne, Non-Financial Reporting ainsi que Commission européenne, Due Diligence Requirements.
50 Parlement européen, Proposition de résolution sur le devoir de diligence.
51 Parlement européen, Proposition de résolution sur le devoir de diligence, annexe à la proposition de résolution, consid. 13.
52 Parlement européen, Proposition de résolution sur le devoir de diligence, annexe à la proposition de résolution, consid. 14.

Bonne pratique : Des grandes entreprises du secteur de l'énergie respectueuses du climat

Les actionnaires d'ExxonMobil et de Chevron sont engagé·e·s en faveur de modèles d'affaires respectueux du climat (mai 2021) :

- La majorité des actionnaires d'ExxonMobil a décidé, contre de la volonté de la direction, de remplacer trois membres du conseil d'administration par de nouveaux·elles candidat·e·s sensibles aux enjeux climatiques. À l'origine de ce changement, on trouve la société d'investissement militante Engine No. 1 qui, si elle ne détient pas plus de 0,02 % du capital de l'entreprise, a su convaincre la plupart des investisseurs.
- Les actionnaires de Chevron ont accepté une proposition visant à accroître les efforts de réduction d'émissions de CO_2 de l'entreprise et à inclure dans la stratégie de celle-ci les émissions qui ne sont qu'indirectement générées par les activités exercées, à savoir les émissions dites de catégorie 3 telles que celles rejetées par les consommateurs·trices finaux.

Ces nouvelles règles s'appliquent aux grandes entreprises ainsi qu'aux PME qui sont cotées en bourse ou opèrent dans des secteurs à haut risque sur le plan des droits humains et de l'environnement[53]. La participation des parties prenantes concernées doit être assurée à tous les stades de la mise en œuvre du devoir de diligence[54]. Par « parties prenantes », il convient d'entendre les personnes dont les droits et les intérêts sont touchés par les activités d'une entreprise, et notamment les travailleurs·euses, les communautés locales, les enfants, les peuples autochtones et les actionnaires. Sont également considérées comme telles les organisations qui œuvrent en faveur de la bonne gouvernance et du respect des droits humains et des normes sociales et environnementales telles que les organisations de la société civile et les syndicats[55]. Tous les organes concernés de l'entreprise (administration, direction, surveillance) doivent veiller à ce que les activités et la finalité de celle-ci respectent les droits humains et les normes environnementales[56].

53 Parlement européen, Proposition de résolution sur le devoir de diligence, annexe à la proposition de résolution, art. 2, ch. 1 et 2.
54 Parlement européen, Proposition de résolution sur le devoir de diligence, annexe à la proposition de résolution, art. 5.
55 Parlement européen, Proposition de résolution sur le devoir de diligence, annexe à la proposition de résolution, art. 3, ch. 1).
56 Parlement européen, Proposition de résolution sur le devoir de diligence, annexe à la proposition de résolution, consid. 45.

Dans une étude traitant des devoirs incombant aux dirigeant·e·s d'entreprise (intitulée *Directors' Duties*), publiée en juillet 2020, la Commission européenne est elle aussi parvenue à la conclusion que seul un mécanisme européen permettra de garantir une gouvernance d'entreprise cohérente et durable dans les différents États membres[57]. Ce constat s'appuie sur le fait que les règles régissant la gouvernance d'entreprise varient fortement d'un pays à l'autre et que l'absence de démarche durable dans ce domaine finira, à terme, par avoir de graves répercussions sur un grand nombre de parties prenantes dans toute l'Union européenne. Afin d'assurer un développement durable, il serait dès lors essentiel d'instaurer une approche coordonnée ainsi qu'un cadre identique pour toutes les entreprises[58]. Le rapport formule diverses pistes de solution, qui vont de mesures de sensibilisation à des dispositions contraignantes, en passant par des recommandations[59]. Une voie envisagée consiste à combiner ces nouvelles règles à la proposition exposée précédemment d'instaurer un devoir de diligence obligatoire[60].

Élargissement de la notion de but de l'entreprise en droit des sociétés : au-delà du simple but lucratif

Le droit suisse des sociétés

En droit suisse des sociétés, la poursuite d'un but économique et, dès lors, d'un but lucratif, constitue la règle, tandis que la poursuite d'un but idéal – c'est-à-dire la « promotion d'intérêts tiers sous réserve du maintien de la solvabilité »[61] –, représente l'exception[62]. Si la poursuite d'un but lucratif n'est pas un principe explicitement inscrit dans le droit des sociétés, il « s'impose toutefois comme une évidence aux yeux du législateur »[63]. C'est au travers de son but thématique, fixé dans ses statuts et susceptible d'être modifié, qu'une entreprise dé-

57 Commission européenne, Directors' Duties.
58 Commission européenne, Directors' Duties, pp. vi-vii.
59 Au sujet des options possibles, voir Commission européenne, Directors' Duties, pp. viii-xi.
60 Pour un point de vue critique à ce sujet, voir Ruggie, European Commission initiative on mandatory human rights due diligence and directors' duties, 2021.
61 Von der Crone, Aktienrecht, par. 10, ch. m. 179 (traduction libre).
62 Meier-Hayoz, Forstmoser et Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, par. 4, ch. m. 13 ; Von der Crone, Aktienrecht, par. 10, ch. m. 179 (sur la SA). La poursuite d'une finalité non matérielle peut être soit établie par la loi (tel est le cas, par exemple, des associations à l'art. 60 al. 1 CC) soit définie dans les statuts (ainsi que le prévoit, notamment, l'art. 620 al. 3 CO).
63 Von der Crone, Aktienrecht, par. 10, ch. m. 179 (traduction libre).

termine la manière dont elle réalise des bénéfices[64]. Le choix d'une orientation lucrative n'empêche pas une entreprise de poursuivre par ailleurs des objectifs sociaux et environnementaux. Toutefois, sur le plan des droits humains, des problèmes surgissent lorsque l'entreprise accorde la priorité aux seuls intérêts (financiers) des actionnaires et que la maximisation des bénéfices prend le pas sur le respect des droits humains et de l'environnement.

Dans la suite du présent chapitre, nous présentons deux exemples de régimes tirés du droit français et américain qui autorisent les entreprises, parallèlement à la poursuite d'un but lucratif, à défendre des intérêts sociaux et environnementaux. La consécration légale de telles « incitations » permet d'amener les entreprises à inscrire des considérations liées à la durabilité dans leur culture et à les concevoir comme une facette de leur but. Dans les recommandations à l'intention du législateur formulées à la fin du présent chapitre, nous montrons quelle forme cette solution pourrait revêtir en Suisse.

La loi PACTE en France

En 2019 déjà, la France a promulgué une loi qui correspond à la vision de Larry Fink citée en introduction. La loi PACTE[65], dont l'objectif consiste notamment à repenser la place des entreprises dans la société[66], comporte trois approches qui méritent d'être analysées ici.

(1) Ce texte complète l'art. 1833 du code civil français (CCF) – dont l'al. 1 dispose que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés » –, par l'introduction d'un al. 2 prévoyant que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »[67]. Appli-

64 MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER et SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, par. 4, ch. m. 10 ss. Ainsi, dans le cas des sociétés anonymes, les actionnaires peuvent procéder à une modification du but thématique par une décision prise à la majorité des deux tiers (art. 704 al. 1 ch. 1 CO).

65 Loi n° 2019-486 du 22.05.2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (Loi PACTE).

66 Loi PACTE, section 2.

67 Art. 169 ch. I 1° loi PACTE. Pour approfondir, voir PIETRANCOSTA, Intérêt social et raison d'être ainsi que SEGRESTIN, HATCHUEL et LEVILLAIN, When the Law Distinguishes Between the Enterprise and the Corporation: The Case of the New French Law on Corporate Purpose, Journal of Business Ethics (2020) 171, pp. 1-13.

cable à l'ensemble des entreprises françaises, cette disposition additionnelle vient élargir le concept de but lucratif visé à l'art. 1832 CCF[68].

(2) En son art. 1835, le CCF innove en permettant aux entreprises de préciser dans leurs statuts une « raison d'être »[69], qu'il définit comme les principes qu'une entreprise se fixe et pour lesquels elle entend affecter des moyens. Si ce concept se réfère aussi à l'intérêt de l'entreprise (ou « intérêt social »), il dépasse cependant cette notion, pour établir un lien avec l'humain et la question de la vocation des entreprises au sein de la société[70].

(3) Les entreprises ont désormais la possibilité d'obtenir la qualité de « société à mission »[71]. Pour ce faire, elles doivent inscrire dans leurs statuts un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux et répondre aux conditions opérationnelles déterminées dans la loi, telles que la désignation d'un organisme tiers pour la vérification de l'exécution des missions[72].

Bonne pratique : La raison d'être d'Atos

En 2019, Atos est la première société française cotée en bourse à avoir permis à ses actionnaires de voter sur la mission de l'entreprise :

« Notre mission est de contribuer à façonner l'espace informationnel. Avec nos compétences et nos services, nous supportons (sic) le développement de la connaissance, de l'éducation et de la recherche dans une approche pluriculturelle et contribuons au développement de l'excellence scientifique et technologique. Partout dans le monde, nous permettons à nos clients et à nos collaborateurs, et plus généralement au plus grand nombre, de vivre, travailler et progresser durablement et en toute confiance dans l'espace informationnel. »

68 « La société est instituée [...] en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

69 Art. 169 ch. I 1° loi PACTE : « Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité. »

70 GICQUIAUD, Focus sur l'intérêt social et la raison d'être des sociétés : les standards de la loi PACTE, 23.11.2020, ch. I, let. b, et ch. II, let. a, ainsi que PIETRANCOSTA, Intérêt social et raison d'être.

71 Pour des exemples de sociétés à mission, voir SOCIÉTÉ À MISSION, Liste Des Sociétés À Mission (18.08.2021).

72 Art. 176 ch. I 1° loi PACTE.

Le régime des benefit corporations

Depuis 2010, 37 États américains[73] ont adjoint, à leur droit traditionnel des sociétés, des régimes permettant aux entreprises à l'impact positif avéré sur la société et l'environnement d'accéder au statut de *benefit corporation*[74]. Il s'agit d'une catégorie particulière de personnes morales qui, parallèlement à la poursuite d'un but lucratif, s'engagent à se mettre au service du bien commun. En ce sens, les *benefit corporations* sont donc comparables aux sociétés à mission françaises, car elles inscrivent dans leur finalité la promotion d'un « bénéfice public spécifique ». Il leur incombe de démontrer la création effective du bénéfice considéré et de rendre leurs activités publiques sous une forme normalisée et transparente. Étant donné que le droit américain accorde en principe la primauté aux intérêts des actionnaires, la forme juridique de la *benefit corporation* permet aux dirigeant·e·s d'entreprises de davantage tenir compte des intérêts d'autres parties prenantes sans qu'on puisse le leur reprocher.

73 Benefit Corporation, State by State Status of Legislation (18.08.2021).

74 Au sujet du régime des *benefit corporations*, voir Hiller, Benefit Corporation and CSR ; Clark et Babson, How Benefit Corporations are Redefining the Purpose of Business Corporations, William Mitchell Law Review 38/2, 2012, p. 818 ss. ainsi que Resor, Benefit Corporation Legislation, Wyoming Law Review, vol. 12, n° 1, article 5, 2012, pp. 91-113.

Bonne pratique : *Maryland Corporations and Associations Code* de 2010, chap. 5 à. 6C

La *2010 Maryland Corporations and Associations Code* est la première loi sur les *benefit corporations* aux États-Unis. Elle contient les dispositions suivantes :

Art. 1, let. d) : Sont notamment considérés comme bénéfices publics spécifiques :

(1) la fourniture de produits ou de services avantageux à des personnes ou à des collectivités ;
(2) la promotion de possibilités économiques à l'intention d'individus ou de collectivités allant au-delà de la création d'emplois dans le cours ordinaire des affaires ;
(3) la préservation de l'environnement ;
(4) l'amélioration de la santé humaine ;
(5) la promotion des arts, des sciences ou l'avancement des connaissances ;
(6) l'amélioration de l'accès aux capitaux des entités poursuivant un but d'utilité publique ;
(7) l'accomplissement de toute autre prestation particulière en faveur de la société ou de l'environnement[75].

Conclusion

À l'heure actuelle, les entreprises ne doivent plus seulement maximiser leurs bénéfices et, par là, servir les intérêts des seul·e·s actionnaires. On attend plutôt d'elles qu'elles assument d'autres responsabilités envers la société. Cette dernière ayant besoin d'une gouvernance d'entreprise durable, axée sur l'être humain et l'environnement, des règlementations nationales et supranationales allant précisément en ce sens ont vu le jour.

Dans une approche normative, le devoir de diligence des entreprises doit dépasser les seuls intérêts économiques, et donc comprendre les enjeux et risques sociétaux. Les dispositions en la matière se fondent sur une acception plus large de la notion de risque commercial, laquelle va au-delà des risques encourus par l'entreprise pour englober ceux que les activités exercées font peser sur les parties prenantes concernées. Dans cette logique, les répercussions négatives des

75 Traduction libre.

activités économiques sur les droits humains et l'environnement doivent donc figurer dans la stratégie de l'entreprise et dans la gestion des risques, même lorsque ce n'est pas l'entreprise elle-même, ou ses bénéfices, qui sont en danger. Comme exemples récents de normes de ce type, citons les directives et lois introduites dans l'Union européenne, en Suisse et dans d'autres pays, qui instaurent des obligations de faire rapport sur des questions non financières ou des devoirs de diligence généraux ou sectoriels. L'élargissement du devoir de diligence classique aux préoccupations sociales et environnementales participe positivement à la mise en œuvre, par les entreprises, de leur responsabilité sociale.

Une autre approche consiste à définir de manière plus large la notion de but de l'entreprise en droit des sociétés. Citons ici comme exemple la loi PACTE française ou le régime des *benefit corporation*s aux États-Unis, lesquels prévoient expressément la possibilité pour une entreprise d'inscrire dans sa finalité, outre la réalisation de bénéfices, des objectifs de nature sociale et environnementale. La mention explicite de ces objectifs dans la législation permet d'éviter que les entreprises, lors de leur création, n'aient le réflexe de considérer la rentabilité comme l'enjeu suprême et unique.

Comme en témoignent les multiples évolutions survenues dans le domaine de la gouvernance d'entreprise durable, les « *rules of the game* » évoquées par Milton Friedman se sont modifiées au cours des dernières décennies. Un nouveau consensus fondé sur des valeurs a émergé au sein de la société : si l'on veut faire des droits humains une réalité durable dans un contexte économique, il est indispensable que le respect de ces libertés fondamentales fasse partie intégrante de la stratégie et du but de l'entreprise. Les répercussions considérables de la crise liée au coronavirus sur l'économie et la société ainsi que le rôle central joué par les entreprises dans la prévention des pandémies et la lutte contre leurs conséquences devraient encore consolider ce consensus. Si le débat normatif autour de la gouvernance d'entreprise axée sur les droits humains ne fait que commencer, il ne marque pas moins le franchissement d'un cap.

Recommandations

Au pouvoir législatif

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

a Le code civil contient un article relatif au « mode des activités » des organes des personnes morales (art. 55bis CC [nouveau]) :

« Les organes d'une personne morale veillent fidèlement aux intérêts de celle-ci ainsi qu'à ceux des agents touchés par ses activités, dans le respect des principes de durabilité. »

b La teneur des devoirs de diligence et de fidélité incombant aux membres du conseil d'administration d'une société anonyme est précisée comme suit (art. 717 CO, ajout indiqué *en italique*) :
[1] « Les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société *ainsi qu'à ceux des agents touchés par ses activités, dans l'esprit d'une gouvernance d'entreprise durable*. »

c Un alinéa relatif aux personnes dont les intérêts sont à protéger dans le cadre des devoirs de diligence et de fidélité incombant aux membres du conseil d'administration d'une société anonyme est introduit (art. 717 CO) :
nouveau1bis « Parmi les intérêts des personnes touchées par les activités de l'entreprise figurent notamment les intérêts des actionnaires, des membres du personnel, des communautés locales, des peuples autochtones, des enfants ainsi que des organisations qui œuvrent en faveur de la bonne gouvernance et du respect des droits humains ainsi que des normes sociales et environnementales. »

Aux entreprises

Pour une protection efficace des droits humains en Suisse :

d La notion de « gouvernement d'entreprise » visée dans le « Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise » est précisée comme suit (ajout indiqué *en italique*) :
« Le gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes axés sur la poursuite d'intérêts durables des entreprises qui, tout en sauvegardant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise la transparence et un rapport équilibré entre direction et contrôle. *Ces intérêts englobent ceux de l'ensemble des agents touchés par les activités de l'entreprise, qu'il s'agisse, par exemple, des actionnaires, des membres du personnel, des communautés locales, des peuples autochtones, des enfants ou des organisations qui œuvrent en faveur de la bonne gouvernance et du respect des droits humains ainsi que des normes sociales et environnementales. Dans le cadre de leurs processus de diligence, les entreprises doivent garantir une consultation effective de ces parties prenantes.* »

Liste des abréviations

AC	Assurance-chômage
AI	Assurance-invalidité
al.	alinéa
APEA	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
APG	Allocations pour perte de gain
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz Österreich vom 19.12.1945
BesD	Berufsverband erotische und sexuelle Dienstleistungen
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
BSK	Basler Kommentar
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Allemagne)
CAMSCO	Consultation ambulatoire mobile de soins communautaires
CAT	Convention du 10.12.1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture ; RS 0.105)
CC	Code civil suisse du 10.12.1907 (RS 210)
CCF	Code civil français
CDAS	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales
CdE	Conseil de l'Europe
CDE	Convention du 20.11.1989 relative aux droits de l'enfant (Convention des droits de l'enfant ; RS 0.107)

CDH	Comité des droits de l'homme des Nations Unies
CdM	Comité des Ministres du Conseil de l'Europe
CDPH	Convention du 13.12.2006 relative aux droits des personnes handicapées (RS 0.109)
CEDEF	Convention du 18.12.1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108)
CEDH	Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101).
CERD	Convention internationale du 21.12.1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Convention contre le racisme ; RS 0.104)
CFM	Commission fédérale des migrations
CFR	Commission fédérale contre le racisme
ch.	chiffre
ch. m.	chiffre marginal
CHUV	Centre hospitalier universitaire vaudois
CI	Convention du Conseil de l'Europe du 11.05.2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul ; RS 0.311.35)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLaH	Convention de La Haye du 29.05.1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (RS 0.211.221.311)
CNE	Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine
CNPT	Commission nationale de prévention de la torture

CO	Loi fédérale du 30.03.1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220)
Comité CAT	Comité contre la torture
Comité CDE	Comité des droits l'enfant
Comité CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
Comité DESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
consid.	considérant
COPMA	Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21.12.1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19.12.2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 05.10.2007 (RS 312.0)
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
CSIAS	Conférence suisse des institutions d'action sociale
Cst-GE	Constitution du 14.11.2012 de la République et Canton de Genève (constitution cantonale genevoise ; RS 131.234)
Cst-GL	Constitution du 01.05.1988 du Canton de Glaris (constitution du canton de Glaris ; RS 131.217)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (RS 101)
CVDT	Convention de Vienne du 23.05.1969 sur le droit des traités (RS 0.111)
DDIP	Direction du droit international public
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police

DIMR	Deutsches Institut für Menschenrechte
DIMRG	Gesetz über die Rechtstellung und Aufgaben des Deutschen Instituts für Menschenrechte vom 16.07.2015
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EASO	Bureau européen d'appui en matière d'asile
ECDC	Centre européen de prévention et de contrôle des maladies
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
éd./éds	éditeur/éditeurs
EMS	Établissement médico-social
ENYA	European Network Young Advisors
et al.	et autres
etc.	et caetera
FamPra	La pratique du droit de la famille
FEM	Forum économique mondial
FF	Feuille fédérale
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
GREVIO	Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique
HUG	Hôpitaux universitaires de Genève
INDH	Institution nationale des droits humains / Institution nationale des droits de l'homme
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes (désormais appelé Journal officiel de l'Union Européenne [JOUE])
Jurisprudence	ATF 125 II 417, voir Clarifier la relation entre le droit international
PKK	et le droit interne, Rapport du Conseil fédéral du 12.06.2015 en exécution du postulat 13.3805

Jurisprudence Schubert	ATF 99 IB 39, voir Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, Rapport du Conseil fédéral du 12.06.2015 en exécution du postulat 13.3805
LAA	Loi fédérale du 20.03.1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LAMal	Loi fédérale du 18.03.1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LAsi	Loi du 26 .06.1998 sur l'asile (RS 142.31)
LAT	Loi fédérale du 22.06.1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)
LAVI	Loi fédérale du 23.03.2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LCo	Loi fédérale du 18.03.2005 sur la procédure de consultation (loi sur la consultation ; RS 172.061)
LDP	Loi du 03.11.1982 sur les droits politiques de la République et Canton de Neuchâtel (RSN 141)
LDP	Loi fédérale du 17.12.1976 sur les droits politiques (RS 161.1)
LEEJ	Loi fédérale du 30.09.2011 sur l'encouragement des activités extrascolaires des enfants et des jeunes (loi sur l'encouragement de l'enfance et de la jeunesse ; RS 446.1)
LEg	Loi fédérale du 24.03.1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité ; RS 151.1)
LeGes	Revue de la Société suisse de législation (SSL) et de la Société suisse d'évaluation (SEVAL)
LEI	Loi fédérale du 16.12.2005 sur les étrangers et l'intégration (RS 142.20)
LEp	Loi fédérale du 28.09.2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies ; RS 818.101).
let.	lettre

LF-CLaH	Loi fédérale du 22.06.2001 relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (RS 211.221.31)
LGBTIQ*	Personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres, intersexuées, queers et autres
LGC	Loi du 04.06.2013 sur le Grand Conseil (RSB 151.21)
LHand	Loi fédérale du 13.12.2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés ; RS 151.3)
LkSG	Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16.07.2021
LMP	Loi fédérale du 21.06.2019 sur les marchés publics (RS 172.056.1)
LOGA	Loi du 21.03.1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
LParl	Loi du 13.12.2012 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement ; RS 171.10).
LPD	Loi fédérale du 19.06.1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale du 06.10.2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LSAMal	Loi fédérale du 26.09.2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (RS 832.12)
LTF	Loi du 17.06.2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTN	Loi fédérale du 17.06.2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (RS 822.41)
LTr	Loi fédérale du 13.03.1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail ; RS 822.11)
n.	note
n. m.	note marginale

Nau	Neu, aktuell, unterhaltsam (portail suisse d'actualités)
N°	numéro
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OA-DFJP	Ordonnance du 13.08.2015 du DFJP relative aux autorisations et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers soumises à la procédure d'approbation (RS 142.201.1)
OAMal	Ordonnance du 27.06.1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.102)
OASA	Ordonnance du 24.10.2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (RS 142.201)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODD	Objectifs de développement durable
OEIGWG	Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la justice
OFK	Orell Füssli-Kommentar
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OHand	Ordonnance fédérale du 19.11.2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (ordonnance sur l'égalité pour les handicapés ; RS 151.31)
OIT	Organisation internationale du Travail
OLAA	Ordonnance du 20.12.1982 sur l'assurance-accidents (RS 832.202)
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies

OPAS	Ordonnance du DFI du 29.09.1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (RS 832.112.31)
OPE	Ordonnance du 19.10.1977 sur le placement d'enfants (RS 211.222.338)
Org DFAE	Ordonnance du 20.04.2011 sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères (RS 172.211.1)
Org DFJP	Ordonnance du 17.11.1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (RS 172.213.1)
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés
OSJI	Open Society Justice Initiative
p., pp.	page, pages
PA n° 1 CEDH	Protocole additionnel du 20.03.1952 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
PAR	Reglement vom 28.08.2014 über die politische Partizipation von Ausländerinnen und Ausländern (Partizipationsreglement ; SSSB 144.2)
par ex.	par exemple
par.	paragraphe
PC	Prestations complémentaires à l'AI et l'AVS
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Pacte civil
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Pacte social
PJA	Pratique juridique actuelle
PME	Petites et moyennes entreprises
ProCoRe	Prostitution Collective Reflexion
RDS	Revue de droit suisse
resp.	respectivement
RGC	Règlement du 04.06.2013 du Grand Conseil (RSB 151.211)

RNM	Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)
RO	Recueil officiel
RPE	Règles pénitentiaires européennes
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
s., ss.	suivant, suivants
SA	Société anonyme
SBS	Schweizerische Bibliothek für Blinde, Seh- und Lesebehinderte
SEM	Secrétariat d'État aux migrations
SFM	Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population
SGK	St. Galler-Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	Semaine judiciaire
SRF	Schweizer Radio und Fernsehen
SSSB	Systematische Sammlung des Stadtrechts von Bern
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
UNGP	United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights
UNHCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz Österreich 1953

Xenia	Fachstelle Sexarbeit
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Bibliographie

ACHERMANN CHRISTIN et CHIMIENTI MILENA, Migration, Prekarität und Gesundheit, Ressourcen und Risiken von vorläufig Aufgenommenen und Sans-Papiers in Genève und Zürich, SFM Studien 41, Neuchâtel 2005.

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE (FRA), Existe-t-il une loi régissant la manière dont les personnes vivant dans des institutions de soins de longue durée peuvent voter ?, https://fra.europa.eu/fr/publication/2014/indicateurs-de-la-participation-politique-des-personnes-handicapees/methodes-de-vote-dans-institutions (consulté le 27.09.2021) [cité : Vote en institution].

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE (FRA), Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental rights implications: with a focus on older people – Bulletin 3, Luxembourg 2020 [cité : Fundamental rights].

ALZHEIMER SUISSE, Effets de la pandémie de coronavirus sur les personnes atteintes de démence, déclaration du 23 novembre 2020, https://www.alzheimer-schweiz.ch/fileadmin/dam/Alzheimer_Schweiz/Bilder/News/2020/Auswirkungen_der_Corona-Pandemie_auf_Menschen_mit_Demenz_201110_F.pdf (consulté le 12.07.2021) [cité : Alzheimer].

AMARELLE CESLA, Les migrations économiques sans statut légal : l'environnement normatif des sans-papiers, dans : Cesla Amarelle et Minh Son Nguyen (éds), Migrations et économie, Berne 2010, pp. 125-180 [cité : Les migrations économiques].

AMNESTY INTERNATIONAL, « Je demande que les requérants d'asile soient traités comme des êtres humains » – Violation des droits humains dans les centres fédéraux d'asile suisses, Londres 2021.

AMNESTY INTERNATIONAL, Täter unbekannt, Mangelnde Aufklärung von mutmasslichen Misshandlungen durch die Polizei in Deutschland, Berlin 2010 [cité : Täter unbekannt].

AMNESTY INTERNATIONAL, Police, justice et droits humains, Pratiques policières et droits humains en Suisse, Berne 2007 [cité : Police, justice et droits humains].

AMNESTY INTERNATIONAL, BROT FÜR DIE WELT, GESELLSCHAFT FÜR FREIHEITSRECHTE ET AL., Menschenrechte als Kompass in und aus der Covid-19-Krise, Berlin 2021 [cité : Menschenrechte als Kompass].

AMSTUTZ KATHRIN, Anspruchsvoraussetzungen und -inhalt, dans : Carlo Tschudi (éd.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Menschenwürdige Überlebenshilfe oder Ruhekissen für Arbeitsscheue?, Berne, Stuttgart, Vienne 2005, pp. 17-32.

AMSTUTZ KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Berne 2002.

ARNOLD PHILIPP, Das Nothilferegime für abgewiesene Asylsuchende im Kanton Zürich, travail de master, Zurich 2018.

ASILE LGBT GENÈVE, Réfugié.es LGBTI – lesbiennes, gays, bisexuel.les, transgenres et intersexes. Guide pratique pour un accueil inclusif et égalitaire, Genève 2017.

AUBERT GABRIEL, Article 5, dans : Gabriel Aubert et Karine Lempen (éds), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, pp. 125-144 [cité : Art. 5 LEg].

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, dans : Jean-Philippe Dunand, Karine Lempen, Pascal Mahon (éds), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève et Zurich 2016, pp. 95-117 [cité : Problèmes].

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Art. 3, dans : Gabriel Aubert et Karine Lempen (éds), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, pp. 67-90 [cité : Art. 3].

AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1984 [cité : Verfassungsgerichtsbarkeit].

AUER ANDREAS et GRIFFEL ALAIN, Die schweizerische Bundesverfassung ohne Artikel 190, Justice – Justiz – Giustizia 2012/1 [cité : Art. 190 BV].

AUSWÄRTIGES AMT DEUTSCHLAND, Monitoring des Umsetzungsstandes der im Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte 2016–2020 beschriebenen menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht von Unternehmen: Abschlussbericht, 2020 [cité : Abschlussbericht].

BAIER DIRK et KAMENOWSKI MARIA, Jugend in Zeiten der Covid-19-Pandemie, Ergebnisse einer Wiederholungsbefragung von Jugendlichen im Kanton Zürich, Zurich 2021 [cité : Jugend in der Pandemie].

BAIER DIRK et MANZONI PATRIK, Evaluation des Pilotprojekts zum Einsatz von «Bodycams» bei der Stadtpolizei Zürich und der Transportpolizei, Zurich 2018.

BELSER EVA MARIA, Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie, RDS 140 (2021), pp. 5 ss [cité : Gleichheit und Vielfalt].

BELSER EVA MARIA, Why the Affection of Federalism for Human Rights is Unrequited and How the Relationship Could be Improved, dans : Belser Eva Maria et al. (éds), The Principle of Equality in Diverse States : Reconciling Autonomy with Equal Rights and Opportunities, Leiden et Boston 2021, pp. 62 ss [cité : Federalism].

Belser Eva Maria et Masügger Nina, Art. 51 BV, dans : Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria et Epiney Astrid (éds), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 [cité : BSK zu Art. 51 BV].

Belser Eva Maria, Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat, in : Besson Samantha et Belser Eva Maria (éds), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons / Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Journée BENEFRI de droit européen de l'Institut de droit européen/BENEFRI_Tagung im Europarecht des Instituts für Europarecht, Genève, Zurich et Bâle 2014, pp. 67 ss [cité : Kantonale Grundrechte].

Benefit Corporation, State by State Status of Legislation, https://web.archive.org/web/20210821134127/https://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status (consulté le 29.06.2022).

Bensegger Lara, Die Rückstufung im Ausländer- und Integrationsgesetz, Jusletter du 02.08.2021 [cité : Die Rückstufung].

Berufsverband erotische und sexuelle Dienstleistungen e.V. (BesD), Hygienekonzept für erotische Dienstleistungen in Bezug auf die Covid19-Prävention, https://www.berufsverband-sexarbeit.de/wp-content/uploads/2021/05/210526_Sexarbeit-Hygienekonzept.pdf (consulté le 03.09.2021) [cité : Hygienekonzept].

Besson Samantha, Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique, dans : Besson Samantha et Belser Eva Maria (éds), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons/Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Journée BENEFRI de droit européen de l'Institut de droit européen/BENEFRI-Tagung im Europarecht des Instituts für Europarecht, Genève, Zurich et Bâle 2014, pp. 7 ss [cité : Fédéralisme].

Biaggini Giovanni, Art. 8 Rechtsgleichheit, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2017, pp. 145-166 [cité : Art. 8 BV].

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e édition, Zurich 2017 [cité : OFK zu Art.].

Biaggini Giovanni, «Präventive Rechtskontrolle» – Hintergrund, Inhalt, Folgerungen, LeGes 2010/3, pp. 309 ss [cité : Präventive Rechtskontrolle].

Biderbost Yvo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, dans : Breitschmid Peter et.al. (éds), 3e édition, Zurich 2016 [cité : HandKomm].

Bilger Veronika, Hollomey Christina, Wyssmüller Chantal et Efionayi-Mäder Denise, Health Care for Undocumented Migrants in Switzerland, Policies – People – Practices, Federal Office of Public Health, International Center for Migration Policy Development, Swiss Forum for Migration and Population Studies – University of Neuchâtel, Vienne 2011 [cité : Health Care].

Biro Noémi, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019.

Bohnet François, La vraisemblance au sens de l'article 6 de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes au regard de la jurisprudence fédérale, Avis de droit LEg du 18.09.2019, Neuchâtel 2018 [cité : Vraisemblance].

Bolzli Michael et Mäder Nick, Coronavirus bei Tönnies: Auch Schweizer Schlachthöfe in der Kritik, NAU du 24.06.2020, https://www.nau.ch/news/wirtschaft/coronavirus-bei-tonnies-auch-schweizer-schlachthofe-in-der-kritik-65729579 (consulté le 13.09.2021) [cité : Coronavirus bei Tönnies].

Bolzman Claudio, Poncioni-Derigo Raffaella, Rodari Sophie et al., La précarité contagieuse. Les conséquences de l'aide sociale sur le statut de séjour des personnes de nationalité étrangère : l'exemple des cantons de Genève et Vaud, Lausanne et Genève 2002.

Bonvin Jean-Michel, Lovey Max, Rosenstein Emilie et al., La population en grande précarité en période de COVID-19 à Genève : conditions de vie et stratégies de résilience, Rapport final de l'étude sollicitée par la fondation Colis du Cœur, Genève 2020 [cité : Grande précarité].

Boos Susan, Ein Gutachten und seine Folgen, Die Wochenzeitung du 06.08.2020, https://www.woz.ch/-acf5 (consulté le 04.03.2022).

Borelli Lisa, Kurt Stefanie, Achermann Christin et al., (Un)Conditional Welfare? Tensions Between Welfare Rights and Migration Control in Swiss Case Law, Swiss Journal of Sociology, 47/1 2021, pp. 93–114 [cité : (Un)Conditional Welfare?].

Bradford William, Beyond Good and Evil: The Commensurability of Corporate Profits and Human Rights, Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 26 (2012), pp. 141 ss [cité : Beyond Good and Evil].

Brava, Stimmen geflüchteter Frauen, https://www.brava-ngo.ch/de/unsere-themen/gefluechtete-frauen/projekt-stimmen-gefluechteter-frauen (consulté le 29.06.2022).

Brava, Centre d'assistance aux migrantes et aux victimes de la traite des femmes et Organisation suisse d'aide aux réfugiés, Alternativer Vertiefungsbericht zur Umsetzung der Istanbul-Konvention in der Schweiz: Zur Situation gewaltbetroffener, geflüchteter Frauen in der Schweiz, Berne et Zurich 2021.

Bruchez Christian, Article 7 LEg, dans : Gabriel Aubert et Karine Lempen (éds), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, pp. 177-198 [cité : Art. 7 LEg]

Bueno Nicolas et Kaufmann Christine, The Swiss Human Rights Due Diligence Legislation: Between Law and Politics, Business and Human Rights Journal (online), 6/2021, pp. 542-549, https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/swiss-human-rights-due-diligence-legislation-between-law-and-politics/A05D9400EB89436F1D00EE24121D7E05 [cité : Swiss Due Diligence Legislation].

Bundesministerium für Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit vom 22.09.2008, ausgegeben am Mittwoch 22.10.2008 im Bundesanzeiger Jahrgang 60, Nummer 160a, Berlin 2008 [cité : Handbuch].

Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO), Tool for identification of persons with special needs, https://ipsn.easo.europa.eu/ipsn-tool (consulté le 25.10.2021).

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), Roadmap zur Umsetzung der CEDAW-Empfehlungen 2017-2020, 01.04.2019 [cité : Roadmap].

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), Violence domestique en temps de pandémie : la vigilance reste de mise, 22.03.2021, https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-82772.html (consulté le 18.10.2021) [cité : Violence domestique en temps de pandémie].

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (RS 0.311.35) – Concept de mise en œuvre en réponse à l'objectif 2018, volume II : Département fédéral de l'intérieur DFI, objectif 7, 29.10.2018 [cité : Concept de mise en œuvre].

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), Prévention et lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique – Tâches et activités de la Confédération pour mettre en œuvre la convention du Conseil de l'Europe (Convention d'Istanbul), Berne 2018.

Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées (BFEH), Projets soutenus, « Interaction avec les personnes handicapées : formation destinée au personnel de l'administration », https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/bfeh/finanzhilfen/unterstuetzte_projekte0/projets-soutenus.html (consulté le 09.11.2021).

Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées (BFEH), Un guide pour voter en langue facile à lire et à comprendre, https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/bfeh/finanzhilfen/unterstuetzte_projekte0/du-cote-des-projets/wahlhilfeinleichtersprache.html (consulté le 18.10.2021).

Business Roundtable, Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans', 19.08.2019, https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans (consulté le 18.08.2021).

Butterfly Asian Migrant Sex Workers Support Network et al., Sex Work COVID-19 : Guidelines for Sex Workers, Clients, Third Parties, and Allies [cité : Sex Work COVID-19: Guidelines].

Cantieni Linus et Vetterli Rolf, Art. 111–134 ZGB, Art. 296–306 ZGB, dans : Büchler Andrea et Jakob Dominique (éds), Kurzkommentar ZGB, 2e édition, Zurich 2018 [cité : ZGB-Kuko, Art. XY].

Canton de Berne, Application des décisions du Conseil fédéral dans le canton de Berne : fermeture des écoles, pas de rassemblements de plus de 100 personnes, communiqué de presse du 13.03.2020, https://www.be.ch/de/start/dienstleistungen/medien/medienmitteilungen.html?newsID=94117918-87df-39ae-a961-d01abf58ad2c (consulté le 23.11.2021).

Canton de Zurich, Besuchsverbot für Spitäler, Alters- und Pflegeheime sowie Invalideneinrichtungen, communiqué de presse du 12.03.2020, https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2020/03/besuchsverbot-fuer-spitaeler-alters-und-pflegeheime-sowie-invalideneinrichtungen.html (consulté le 23.11.2021).

Caplazi Alexandra et Naguib Tarek, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, Jusletter du 07.02.2005.

Caroni Martina, Grasdorf-Meyer Tobias, Ott Lisa et al., Migrationsrecht, 3e édition, Berne 2014 [cité : Migrationsrecht].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Contrôle abstrait des normes par le Tribunal fédéral – une liste des procédures selon l'article 82 let. b LTF (2007 à 2021), http://skmr.ch/assets/publications/Controle_abstrait_des_normes.pdf (consulté le 15.06.2022) [cité : Contrôle abstrait des normes].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Initiatives contraires aux droits fondamentaux et droits humains (1891 à 2021), http://skmr.ch/assets/publications/Initiatives_contraires_aux_droits_humains.pdf (consulté le 15.06.2022) [cité : Initiatives populaires contraires aux droits fondamentaux et droits humains].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Évaluation PERU, Protection juridique et qualité des décisions, rapport final, par Graf Anne-Laurence, Massara Raffaella, Tellenbach Bendicht et al., Berne 2021 [cité : Évaluation PERU].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Inégalités sociales exacerbées par la pandémie de Covid-19. La situation des travailleurs·euses migrant·e·s, par Efionayi-Mäder Denise, 2021 [cité : Inégalités exacerbées pour les travailleurs·euses migrant·e·s].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Privatisierung im Justizvollzug, Eine rechtliche Bestandesaufnahme, par Künzli Jörg, Büchler Alexandra et Krummen David, Berne 2021 [cité : Privatisierung].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Recht auf Umwelt, Eine Untersuchung der geplanten Anerkennung eines Rechts auf Umwelt durch die UN und ihrer Folgen für die Schweiz, par Belser Eva Maria, Bächler Thea et Egli Sandra, Berne 2021 [cité : Recht auf Umwelt].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Ausländerrechtliche Administrativhaft in der Schweiz, Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, par Künzli Jörg et Bishop Kelly, Berne 2020 [cité : Ausländerrechtliche Administrativhaft].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Nelson-Mandela-Regeln, Das Regelwerk der UNO für die Behandlung von Gefangenen und seine Bedeutung für die Schweiz, par Künzli Jörg, Büchler Alexandra et Weber Florian, Berne 2020.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Nouvelles règles pour les entreprises suisses : obligation de rendre compte et devoir de diligence limité, par Christine Kaufmann et Res Schuerch, newsletter CSDH n° 83 du 17.12.2020.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Rapport annuel 2020, Berne 2021.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Recommandations du CSDH en matière d'accès à la justice en cas de discrimination – Avancement de la mise en œuvre, Berne 2020 [cité : CSDH, Avancement de la mise en œuvre].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Analyse der Situation von Flüchtlingsfrauen, Zur Situation in den Kantonen, par Amacker Michèle, Büchler Tina, Efionayi-Mäder Denise et al., Berne 2019 [cité : Situation Flüchtlingsfrauen].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention in der Schweiz, Studie zu den rechtlichen Grundlagen und zur Praxis in neun Kantonen in den Themenbereichen Familienrecht, Jugendstrafrecht, Kindesschutz, Bildung, Gesundheit und Jugendparlamente, par Weber Khan Christina et Hotz Sandra, Berne 2019 [cité : Umsetzung Art. 12 Kinderrechtskonvention].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), L'examen périodique universel (EPU) des droits humains en Suisse – Bilan provisoire après trois cycles, par Egbuna-Joss Andrea, Hausammann Christina, Hitz Quenon Nicole et al., Berne, 2018 [cité : EPU].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Progrès observés en 2017 dans le domaine de l'économie et des droits humains, par Schuerch Res, newsletter CSDH n° 57 du 15.03.2018.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Personenkontrollen durch die Stadtpolizei Zürich, Standards und Good Practices zur Vermeidung von *racial* und *ethnic profiling*, par Künzli Jörg, Wyttenbach Judith, Fernandes-Veerakatty Vijitha et al., Berne 2017 [cité : Personenkontrollen].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Umgang mit Beschwerden gegen die Stadtpolizei Zürich, par Sturm Evelyne, Locher Reto, Künzli Jörg et al., Berne 2017.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Une justice adaptée aux enfants, L'audition de l'enfant lors d'un placement en droit civil et lors du renvoi d'un parent en droit des étrangers, par Hitz Quenon Nicole et Matthey Fanny, Berne 2017 [cité : Une justice adaptée aux enfants].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Haftbedingungen in der Verwahrung, Menschenrechtliche Standards und die Situation in der Schweiz, par Künzli Jörg, Eugster Anja et Schultheiss Maria, Berne 2016 [cité : Verwahrung].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Accès à la justice en cas de discrimination – Rapport de synthèse, par Kälin Walter et Locher Reto, Berne 2015 [cité : Accès à la justice].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse, par Grohsmann Irene, Berne 2015 [cité : Accès à la justice partie 3 LGBTI].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), L'accès à la justice en cas de discrimination – Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Partie 6 : Racisme – Analyse juridique, par Matthey Fanny et Steffanini Federica, Neuchâtel 2015 [cité : Accès à la justice partie 6 racisme].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Untersuchungshaft, Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, par Künzli Jörg, Frei Nula et Schultheiss Maria, Berne 2015 [cité : Untersuchungshaft].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Corporate Social Responsibility, Rahmenbedingungen für die Förderung und Integration von menschenrechtlichen Inhalten in ein modernes CSR-Verständnis, par Kaufmann Christine, Good Christoph, Ghielmini Sabrina et al., Berne 2014 [cité : CSR].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Einzelhaft in Hochsicherheitsabteilungen, Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, par Künzli Jörg, Frei Nula et Spring Alexander, Berne 2014 [cité : Hochsicherheitshaft].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), La CEDH et les cantons – L'importance de développer la protection des droits fondamentaux au niveau local, par Belser Eva Maria, newsletter CSDH n° 19 du 24.11.2014 [cité : CEDH et cantons].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), La protection juridique contre les abus de la part de la police – Présentation des mécanismes de plainte possibles en Suisse, par Künzli Jörg, Sturm Evelyne et Veerakatty Vijitha, Berne 2014 [cité : Protection juridique].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Le droit de protection de l'enfant, Les premiers effets de la mise en oeuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich, par Hitz Quenon Nicole, Paulus Eric et Luchetta Myit Laure, Berne 2014 [cité : Le droit de protection de l'enfant].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Die Umsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen und Empfehlungen in der Schweiz – Handlungsvorschläge zur Verbesserung der Abläufe bei der Erstellung von Staatenberichten und beim Follow-up zu den Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane, par Egbuna-Joss Andrea, Belser Eva Maria et Kälin Walter, Fribourg 2013 [cité : Follow-up 2013].

Centre Suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Mise en œuvre des droits humains en Suisse. Un état des lieux dans le domaine de la migration, par Mahon Pascal, D'Amato Gianni, Maillefer Marie et al., Berne 2013 [cité : État des lieux migration].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Mise en œuvre des droits humains en Suisse. Un état des lieux dans le domaine des questions institutionnelles, par Egbuna-Joss Andrea, Hiltbrunner Natalie et Belser Eva Maria, Berne 2013 [cité : État des lieux questions institutionnelles].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Mise en œuvre des droits humains en Suisse. Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie, par Kaufmann Christine, Niedrig Jonatan, Wehrli Judith et al., Berne 2013 [cité : État des lieux droits humains et économie].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Mise en œuvre des droits humains en Suisse. Un état des lieux dans les domaines de la privation de liberté, de la police et de la justice, par Künzli Jörg, Eugster Anja, Kind Andreas et al., Berne 2013 [cité : État des lieux police et justice].

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Rechtsschutz und Freiheitsentzug, Juristische Studie zuhanden des Schweizerischen Ausbildungszentrums für das Strafvollzugspersonal SAZ, par Künzli Jörg, Eugster Anja et Veerakatty Vijitha, Berne 2013.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Mise en œuvre des recommandations internationales en matière de droits humains au sein d'un État fédéral : Perspectives concernant le suivi des « Observations finales » formulées par les organes de traités de l'ONU en Suisse, par Egbuna-Joss Andrea et Kälin Walter, Berne 2012 [cité : Suivi 2012].

Chancellerie fédérale, Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral, Berne 2020 [cité : Aide-mémoire sur les messages].

Chancellerie fédérale, Élection du Conseil national du 20.10.2019 – Guide à l'usage des groupes voulant lancer des candidatures [cité : Guide concernant l'élection du Conseil national].

Chappaz Laure, Nanchen Stéphanie et Voutat Audrey, Mineurs et vaccination COVID-19 : Qui décide et à quelles conditions ?, Plaidoyer 4/2021, pp. 25–33 [cité : Mineurs et vaccination].

Cignacco Eva et. al., Sexuelle und reproduktive Gesundheitsversorgung von Frauen und ihren Säuglingen in Asylunterkünften in der Schweiz (Refugee), Eine Situationsanalyse und Empfehlungen, Berne 2017 [cité : Refugee].

Cina Annette, Psychologische Grundlgen (Kapitel 3), dans : Hotz Sandra (éd.), Handbuch Kinder im Verfahren, Stellung und Mitwirkung von Kindern im Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren, , Zurich et Saint-Gall, 2020 [cité : Psychologische Grundlagen].

Clark William H. et Babson Elizabeth K., How Benefit Corporations are Redefining the Purpose of Business Corporations, William Mitchell Law Review 38/2, 2012.

Comité contre la torture (Comité CAT), Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse, 07.09.2015, CAT/C/CHE/CO/7.

Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (Comité CDE), Observations finales concernant le rapport de la Suisse valant cinquième et sixième rapports périodiques, 22.10.2021, CRC/C/CHE/CO/5-6 [cité : Suisse 2021].

Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (Comité CDE), The Committee on the Rights of the Child warns of the grave physical, emotional and psychological effect of the COVID-19 pandemic on children and calls on States to protect the rights of children, 08.04.2020, dans : OHCHR, Human Rights Treaties Branch, Compilation of statements by human rights treaties bodies in the context of COVID-19, Genève 2020 [cité : COVID-19 Statement].

Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (Comité CDE), Observation générale n° 15 (2013) sur le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible (art. 24), 17.04.2013 [cité : Santé 2013].

Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (Comité CDE), Observation générale n° 12 (2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12 [cité : Participation 2009].

Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (Comité CDE), Observation générale N° 1 (2001), PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 29 : LES BUTS DE L'ÉDUCATION, 17.04.2001.

Comité des droits de l'homme (CDH), Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, 22.08.2017, CCPR/C/CHE/CO/4.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC), Observation générale n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative, 2016.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (CDM), Éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'Homme, Lignes directrices et textes de référence, 30.03.2011, H/Inf (2011) 7.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Prévention de la torture et d'autres formes de mauvais traitements par la police – Réflexions sur les bonnes pratiques et les approches émergentes, extrait du 28e rapport général d'activités du CPT, CPT/Inf(2019)9-part.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Lutte contre l'impunité, extrait du 14e rapport général d'activités du CPT, CPT/Inf(2004)28-part [cité : Lutte contre l'impunité].

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (Comité CERD), Observations finales concernant les septième à neuvième rapports périodiques de la Suisse soumis en un seul document, 13.03.2014, CERD/C/CHE/CO/7-9.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (Comité CERD), Recommandation générale XIII concernant la formation des responsables de l'application des lois à la protection des droits de l'homme, 16.03.1993, A/48/18.

Commissaire européen aux droits de l'homme, Les personnes âgées ont plus que jamais besoin de soutien en ces temps de pandémie de Covid-19, Déclaration du 20.03.2020, https://www.coe.int/fr/web/commissioner/thematic-work/covid-19/-/asset_publisher/5cdZW0AJBMLl/content/older-persons-need-more-support-than-ever-in-the-age-of-the-covid-19-pandemic (consulté le 12.07.2021) [cité : Soutien].

COMMISSION EUROPÉENNE, Gouvernance d'entreprise durable, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Gouvernance-d'entreprise-durable_fr (consulté le 27.11.2021) [cité : Gouvernance d'entreprise durable].

COMMISSION EUROPÉENNE, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, COM/2021/189 final, 21.04.2021.

COMMISSION EUROPÉENNE, Study on the Non-Financial Reporting Directive, Final Report, Bruxelles 2021 [cité : Non-Financial Reporting].

COMMISSION EUROPÉENNE, Study on directors' duties and sustainable corporate governance (Final Report), Bruxelles 2020 [cité : Directors' Duties].

COMMISSION EUROPÉENNE, Study on due diligence requirements through the supply chain, Bruxelles 2020 [cité : Due Diligence Requirements].

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM(2011) 681 final, 25.11.2011.

COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM(2001) 366 final, 18.07.2001.

COMMISSION EUROPÉENNE CONTRE LE RACISME ET L'INTOLÉRANCE (ECRI), Recommandation de politique générale n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police, CRI(2007)39.

COMMISSION FÉDÉRALE CONTRE LE RACISME (CFR), Recommandations sur le thème du racisme anti-Noirs en Suisse, par Tarek Naguib et al., Bâle 2017 [cité : Recommandations sur le thème du racisme].

COMMISSION FÉDÉRALE DES MIGRATIONS (CFM), Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der COVID-19-Pandemie (Covid-19-Gesetz), Stellungnahme der EKM, 07.07.2020, Berne 2020.

COMMISSION FÉDÉRALE DES MIGRATIONS (CFM), Les sans-papiers en Suisse, Recommandations de la Commission fédérale pour les questions de migration (CFM), Berne 2011.

COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE DANS LE DOMAINE DE LA MÉDECINE HUMAINE (CNE), La vaccination contre le COVID-19 chez les jeunes de 12 à 15 ans, Considérations éthiques, prise de position n° 40/2021, 08.09.2021, Berne [cité : Prise de position du 08.09.2021].

Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (CNE), Protection de la personnalité dans les établissements de soins de longue durée – Considérations éthiques dans le contexte de la pandémie de coronavirus, prise de position n° 34/2020, 08.05.2020, Berne [cité : Soins de longue durée].

Commission nationale de prévention de la torture (CNPT), Mesures de contrainte entraînant une privation de liberté en application du droit des étrangers (détention administrative en application du droit des étrangers), Factsheet du 04.05.2021.

Commission nationale de prévention de la torture (CNPT), Überprüfung der Rückkehrzentren des Kantons Bern durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) Mai–August 2021, Berne 2021.

Commission nationale de prévention de la torture (CNPT), Bericht betreffend die Überprüfung der Bundesasylzentren durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (2019-2020), Berne 2020 [cité : Rapport 2020].

Commission nationale de prévention de la torture (CNPT), Bericht an das Staatssekretariat für Migration (SEM) betreffend Überprüfung durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter in den Zentren des Bundes im Asylbereich 2017-2018, Berne 2018 [cité : Rapport 2018].

Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) et Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA), Recommandations relatives au placement extra-familial, 20.11.2020 [cité : Recommandations placement extra-familial].

Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) (éd.), Droit de la protection de l'enfant. Guide pratique (avec modèles), Zurich 2017.

Conseil de l'Europe (CdE), Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, Strasbourg 2011 [cité : Lignes directrices].

Conseil de l'Europe (CdE), Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur les soins de santé adaptés aux enfants, Strasbourg 2011 [cité : Soins de santé adaptés aux enfants].

Conseil de l'Europe (CdE), Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, Istanbul 2011 [cité : Conseil de l'Europe, Rapport explicatif].

Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Dixième anniversaire des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : bilan de la première décennie d'application. Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/HRC/47/39, 22.04.2021 [cité : Bilan].

Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21.03.2011 [cité : UNGP].

Conseil exécutif du canton d'Uri, extrait du procès-verbal du 23.06.2020, Nr. 2020-417 R-630-13 Kleine Anfrage Adriano Prandi, Altdorf, zu «Keine Nachteile wegen Corona- Sozialhilfe», Antwort des Regierungsrats.

Conseil fédéral, Assurance-maladie et accès aux soins des sans-papiers, Rapport en réponse au postulat Heim du 28 mai 2009 (09.3484), Berne 2021 [cité : Rapport 2012].

Conseil fédéral, Stratégie pour le développement durable 2030, Berne 2021.

Conseil fédéral, Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, État de la mise en œuvre 2017-2019 et plan d'action 2020-2023, Berne 2020.

Conseil fédéral, Pour un examen global de la problématique des sans-papiers, Rapport en réponse au postulat de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 12 avril 2018 (18.3381), Berne 2020 [cité : Rapport 2020].

Conseil fédéral, 5e et 6e rapports périodiques de la Suisse relatifs à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Berne 2020 [cité : Rapport périodique Droits de l'enfant].

Conseil fédéral, 6e rapport de la Suisse relatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), Réponse de la Suisse à la liste de points et de questions établie en vue du sixième rapport périodique de la Suisse, Berne 2020 [cité : Rapport de la Suisse CEDEF].

Conseil fédéral, Mesures visant à combler les lacunes dans la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, Rapport du Conseil fédéral en réponse aux recommandations faites à la Suisse par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU le 04.02.2015, Berne 2018 [cité : Rapport sur les mesures].

Conseil fédéral, Message relatif à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », 15.09.2017, 17.060, FF 2017 5999, Berne 2017 [cité : Message initiative multinationales responsables].

Conseil fédéral, Rapport sur le programme législatif « égalité entre hommes et femmes », 26.02.1986, FF 1986 I 1132 [cité : Rapport Égalité].

Coomans Fons, Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the «Reasonableness» Test as Developed by the South African Constitutional Court, ZAöRV 65 (2005), pp. 167 ss [cité : Reasonableness Test].

Cossali Sauvain Monique, Article 1 LEg, dans : Gabriel Aubert et Lempen Karine (éd.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, pp. 17–26 [cité : Art. 1 LEg].

Cottier Michelle, Art. 307–327c ZGB, dans : Büchler Andrea et Jakob Dominique (éds), Kurzkommentar ZGB, 2e édition, Zurich 2018 [cité : ZGB-KuKo].

Coullery Pascal, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, PJA 2001, pp. 632 ss.

Crane Andrew et al., The Corporate Social Responsibility Agenda, dans : Crane Andrew et al. (éds), The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility, Oxford 2008, pp. 3–15.

Crenshaw Kimberley, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Femininst Theory and Antiracist Politics, Chicago 1989.

Crettaz Francine, Chronique d'une révision accomplie, dans : Moor Pierre (éd.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, pp. 39 ss [cité : Chronique].

Crowley Anne et al., Écouter – Agir – Changer – Manuel du Conseil de l'Europe sur la participation des enfants à l'usage des professionnels travaillant pour et avec les enfants, Strasbourg 2020.

Davet Susanne, Meldepflichten von Behörden bei illegalem Aufenthalt, dans : Basler juristische Mitteilungen, 2010, pp. 57–91 [cité : Meldepflichten].

de Salis Camille, La demande d'instauration d'un curateur ou d'une curatrice de représentation pour l'enfant, LawInside, 09.10.2021, http://www.lawinside.ch/1097/ (consulté le 02.03.2022).

Debevoise & Plimpton, UN Guiding Principles on Business and Human Rights at 10: The Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms, 2021.

Demoscan, L'information citoyenne pour un vote éclairé, https://demoscan.ch/ (consulté le 22.06.2021) [cité : L'information].

Département fédéral de l'intérieur (DFI), Commission fédérale pour les vaccinations (CFV), Office fédéral de la santé publique (OFSP), Recommandations de vaccination avec des vaccins à ARNm contre le COVID-19, état au 14.12.2021.

Departement Volkswirtschaft und Inneres, Kanton Aargau, Sozialhilfebezug während der Corona-Krise, https://web.archive.org/web/20211228232210/https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/dvi/dokumente_5/mika_1/merkblaetter_2/corona_4/Sozialhilfebezug.pdf (consulté le 29.06.2022).

Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/15, Stenografischer Bericht, 19. Wahlperiode, 215. Sitzung, Berlin, Donnerstag den 04.03.2021, pp. 27128 ss [cité : Plenarprotokoll 19/15].

Deutsches Institut für Menschenrechte (DIMR), Menschenrechte Älterer auch in der Corona-Pandemie wirksam schützen – Stellungnahme, Berlin 2020 [cité : Menschenrechte Älterer].

Deutsches Institut für Menschenrechte (DIMR), Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland Januar 2015 – Juni 2016 – Bericht an den Deutschen Bundestag gemäss § 2 Absatz 5 DIMRG, Berlin 2016 [cité : Bericht].

Deutsches Institut für Menschenrechte (DIMR), Menschenrechtsbildung für die Polizei, par Schicht Günter, Berlin 2007 [cité : Menschenrechtsbildung].

Dhume Fabrice, Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique, Migrations Société, 2016/1, n° 163, pp. 33-46.

Dorlin Elsa, La matrice de la race, Généalogie sexuelle et coloniale de la Nation française, Paris 2009.

Dormann Johanna, Art. 106 BGG, dans : Niggli Marcel Alexander, Uebersax Peter, Wiprächtiger Hans et al. (éds), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e édition, Bâle 2018 [cité : BSK zu Art. 106 BGG].

Dunand Jean-Philippe, L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg), dans : Dunand Jean-Philippe, Lempen Karine et Mahon Pascal (éds), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996–2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève et Zurich 2016, pp. 35-71 [cité : L'interdiction de la discrimination].

Dunand Jean-Philippe, Art. 328, dans : Dunand Jean-Philippe et Mahon Pascal (éds), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, pp. 268-309 [cité : Art. 328 CO].

Dupont Anne-Sylvie, Article 33, dans : Dupont Anne-Sylvie et Moser-Szeless Margit (éds), Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire, Bâle 2018, pp. 464-471.

Dupuis Michel et al. (éds), Code pénal, Petit commentaire, Bâle 2017.

Duvoisin Aline en collaboration avec Burton-Jeangros Claudine, Lachat Sarah, Consoli Liala et al., Étude Parchemins, Conséquences des mesures de confinement liées au COVID-19 sur les conditions de vie de migrants sans-papiers ou récemment régularisés à Genève, 2020 [cité : Étude Parchemins].

Eberstadt Nicholas N., What History Tells Us About Corporate Responsibility, Business and Society Review 7 (1973), pp. 76-81 [cité : CSR History].

Economiesuisse, Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, Zurich 2014.

ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, Zurich 2002.

EFIONAYI-MÄDER DENISE, SCHÖNENBERGER SILVIA et STEINER ILKA, Visage des sans-papiers en Suisse, Évolution 2000–2010, Commission fédérale pour les questions de migration CFM, Berne 2010 [cité : Visage des sans-papiers].

EFIONAYI-MÄDER DENISE et CATTACIN SANDRO, Illegal in der Schweiz – Eine Übersicht zum Wissenstand, SFM, Discussion Paper 12/2002, Neuchâtel 2002.

EICKENJÄGER SEBASTIAN, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, Tübingen 2017.

ELLIS EVELYN et WATSON PHILIPPA, EU Anti-Discrimination Law, Oxford 2005.

ERDMANN MARTIN, «Schläger von Schüpfen» beschwert sich, Der Bund du 19.02.2017, https://www.derbund.ch/bern/schlaeger-von-schuepfen-beschwert-sich/story/22107608 (consulté le 04.03.2022).

EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL (ECDC), COVID-19 in children and the role of school settings in transmission, second up-date, Technical Report, 08.07.2021 [cité : Covid-19 in children and the role of school settings].

FIBBI ROSITA, MIDTBØEN ARNFINN et SIMON PATRICK, Migration and Discrimination, IMISCOE Research Series, 2021.

FINK LARRY, Larry Fink's Letter to CEOs – A Sense of Purpose, 2018, https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2018-larry-fink-ceo-letter (consulté le 18.08.2021).

FLÜCKIGER ALEXANDRE, L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux, dans : Auer Andreas, Flückiger Alexandre, Hottlier Michel (éds), Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni, Genève 2007, pp. 156 ss [cité : Évaluation législative].

FONDATION « ASSURER L'AVENIR DES GENS DU VOYAGE SUISSES », Séminaire « Aires de séjour et de transit : Une meilleure collaboration des cantons, des communes et des personnes concernées est obligatoire », https://www.stiftung-fahrende.ch/fr/informations/seminaire-1811.html (consulté le 23.08.2021) [cité : Séminaire].

FORUM CITOYEN, Participer à aménager nos lieux de vie dans le canton, https://forumcitoyen.ch/ (consulté le 22.09.2021) [cité : Participer].

FORUM ÉCONOMIQUE MONDIAL (FEM), Manifeste de Davos 2020 : L'objectif universel d'une entreprise dans la Quatrième Révolution Industrielle, 02.12.2019, https://fr.weforum.org/agenda/2019/12/manifeste-de-davos-2020-l-objectif-universel-d-une-entreprise-dans-la-quatrieme-revolution-industrielle/ (consulté le 18.08.2021).

FREEMAN EDWARD R. et DMYTRIYEV SERGIY, Corporate Social Responsibility and Stakeholder Theory: Learning From Each Other, Symphonya. Emerging issues in management, n° 1/2017, pp. 7-15 [cité : CSR and Stakeholder Theory].

FREI NURIA, L'obligation sans exception de porter un masque est contraire au droit de l'égalité des personnes handicapées, Droit et handicap 03/2021, Inclusion Handicap (éd.), Berne 2021 [cité : Port obligatoire du masque].

FREIVOGEL ELISABETH, Artikel 7, dans : Kaufmann Claudia, Steiger-Sackmann Sabine (éds), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Zurich 2009, pp. 248-273 [cité : Art. 7 GlG].

FREULER REGULA, Mittellos im reichen Zürich: Herr Golta, wie viel Not kann die wirtschaftliche Basishilfe lindern?, ZHAW Soziale Arbeit, 02.09.2021, https://www.zhaw.ch/de/sozialearbeit/news-liste/news-detail/event-news/mittellos-im-reichen-zuerich-herr-golta-wie-viel-not-kann-die-wirtschaftliche-basishilfe-lindern/ (consulté le 06.03.2022).

FRIEDMAN MILTON, The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits, The New York Times du 13.09.1970, https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html (consulté le 29.06.2021) [cité : Social Responsability].

FRIEDMAN MILTON, Capitalism and Freedom, Chicago 1962 [cité : Capitalism].

GÄCHTER THOMAS et FILIPPO MARTINA, Stärkt der neue «Grundversorgungsartikel» der schweizerischen Bundesverfassung das «Recht auf Gesundheit»?, Bioethica Forum, 2015, vol. 8, n° 3, pp. 85-90 [cité : Grundversorgungsartikel].

GETH CHRISTOPHER, Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts nach Art. 363ff. StPO, PJA 2011, pp. 313 ss.

GICQUIAUD EMILIE, Focus sur l'intérêt social et la raison d'être des sociétés : les standards de la loi PACTE, 23.11.2020, https://www.actu-juridique.fr/affaires/focus-sur-linteret-social-et-la-raison-detre-des-societes-les-standards-de-la-loi-pacte/ (consulté le 18.08.2021).

GORDZIELIK TERESIA, Sozialhilfe im Asylbereich, Zwischen Migrationskontrolle und menschenwürdiger Existenzsicherung, Zurich 2020.

GÖTZÖ MONIKA, HERZIG MICHAEL, MEY EVA ET AL., Datenerhebung pandemiebedingte, kostenlose Mahlzeiten-, Lebensmittel- und Gutscheinabgaben in der Stadt Zürich, Schlussbericht, zuhanden Sozialdepartement der Stadt Zürich, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Zurich 2021 [cité : Datenerhebung].

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, Evaluation and revision of policy on Responsible Business Conduct (RBC), https://www.government.nl/topics/responsible-business-conduct-rbc/evaluation-and-renewal-of-rbc-policy (consulté le 27.11.2021).

GREVIO, Mid-Term Review, Strasbourg 2021.

Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme (*Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* [OEIGWG]), Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, 17.08.2021.

Guillod Olivier, Autonomie parentale, protection de l'enfant et vaccination. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_789/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch, septembre 2020.

Haller Walter, Art. 189 BV, dans : Ehrenzeller Bernhard et al. (éds), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3e édition, St-Gall et Zurich 2014 [cité : SGK zu Art. 189 BV].

Haller Walter, Verfassungsgerichtsbarkeit im Blickfeld schweizerischer Juristinnen und Juristen, Jusletter du 12.09.2011 [cité : Verfassungsgerichtsbarkeit].

Hangartner Yvo et Looser Martin E., Art. 190 BV, dans : Ehrenzeller Bernhard et al. (éds), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3e édition, St. Gall et Zurich 2014 [cité : SGK zu Art. 190 BV].

Hanimann Carlos, George Floyd nach helvetischer Art, Republik du 25.05.2021, https://www.republik.ch/2021/05/25/george-floyd-nach-schweizer-art (consulté le 04.03.2022).

Häring Daniel et Müller Meret T., Das Recht auf Selbstbestimmung von Bewohnerinnen und Bewohnern von Alters- und Pflegeheimen in Zeiten von Corona (Covid-19), dans : Landolt Hardy, Gattinger Heidrun (éds), Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, Pflegerecht 2021, pp. 52 ss [cité : Selbstbestimmung].

Hausammann Christina, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, Berne 2008.

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), Principes directeurs sur la protection internationale n° 9 : Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 2012.

Herr Stanley S., From Wrongs to Rights: International Human Rights and Legal Protection, dans : Herr Stanley S., Gostin Lawrence O., Koh Harold Hongju (éds), The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities – Different but Equal, New York 2003, pp. 115 ss [cité : Human Rights].

Hertig Randall Maya, L'internationalisation de la juridiction constitutionelle : défis et perspectives, RDS 129 (2010) II, pp. 221 ss [cité : Juridiction constitutionelle].

HILLER JANINE S., The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility, Journal of Business Ethics (2013) 118, pp. 287-301 [cité : Benefit Corporation and CSR].

HOTZ SANDRA (éd.), Handbuch Kinder im Verfahren, Stellung und Mitwirkung von Kindern in Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren, Zurich et Saint-Gall 2020 [cité : Kinder im Verfahren].

HUBER S.G., GÜNTHER P.S., SCHNEIDER N ET AL., COVID-19 – aktuelle Herausforderungen in Schule und Bildung, Erste Befunde des Schul-Barometers Deutschland, Österreich und der Schweiz, Münster et New York 2020 [cité : Schul-Barometer].

HUMAN RIGHTS CAMPAIGN, State Equality Index, https://www.hrc.org/resources/state-equality-index (consulté le 09.11.2021) [cité : State Equality Index].

HUMANRIGHTS.CH, L'assistance judiciaire gratuite dans l'exécution des peines et des mesures, 29.09.2015, https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/assistance-judiciaire-gratuite-privation-de-liberte (consulté le 22.09.2021).

HUMANRIGHTS.CH, Détention provisoire : le principe de proportionnalité doit devenir une réalité juridique, 03.08.2020, https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/freiheitsentzug/u-haft-verhaeltnismaessigkeit-rechtswirklichkeit (consulté le 04.03.2022).

ILGA EUROPE, Laying the Ground for LGBTI Sensitive Asylum Decision-Making in Europe: Transposition of the Recast Asylum Procedures Directive and the Recast Reception Conditions Directive, Bruxelles 2014.

INFRAS, Corona-Krise: Analyse der Situation von älteren Menschen und von Menschen in Institutionen, Schlussbericht, par Stokar Thomas, Vettori Anna, Fries Sabine et al., Zurich 2021 [cité : Corona-Krise].

INSIEME, Un guide pour voter – 20 octobre 2019, https://insieme.ch/fr/produit/un-guide-pour-voter/ (consulté le 17.11.2021).

INSTITUT SUISSE DE POLICE, Droits de l'homme et éthique professionnelle, Manuel de référence pour l'examen professionnel fédéral de policier/policière, 3e édition, Neuchâtel 2012.

JAMALI DIMA, SAFIEDDINE ASEM M. et RABBATH MYRIAM, Corporate Governance and Corporate Social Responsibility Synergies and Interrelationships, Corporate Governance: An International Review, 16/5, 2008, pp. 443-459.

JENKEL NILS, CAN GÜNES SEVDA et SCHMID MARK, La crise du coronavirus perçue par les jeunes vivant en institution de protection de l'enfance et de la jeunesse (CorSJH), Bâle et Zurich 2020.

KÄLIN WALTER et KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf gobaler und regionaler Ebene, 4e édition, Bâle 2019 [cité : Universeller Menschenrechtsschutz].

KAUFMANN CHRISTINE, From Profit to People and Planet: Rethinking the Purpose of the Corporation, dans : Weber Rolf H., Stoffel Walter A., Chenaux Jean-Luc et al. (éds), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zurich 2017, pp. 3 ss [cité : Purpose of the Corporation].

KAUFMANN CHRISTINE, Menschen- und umweltrechtliche Sorgfaltsprüfung im internationalen Vergleich: Wie sinnvoll ist ein Swiss Finish?, PJA 2017, pp. 967 ss [cité : Sorgfaltsprüfung].

KAUFMANN CLAUDIA, Artikel 4 GlG, dans : Kaufmann Claudia, Steiger-Sackmann Sabine (éds), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Zurich 2009, pp. 114-152 [cité : Art. 4 LEg].

KAUFMANN CLAUDIA, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, dans : Kaufmann Claudia, Steiger-Sackmann Sabine (éds), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Zurich 2009, pp. 1-29 [cité : Hintergrund].

KAUFMANN CHRISTINE, Globalisation and Labour Rights, Oxford et Portland 2007.

KAWAMURA-REINDL GABRIELE, Soziale Kontakte online – Digitale Herausforderungen für den Strafvollzug, NK Neue Kriminalpolitik 2019/1, pp. 58 ss [cité : Digitale Herausforderungen für den Strafvollzug].

KELLER HELEN et MÜLLER AMREI, Das Zusammenspiel von Bundesgericht und EGMR analysiert aus dem Blickwinkel der Subsidiarität, Justice – Justiz – Giustizia 2012/1 [cité : EGMR].

KIENER REGINA, Zugang zur Justiz, RDS 138 (2019) II, pp. 8 ss [cité : Zugang zur Justiz].

KIENER REGINA, KÄLIN WALTER et WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3e édition, Berne 2016 [cité : Grundrechte].

KIENER REGINA et VON BÜREN LUCIE, Strafbarkeit durch medizinische Betreuung von Sans-Papiers?, Asyl 4/2007, pp. 11-16 [cité : Strafbarkeit].

KINDERANWALTSCHAFT SCHWEIZ, Checkliste: Einsetzung einer Rechtsvertretung des Kindes im Sinne von Art. 314*a*bis ZGB im Kindesschutzverfahren, sans date.

KLAUS SAMUEL, Art. 89 ZPO, dans : Spühler Karl, Tenchio Luca, Infanger Dominik (éds), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3e édition, Bâle 2017 [cité : BSK zu Art. 89 ZPO].

KLEBER ELEONOR, Article 1 CEDEF, dans : Hertig Randall Maya, Hottelier Michel, Lempen Karine (éds), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Commentaire, Zurich 2019, pp. 23-46.

KNEER ANNE, SCHINDLER BENJAMIN, Schutz des Kontinuitätsvertrauens in die Rechtsordnung bei Rückstufung und Widerruf von Niederlassungsbewilligungen, dans : Achermann Alberto et al. (éds), Annuaire de droit de la migration 2019/2020, Berne 2020, pp. 35-54.

KÖLZ ALFRED, HÄNER ISABELLE et BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e édition, Zurich, Bâle et Genève 2013 [cité : Verwaltungsverfahren].

KOPONEN LINDA, 47 Prostituierte in Quarantäne: «Es ist schwer vorstellbar, dass mitten in der Stadt Zürich eine derartige Armut existieren kann», Neue Zürcher Zeitung (NZZ) du 02.09.2020, https://www.nzz.ch/zuerich/prostituierte-in-quarantaene-schlimme-szenen-im-zuercher-milieu-ld.1574654 (consulté le 02.08.2021).

KOYUNCUER NURGÜL, 16 oder 18? – «Minderjährigkeit ist eine willkürliche Grenze», SRF Kulturplatz du 03.11.2021, https://www.srf.ch/kultur/stimmrechtsalter-16-oder-18-minderjaehrigkeit-ist-eine-willkuerliche-grenze (consulté le 23.11.2021).

KRAJEWSKI MARKUS, TONSTAD KRISTEL et WOHLTMANN FRANZISKA, Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?, Business and Human Rights Journal (online), 6/2021, pp. 550-558.

KUNZ LAURA, Schwarzarbeit aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive, Unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der Arbeitgeberin, RiU – Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, n° 31, 2020, pp. 1-22.

KÜNZLI JÖRG et STURM EVELYNE, Menschenrechte und Polizeiarbeit im Rechtsstaat, dans : Ombudsstelle der Stadt Zürich (éd.), Rapport 2019, Zurich 2020, pp. 70-75 [cité : Menschenrechte und Polizeiarbeit].

KUONEN PATRICK et LENGGENHAGER MICHA, Massnahmen und Lösungen gegen die Einsamkeit der Bewohner/innen in Walliser Alters- und Pflegeheimen aufgrund der Covid-19-Krise, sans date [cité : Einsamkeit].

KURT STEFANIE, Fast-Tracking Full Citizenship in the Context of the Swiss Integration Stage Model, Working Paper 15 NCCR on the Move, octobre 2017.

LANGMEYER ALEXANDRA, GUGLHÖR-RUDAN ANGELIKA, NAAB THORSTEN ET AL., Kindsein in Corona Zeiten, Ergebnisbericht zur Situation von Kindern während des Lockdowns im Frühjahr 2020, Deutsches Jugendinstitut (éd.), 2020 [cité : Kindsein in Corona Zeiten].

LANSDOWN GERISON, Can you hear me? The right of young children to participate in decisions affecting them, Working Paper 36, Bernard van Leer Foundation, La Haye 2005.

LE NOUVELLISTE, La Cour des droits de l'Homme ouvre la voie à une vaccination obligatoire, 08.04.2021, https://www.lenouvelliste.ch/monde/coronavirus-la-cour-des-droits-de-lhomme-ouvre-la-voie-a-une-vaccination-obligatoire-1064653.

LEMPEN KARINE, Art. 328 CO, dans : Thévenoz Luc, Werro Franz (éds), Code des obligations I, Commentaire romand, Bâle 2021, pp. 2413-2428 [cité : Art. 328 CO].

LEMPEN KARINE, Travail, genre et religion : le port du hijab en Europe, dans : Andreas Stöckli, Anne Kühler, Felix Hafner et al. (éds), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zurich 2020, pp. 33-71.

LEMPEN KARINE, Le point sur la loi fédérale sur l'égalité, RFJ 2013, pp. 261-279 [cité : Le point sur la LEg].

LEMPEN KARINE, Article 3 LEg, dans : Aubert Gabriel, Lempen Karine (éds), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, pp. 29-66 [cité : Art. 3 LEg].

LEMPEN KARINE, Article 4 LEg, dans : Aubert Gabriel, Lempen Karine (éds), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, pp. 97-123 [cité : Art. 4 LEg].

LEMPEN KARINE et SHEYBANI ROXANE, La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux. Guide, Éditions juridiques libres, Lausanne 2020 [cité : La LEg].

LEMPEN KARIN et VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019), Rapport de recherche, Berne 2021.

LEMPEN KARINE et VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, RSJ 2018/4, pp. 81-89.

LEMPEN KARINE et VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), Rapport de recherche, Berne 2017.

LEUZINGER SUSANNE, Hinweise des Bundesgerichts an den Gesetzgeber, Justice – Justiz – Giustizia 2013/3 [cité : Hinweise Bundesgericht].

LIENBACHER GEORG, Die präventive Rechtskontrolle in Österreich, LeGes 2010/3, pp. 395 ss [cité : Präventive Rechtskontrolle].

LINDER WOLF, Schweizerische Demokratie – Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 3e édition, Berne 1999 [cité : Demokratie].

LUCAS BARBARA, Non-recours, dans : Bonvin Jean-Michel, Hugentobler Valérie, Knöpfel Carlo et al. (éds), Dictionnaire de politique sociale suisse, Zurich et Genève 2020, pp. 342-344.

MAGNIN JOSIANNE, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Zurich 2017.

MAHON PASCAL, Les droits politiques, dans : Diggelmann Oliver, Hertig Randall Maya, Schindler Benjamin (éds), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, 2e vol., Zurich, Bâle et Genève 2020, pp. 1499 ss [cité : Droits politiques].

MAHON PASCAL, GRAF ANNE-LAURENCE et STEFFANINI FEDERICA, La notion de « race » dans le droit suisse, Avis de droit, Neuchâtel 2019 [cité : La notion de « race »].

Mahon Pascal et Steffanini Federica, Les fondements de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, dans : Dunand Jean-Philippe, Lempen Karine, Mahon Pascal (éds), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996–2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève et Zurich 2016, pp. 1-33 [cité : Les fondements].

Martenet Vincent, Article 8, dans : Martenet Vincent, Dubey Jacques (éds), Commentaire de la Constitution fédérale, vol. I, Bâle 2021, pp. 304-349 [cité : Article 8].

Marti Irene, Stalder Tamara et Hostettler Ueli, Bericht – Evaluation des Projekts «Unabhängige Beratungsstelle für Menschen im Freiheitsentzug und ihre Angehörigen» von humanrights.ch, Berne 2019 [cité : Bericht Beratungsstelle].

Martínez Isabel z., Kopp Daniel, Lalive Rafael et al., Corona und Ungleichheit in der Schweiz – Eine erste Analyse der Verteilungswirkungen der Covid-19-Pandemie, Zurich 2021 [cité : Corona und Ungleichheit].

Matthey Fanny, Procédures d'asile et pluralité de statuts, Bâle 2012.

McDougall Gay, Conseil des droits de l'homme, Treizième session, Point 3 de l'ordre du jour, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Rapport de l'experte indépendante sur les questions relatives aux minorités, A/HRC/13/23, 07.01.2010 [cité : Questions relatives aux minorités].

Meier Anne, Art. 320, dans : Thévenoz Luc, Werro Franz (éds), Code des obligations I, Commentaire romand, Bâle 2021, pp. 2277-2286 [cité : Art. 320 CO].

Meier Gisela, Mey Eva et Strohmeier Navarro Smith Rahel, Nichtbezug von Sozialhilfe in der Migrationsbevölkerung, Zurich 2021 [cité : Nichtbezug].

Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter et Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12e édition, Berne 2018 [cité : Schweizerisches Gesellschaftsrecht].

Merz Laurent, Art. 42 BGG, dans : Niggli Marcel Alexander, Uebersax Peter, Wiprächtiger Hans et al. (éds), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e édition, Bâle 2018 [cité : BSK zu Art. 42 BGG].

Miccoli Malherbe Raffaella, Accès aux soins des requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée en matière, Asyl 3/2006, pp. 31–34.

Ministère des affaires économiques et de l'emploi de la Finlande, Judicial Analysis on the Corporate Social Responsibility Act, par Helminen Sakari, Alenius Jani, Walta Ville et al., Helsinki 2020.

Moreau Céline, La Suisse luttera-t-elle un jour contre la discrimination raciale ?, Plaidoyer 6/2020, p. 18 [cité : La Suisse luttera-t-elle].

Morrison John, The Social Licence, How to Keep Your Organization Legitimate, Londres 2014.

Mühlemann David, Zugang zum Recht – für Gefangene versperrt, Demokratische Jurist_innen Schweiz (éd.), 40 Jahre Demokratische Jurist_innen Schweiz (DJS), Berne 2018 [cité : Zugang zum Recht].

Müller Franziska, Laubereau Birgit, Bucher Noëlle et al., Gesundheitsversorgung für Asylsuchende, Bericht zuhanden des Bundesamts für Gesundheit (BAG), Lucerne 2017.

Müller Franziska, Roose Zilla, Landis Flurina et al., Santé mentale des requérants d'asile traumatisés : état des lieux et recommandations – Rapport à l'intention de l'Office fédéral de la santé publique, section Égalité face à la santé, Lucerne 2018 [cité : Santé mentale].

Naguib Tarek, Pärli Kurt, Bircher Nadine et al., Anti-Schwarze-Rassismus, Juristische Untersuchung zu Problem und Handlungsbedarf, Studie im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, Bâle et Winterthour 2017 [cité : Anti-Schwarze-Rassismus].

Naguib Tarek, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, PJA 2009, pp. 993 ss.

Ndjoko Hermann, Les angles morts du droit antidiscriminatoire : éloge de la circulation des concepts, Droit et société 2021/2, n° 108, pp. 407-424.

Nef Hans, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, RSD 61 (1942), pp. 108 ss [cité : Materielle Schranken].

Nideröst Peter, Sans-papiers in der Schweiz, dans : Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugi Yar Thomas et al. (éds), Ausländerrecht, Bâle 2009, pp. 373-415.

Nowrot Karsten, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, dans : Tietje Christian, Kraft Gerhard, Sethe Rolf (éds), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, cahier 21 (09/2003), pp. 5-37.

Observatoire des non-recours aux droits et services, L'envers de la « fraude sociale », Le scandale du non-recours aux droits sociaux, Paris 2012.

Odermatt Philippe et Kressbach Maria , Unhaltbare Arbeitsbedingungen, So beutet DPD Kurierfahrerinnen und -fahrer aus, Schweizer Radio und Fernsehen (SRF) News Schweiz du 23.02.2021, https://www.srf.ch/news/schweiz/unhaltbare-arbeitsbedingungen-so-beutet-dpd-kurierfahrerinnen-und-fahrer-aus (consulté le 23.11.2021) [cité : Unhaltbare Arbeitsbedingungen].

Office fédéral de la santé publique (OFSP), Fiche d'information COVID-19 : modèle des trois phases, état au 21.04.2021.

Office fédéral de la santé publique (OFSP), COVID-19 : Informations et recommandations pour des institutions telles que les homes pour les personnes âgées, les établissements médico-sociaux et les institutions pour personnes handicapées, état au 02.04.2021.

Office fédéral de la statistique (OFS), Communes, cantons et droit de vote et éligibilité pour étranger, https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/migration-integration/indicateurs-integration/indicateurs/communes-cantons-droit.html (consulté le 12.07.2021) [cité : Droit de vote et éligibilité].

Office fédéral de la statistique (OFS), Privation de liberté, décès et suicides, https://www.bfs.admin.ch/asset/fr/je-f-19.04.02.81 (consulté le 27.04.2021).

Office fédéral de l'état civil (OFEC), Circulaire du 29.11.2002 de l'Office fédéral de l'état civil aux Autorités cantonales de surveillance de l'état civil, pour elles-mêmes et pour information des Offices de l'état civil, Mise en œuvre de la Convention de La Haye du 29.05.1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH) ainsi que de la loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (LF-CLaH) [cité : Circulaire].

Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Aides financières – Droits de l'enfant, https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/finanzhilfen/kinderschutz_kinderrechte.html (consulté le 02.03.2022).

Office fédéral des assurances sociales (OFAS), APG en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus, https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/eo-corona.html (consulté le 02.08.2021) [cité : APG coronavirus].

Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Grundlagenpapier zur Gewährung von Finanzhilfen zur Stärkung der Kinderrechte, Kredit «Kinderrechte» du 22.03.2021.

Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, Berne 2020 [cité : Rechtsschutz Armutsbetroffene].

Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Lettre circulaire AI n° 366 du 02.08.2017 [cité : Lettre circulaire AI n° 366].

Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Lettre circulaire AI n° 355 du 31.10.2016 mise à jour le 26.05.2017 [cité : Lettre circulaire AI n° 355].

Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Circulaire 02/10, Directive « Affiliation des sans-papiers », 19.12.2002 [cité : Directive affiliation des sans-papiers].

Office fédéral du développement territorial (ARE), Richtplan Kanton Schaffhausen – Anpassung Siedlung inkl. Raumkonzept, Prüfungsbericht vom 18.03.2019 [cité : Plan directeur du canton de Schaffhouse].

Office fédéral du développement territorial (ARE), Richtplan Kanton Schwyz – Richtplananpassung Regionen Höfe, March und 1. Teil Rigi-Mythen, Prüfungsbericht vom 10.12.2008 [cité : Plan directeur du canton de Schwyz].

Open Society Justice Initiative (OSJI), Reducing Ethnic Profiling in the European Union, A Handbook of Good Practices, New York 2012.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting, Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2019.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Guide OCDE sur le devoir de diligence applicable aux chaînes d'approvisionnement responsables dans le secteur de l'habillement et de la chaussure, Paris 2018.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018 [cité : Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises].

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Conseils pratiques aux entreprises pour identifier et lutter contre les pires formes de travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement en minerais, 2017.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif, Paris 2017.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, 3e édition, Paris 2016.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables, Paris 2016.

Organisation internationale du Travail (OIT), Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 5e édition, Genève 2017.

Organisation mondiale de la santé (OMS) Bureau régional de l'Europe, Schooling during COVID-19 – Recommendations from the European Technical Advisory Group for schooling during COVID-19, Copenhague 2021 [cité : Schooling during COVID-19].

Organisation mondiale de la santé (OMS), Constitution de l'Organisation mondiale de la santé de 1948.

Organisation mondiale de la santé (OMS), Maintenir les services de santé essentiels : orientations de mise en œuvre dans le cadre de la COVID-19 : orientations provisoires, 01.06.2020 [cité : Orientations provisoires dans le cadre de la COVID-19].

Österreichisches Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, Corona-Ampel, https://corona-ampel.gv.at/karte-corona-ampel/ (consulté le 08.10.2021) [cité : Corona-Ampel].

Parlement européen, Résolution du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), P9_TA(2021)0073 [cité : Proposition de résolution sur le devoir de diligence].

Parlement européen, Corporate social responsibility (CSR) and its implementation into EU Company law, Bruxelles 2020 [cité : CSR].

Plate-forme nationale pour l'accès aux soins de santé des sans-papiers, Accès aux soins des populations vulnérables en Suisse, Situation et recommandations 2014, Version détaillée – Novembre 2014 [cité : Recommandations 2014].

Pedretti Romana, Vom Verbot von gleichgeschlechtlichen Ehen und Minaretten: Direkte Demokratie und Minderheitenschutz, Ein Beitrag zur Diskussion über menschenrechtswidrige Volksinitiativen, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht Beiheft 52 [cité : Minderheitenschutz].

Petry Roswitha, La situation juridique des migrants sans statut légal, Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Genève, Zurich et Bâle 2013 [cité : La situation juridique des migrants].

Pietrancosta Alain, Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi PACTE amendant le droit commun des sociétés, Annales des Mines – Réalités Industrielles 2019/4, pp. 55-59 [cité : Intérêt social et raison d'être].

Portmann Wolfgang et Rudolph Roger, Art. 320, dans : Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter, Wiegand Wolfgang (éds), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Basler Kommentar, 6e édition, Bâle 2015, pp. 1821-1831 [cité : Art. 320 OR].

Portmann Wolfgang et Rudolph Roger, Art. 328, dans : Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter, Wiegand Wolfgang (éds), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Basler Kommentar, 6e édition, Bâle 2015, pp. 1932-1957 [cité : Art. 328 CO].

Probst Johanna, D'Amato Gianni, Dunning Samantha et al., Marges de manoeuvre cantonales en mutation, Politique migratoire en Suisse, SFM Studies 73, Neuchâtel 2019.

Prostitution Collective Reflexion (ProCoRe), Plan de protection standard sous COVID-19 : prestataires offrant des services impliquant un contact physique, 11.05.2020 [cité : Plan de protection].

Prostitution Collective Reflexion (ProCoRe), Covid19 et la santé, https://procore-info.ch/fr/nos-infos-sur-le-covid19/ (consulté le 02.08.2021) [cité : Site web].

Prototype, FairElection, https://prototypefund.opendata.ch/project/fair-election/ (consulté le 27.09.2021).

Pulver Bernhard, L'interdiction de la discrimination, Étude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bâle 2003.

Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, L'impact de la migration sur les femmes et les filles migrantes : une perspective de genre, A/HRC/41/38, 15.04.2019.

Reichen Philippe et Hosp Janine, Er starb nach Tritten in die Genitalien, Tagesanzeiger du 03.06.2020, https://www.tagesanzeiger.ch/er-starb-nach-tritten-in-die-genitalien-389063126382 (consulté le 04.03.2022).

Réseau Convention Istanbul, Mise en œuvre de la Convention d'Istanbul en Suisse, Rapport alternatif de la société civile, 2021 [cité : Rapport alternatif].

Réseau de centres de conseil pour les victimes du racisme, Incidents racistes recencés par les centres de conseil en 2020, Berne 2021.

Réseau suisse des droits de l'enfant, Quatrième rapport des ONG à l'attention du Comité des droits de l'enfant de l'ONU, 2021 [cité : Rapport des ONG].

Resor Felicia R., Benefit Corporation Legislation, Wyoming Law Review, vol. 12, n° 1, article 5, 2012, pp. 91-113.

Rhinow René, Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus: Ein Plädoyer für einen massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, Jusletter du 14.03.2011 [cité : Verfassungsgerichtsbarkeit].

Rhinow René, Schefer Markus et Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e édition, Bâle 2016 [cité : Schweizerisches Verfassungsrecht].

Riemer-Kafka Grabriela et Ueberschlag Jakob, Art. 5 GIG, dans : Kaufmann Claudia, Steiger-Sackmann Sabine (éds), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e édition, Bâle 2009, N 1–98 [cité : Art. 5 GIG].

RUCH ALEXANDER, Art. 49 BV, dans Ehrenzeller Bernhard et al. (éds), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3e édition, Saint-Gall et Zurich 2014 [cité : SGK zu Art. 49 BV].

RUGGIE JOHN, European Commission initiative on mandatory human rights due diligence and directors' duties, 2021.

SANDNER ULRIKE et ANNEN LUZIA, Zürcher Evaluation Fernlernen – Digital zu Hause und doch Schule, Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten 1 bis 4, Zurich 2021 [cité : Zürcher Studie Fernlernen].

SAUTHIER GAËLLE et COTTIER MICHELLE, L'impact des droits humains en matière de placement de l'enfant en droit civil suisse (premier partie), FamPra.ch 4/2020, pp. 890 ss.

SCHERER ANDREAS GEORG et VOEGTLIN CHRISTIAN, Corporate Governance for Responsible Innovation: Approaches to Corporate Governance and their Implications for Sustainable Development, Academy of Management Perspectives, vol. 34, n° 2, 2020.

SCHIBLI DANIELA et HODEL MARIA, Nouveaux modèles de soins pour la médecine de premier recours Rapport du Groupe de travail « Nouveaux modèles de soins pour la médecine de premier recours » de la CDS et de l'OFSP, Berne, 2012.

SCHLÄPPI ERIKA et LOCHER RETO, Artikel 1 CEDAW, dans : Schläppi Erika, Wyttenbach Judith, Ulrich Silvia (éds), Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung, Umsetzung in der Schweiz, Umsetzung in Österreich, Berne 2015, pp. 139-210.

SCHMAHL STEPHANIE, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2e édition, Baden-Baden, Zurich, Saint-Gall et al. 2017 [cité : KRK-Komm].

SCHNEIDER ANSELM et SCHERER ANDREAS GEORG, Corporate Governance in a Risk Society, Journal of Business Ethics (2015) 126, pp. 309-323 [cité : Corporate Governance].

SCHNEUWLY ANNE MIRJAM, Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik – Transnationales CSR-soft law im globalen Kontext, Grundlegendes Recht, vol. 17, Bâle 2012.

SCHNYDER MARTINA, Corona-Schutz im Pflegeheim, «Alles ist abgeriegelt wie im Hochsicherheitsgefängnis», Schweizer Radio und Fernsehen (SRF) News Schweiz du 06.03.2020, https://www.srf.ch/news/schweiz/corona-schutz-im-pflegeheim-alles-ist-abgeriegelt-wie-im-hochsicherheitsgefaengnis (consulté le 23.11.2021) [cité : Corona-Schutz im Pflegeheim].

SCHUHMACHER CHRISTIAN et CAUSSIGNAC GÉRARD, Sicherstellung der legistischen Qualität von Gesetzen in den kantonalen Parlamenten, LeGes 2006/2, pp. 45 ss [cité : Legistische Qualität].

SCHWEIZER RADIO UND FERNSEHEN (SRF), Berner Corona-Massnahmen, Wer ins Restaurant will, muss sich zwingend registrieren, 13.08.2020, https://www.srf.ch/news/regional/bern-freiburg-wallis/berner-corona-massnahmen-wer-ins-restaurant-will-muss-sich-zwingend-registrieren (consulté le 23.11.2021) [cité : Berner Corona-Massnahmen].

SCHWEIZER RAINER, BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH et KÄGI-DIENER REGULA, Art. 8, dans : Ehrenzeller Bernhard et al. (éds), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich 2014, pp. 201-257.

SCHWEIZERISCHE BIBLIOTHEK FÜR BLINDE, SEH- UND LESEBEHINDERTE (SBS), Abstimmungsunterlagen, https://www.sbs.ch/abstimmungsunterlagen/ (consulté le 27.09.2021).

SCHWENZER INGEBORG et COTTIER MICHELLE, Art. 1–456 ZGB, dans : Geiser Thomas et Fountoulakis Christiana (éds), Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Basler Kommentar, 6e édition, Bâle 2018 [cité : BSK, Art. 301 ZGB].

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Suivi des recommandations du Pacte I ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Berne 2021 [cité : Suivi des recommandations].

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : Plan d'action national de la Suisse 2020-2023, 2020 [cité : NAP].

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Le processus de Kimberley, 07.03.2016, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/rohdiamantenhandel/der-kimberley-prozess.html (consulté le 27.11.2021).

SECRÉTARIAT D'ÉTAT AUX MIGRATIONS (SEM), Directives et commentaires, I. Domaine des étrangers (Directives LEI), version remaniée et unifiée d'octobre 2013, mise à jour le 15.12.2021, Berne 2021 [cité : Directives LEI].

SECRÉTARIAT D'ÉTAT AUX MIGRATIONS (SEM), Commentaires et observations générales à propos de l'aide sociale et de l'obligation d'approbation en cas de versement d'une aide sociale au sens de l'Ordonnance du DFJP concernant l'approbation (OA-DFJP), Circulaire du 02.02.2021 [cité : Circulaire].

SEFEROVIC GORAN, Art. 189 BV, dans : Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria et Epiney Astrid (éds), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 [cité : BSK zu Art. 189 BV].

SEFEROVIC GORAN et SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA, Vorprüfungsverfahren für Volksinitiativen im Fürstentum Liechtenstein, Ein Vorbild für die Schweiz?, ZBl 122 (2021), pp. 423 ss [cité : Liechtenstein].

SEGRESTIN BLANCHE, HATCHUEL ARMAND et LEVILLAIN KEVIN, When the Law Distinguishes Between the Enterprise and the Corporation: The Case of the New French Law on Corporate Purpose, Journal of Business Ethics (2020) 171, pp. 1-13.

SEILER HANSJÖRG, Art. 89 BGG, dans : Seiler Hansjörg, Von Werdt Nicolas, Güngerich Andreas et al. (éds), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Stämpflis Handkommentar, 2e édition, Berne 2015 [cité : SHK zu Art. 89 BGG].

SEILER HANSJÖRG, Art. 106 BGG, dans : Seiler Hansjörg, Von Werdt Nicolas, Güngerich Andreas et al. (éds), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Stämpflis Handkommentar, 2e édition, Berne 2015 [cité : SHK zu Art. 106 BGG].

SEILER HANSJÖRG, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, RDS 129 (2010), pp. 381 ss [cité : Verfassungsgerichtsbarkeit].

SERVICE DE LUTTE CONTRE LE RACISME, Discrimination raciale en Suisse, Rapport 2019/2020, Berne 2021.

SETHE ROLF, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW/RSDA 4/2018, pp. 375-392.

SHEYBANI ROXANE et EL HAKIM DAHLIA, « L'égalité, veut-on vraiment y arriver », Le Temps du 19.08.2021.

SOCIÉTÉ À MISSION, Liste Des Sociétés À Mission, https://societeamission.com/liste-des-societes-a-mission/ (consulté le 18.08.2021).

SOTOMO, Schweizer Familien in der Covid-19-Pandemie, Spezialauswertung des SRG-Corona-Monitors zu Familien- und Betreuungsstrukturen im Kontext der Krise, par Bütikofer Sarah, Craviolini Juli, Hermann Michael et al., Zurich 2020 [cité : Familien- und Betreuungsstrukturen].

SPENLÉ CHRISTOPH et SKALSKI JAN, Das Staatenberichtsverfahren vor dem UNO-Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau, Das unterschätzte Instrument: Zur Funktion und Struktur der UNO-Staatenberichtsverfahren und ihrer Bedeutung für die Schweiz, Jusletter du 31.10.2011 [cité : Staatenberichtsverfahren].

SPESCHA MARC, Ausländische Sozialhilfebeziehende im Fokus der Migrationsbehörde, Unfaire Sanktionspraxis als Folge des meritokratischen Irrglaubens, Jusletter du 08.03.2021 [cité : Ausländische Sozialhilfebeziehende].

SPESCHA MARC, Bewilligungen können erlöschen, widerrufen oder nicht verlängert werden, terra cognita n° 18, 2011, pp. 70-74.

Stadt Uster, Bürgerpanel für mehr Klimaschutz in Uster, https://www.uster.ch/klimawandel/39928 (consulté le 22.09.2021) [cité : Bürgerpanel].

Stadt Zürich, Neue «Wirtschaftliche Basishilfe» hilft Armut in Zürich zu verhindern, communiqué de presse du 10.05.2021, https://www.stadt-zuerich.ch/sd/de/index/ueber_das_departement/medien/medienmitteilungen_aktuell/2021/mai/210510a.html (consulté le 13.09.2021) [cité : Basishilfe].

Steffen Gabrielle, Soins essentiels, Un droit fondamental qui trascende les frontières ?, Bâle 2018 [cité : Soins essentiels].

Steffen Gabrielle, Sans papiers : LAMal et accès effectif aux soins, REISO, 22.05.2017, https://www.reiso.org/articles/themes/politiques/1780-sans-papiers-lamal-et-acces-effectif-aux-soin (consulté le 02.03.2022).

Steiger Sackmann Sabine, Artikel 6 GlG, dans : Kaufmann Claudia et Steiger-Sackmann Sabine (éds), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e édition, Bâle 2009, pp. 201-247 [cité : Art. 6 LEg].

Steinmann Gerold, Beitrag des Bundesgerichts zur präventiven Rechtskontrolle, Möglichkeiten und Grenzen und präventive Rechtskontrolle, LeGes 2010/3, pp. 367 ss [cité : Präventive Rechtskontrolle].

Stiftung Alterszentrum Wengistein, Eine noch nie dagewesen Krise: Covid-19, Rechenschaftsbericht der über 100-tägigen Schliessung des Alterszentrums Wengistein, Rückmeldung aller Beteiligten, Erste Tendenzen, Soleure 2020 [cité : Rechenschaftsbericht].

Stocker Désirée, Schläpfer Dawa, Németh Philipp et al., Einfluss der Covid-19-Pandemie auf die psychische Gesundheit der Schweizer Bevölkerung und die psychiatrisch-psychotherapeutische Versorgung in der Schweiz, Schlussbericht im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Berne 2021 [cité : Schlussbericht psychische Gesundheit].

Stoyanova Vladislava, Due Diligence versus Positive Obligations: Critical Reflexions on the Council of Europe Convention on Violence against Women, Lund 2019.

Stukenberg Kurt, Veränderungsdruck hoch drei für Ölkonzerne, Spiegel Online du 28.05.2021, https://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/klimakrise-veraenderungsdruck-hoch-drei-fuer-oelkonzerne-a-bdd839aa-0ed8-4cc2-8903-f4877ee952c3 (consulté le 18.08.2021).

Sturm Evelyne, Untersuchung von polizeilicher Gewaltanwendung, Menschenrechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz, Zurich et Saint-Gall 2019 [cité : Polizeiliche Gewaltanwendung].

Suter Alexander, Integration und Ausschluss: Folgen von Sozialhilfebezug für Ausländerinnen und Ausländer, dans : Achermann Alberto, Boillet Véronique, Caroni Martina et al. (éds), Annuaire de droit de la migration 2020/2021, Berne 2021, pp. 3-33 [cité : Integration].

Suter Daniel, Polizeigewalt: Justiz befangen, Plädoyer 4/2010, pp. 22-27.

Swiss National COVID-19 Science Task Force (NCS-TF), Gemeinsame Stellungnahme der Swiss National COVID-19 Science Task Force, pädiatrie schweiz und Kinderärzte Schweiz, 03.01.2022, https://sciencetaskforce.ch/massnahmen-in-schulen/ (consulté le 15.01.2022) [cité : Massnahmen in Schulen].

Swiss national Covid-19 Science Task Force (NCS-TF), Considerations for an alert system for infectious diseases, focus on COVID-19: a scoping review of tier systems used in other countries and current data, Policy brief du 24.04.2021.

Swiss national Covid-19 Science Task Force (NCS-TF), Protection older persons in long-term care in the context of the Sars-CoV-2 pandemic while maintaining quality of life, Policy brief du 25.11.2020.

Swiss national Covid-19 Science Task Force (NCS-TF), What can the employee do if the employer does not comply with the protective measures (or plans)?, Policy brief du 25.11.2020.

Swiss National Covid-19 Science Task Force (NCS-TF), Gender aspects of COVID-19 and pandemic response, ELSI Report du 14.05.2020.

Swiss national Covid-19 Science Task Force (NCS-TF), Continued confinement of those most vulnerable to COVID19, ELSI Report du 04.05.2020 [cité : Vulnerability].

Thomas Nigel, Towards a Theory of Children's Participation, The International Journal of Children's Rights 15 (2007), pp. 199-218.

Tobler Christa, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, RDS 140 (2021), pp. 277 ss [cité : Politische Rechte].

Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2016, Lausanne et Lucerne 2018.

Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2013, Lausanne et Lucerne 2014.

Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2011, Lausanne et Lucerne 2012.

Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2010, Lausanne et Lucerne 2011.

Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2009, Lausanne et Lucerne 2010.

Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2008, Lausanne et Lucerne 2009.

Tribunal fédéral, Rapport de gestion 2007, Lausanne et Lucerne 2008.

Tschannen Pierre, Art. 136 BV, dans : Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria et Epiney Astrid (éds), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 [cité : BSK zu Art. 136 BV].

Tschannen Pierre, Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4e édition, Berne 2016 [cité : Staatsrecht].

UN Women, From Insights to Action, Gender Equality in the Wake of Covid-19, par Azcona Ginette, Bhatt Antra, Encarnacion Jessamyn et al., 2020 [cité : Gender Equality].

Unabhängige Fachstelle für Sozialhilferecht (UFS), Es braucht eine nationale Regelung, 25.12.2021, https://www.sozialhilfeberatung.ch/entry/rahmengesetz-bern (consulté le 12.07.2020) [cité : Nationale Regelung].

Unia, Bündnis fordert Überbrückungsfonds für prekäre Arbeitnehmende, 22.05.2020, https://www.unia.ch/de/aktuell/aktuell/artikel/a/16899 (consulté le 30.07.2021) [cité : Überbrückungsfonds].

Vischer Franck et Müller Roland, Der Arbeitsvertrag, Bâle 2014 [cité : Arbeitsvertrag].

Volksanwaltschaft, Bericht 2020, Präventive Menschenrechtskontrolle, Vienne 2021 [cité : Präventive Rechtskontrolle].

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, Berne 2020 [cité : Aktienrecht].

Von Mandach Laura, Digitalisierung und Strafvollzug, NK Neue Kriminalpolitik 2019/1, pp. 13 ss [cité : Digitalisierung und Strafvollzug].

Von Werdt Nicolas, Art. 106 BGG, dans : Seiler Hansjörg, Von Werdt Nicolas, Güngerich Andreas et al. (éds), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Stämpflis Handkommentar, 2e édition, Berne 2015 [cité : SHK zu Art. 106 BGG].

von Wyl Benjamin, Der Berner Maulkorb, Die Wochenzeitung du 21.11.2019, https://www.woz.ch/-a286 (consulté le 04.03.2022).

Waldmann Bernhard, Art. 89 BGG N 1–70, dans : Niggli Marcel Alexander, Uebersax Peter, Wiprächtiger Hans et al. (éds), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e édition, Bâle 2018 [cité : BSK zu Art. 89 BGG].

Waldmann Bernhard, Art. 49 BV, dans : Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria et Epiney Astrid (éds), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 [cité : BSK zu Art. 49 BV].

Wapler Friederike, Kinderrechte und Kindeswohl, Tubingue 2015.

Wegel Melanie et Fink Daniel, Die Covid-19-Pandemie ist bisher erfolgreich gemeistert worden, #prisoninfo 2/2020, pp. 4 ss.

Wintsch Sandra, Schulrechtliche Verfahren (chapitre 8), dans : Hotz Sandra (éd.), Handbuch Kinder im Verfahren, Stellung und Mitwirkung von Kindern im Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren, Zurich et Saint-Gall 2020.

Wyler Rémy, Art. 6 LEg, dans : Gabriel Aubert et Lempen Karine (éds), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011, pp. 145-175 [cité : Art. 6 LEg].

Wyler Rémy et Heinzer Boris, Droit du travail, Berne 2019 [cité : Droit du travail].

Wyttenbach Judith, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten, Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zurich et Saint-Gall 2017 [cité : Bundesstaaten].

XENIA, Fachstelle Sexarbeit, Rapport annuel 2020 [cité : Rapport annuel 2020].

Yerly Gonzague et Laveault Dany, Évaluer les apprentissages en contexte de pandémie : aller au-delà de la notation pour soutenir la réussite de tous les élèves, Formation et profession, 28 (4 hors-série), pp. 1-12, 2020 [cité : Soutenir les élèves].

Zimmermann Nesa, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Contours et utilité d'un concept en vogue, thèse de doctorat, Universitét de Genève 2022 [cité : La notion de vulnérabilité].

Zimmermann Nesa, Legislating for the Vulnerable? Special Duties under the European Convention on Human Rights, Revue suisse de droit international et européen 4/2015, pp. 539 ss [cité : Legislating for the Vulnerable].

Zschirnt Eva, Ethnic discrimination in the Swiss labour market, Ethnic hierarchies in correspondence test results, thèse de doctorat, Neuchâtel 2018.

Zschirnt Eva et Ruedin Didier, Ethnic Discrimination in Hiring Decisions: A Meta-Analysis of Correspondence Tests 1990–2015, Journal of Ethnic & Migration Studies, 2016, 42(7), pp. 1115-1134.

Auteur·e·s

Eva Maria Belser
Professeure ordinaire de droit public et administratif I de l'Université de Fribourg, titulaire de la chaire UNESCO des droits de l'homme et de la démocratie, co-directrice de l'Institut du fédéralisme et responsable du Domaine thématique Questions institutionnelles du CSDH.

Kelly Bishop
Master en droit, assistante à l'Institut de droit public de l'Université de Berne et collaboratrice scientifique au sein du Domaine thématique Police et justice du CSDH.

Alexandra Büchler
Master en droit, collaboratrice scientifique à l'Institut de droit public de l'Université de Berne et au sein du Domaine thématique Police et justice du CSDH.

Julia Egenter
Master en sciences sociales, collaboratrice scientifique au Centre interdisciplinaire de recherche sur le genre de l'Université de Berne et au sein du Domaine thématique Politique genre du CSDH.

Sandra Egli
Docteure, Master en droit, lectrice à la chaire de droit public et administratif I de l'Université de Fribourg et collaboratrice scientifique au sein du Domaine thématique Questions institutionnelles du CSDH.

Joëlle Fehlmann
Master en sciences sociales, collaboratrice scientifique au Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population de l'Université de Neuchâtel.

Anne-Laurence Graf
Docteure en droit, LL.M., ancienne collaboratrice scientifique au sein du Domaine thématique Migration du CSDH.

Sandra Hotz
Professeure ordinaire de droit civil et droit de la santé de l'Université Neuchâtel et collaboratrice scientifique au sein du Domaine thématique Politique de l'enfance et de la jeunesse du CSDH.

Christine Kaufmann
Professeure ordinaire de droit public, de droit international et de droit européen et présidente du comité de direction du Centre de compétence pour les droits humains de l'Université de Zurich, responsable du Domaine thématique Droits humains et économie du CSDH.

David Krummen
Master en droit, avocat, assistant à l'Institut de droit public de l'Université de Berne et collaborateur scientifique au sein du Domaine thématique Police et justice du CSDH.

Jörg Künzli
Professeur ordinaire de droit public et de droit international à l'Institut de droit public de l'Université de Berne, responsable du Domaine thématique Police et justice du CSDH.

Meret Lüdi
Master en droit, ancienne assistante à l'Institut de droit public de l'Université de Berne et ancienne collaboratrice scientifique au sein du Domaine thématique Police et justice du CSDH.

Res Schuerch
Docteur en droit, ancien directeur du Centre de compétence pour les droits humains de l'Université de Zurich et ancien collaborateur scientifique au sein du Domaine thématique Droits humains et économie du CSDH.

Christina Weber Khan
Master of Advanced Studies (MAS) en droits de l'enfant, collaboratrice scientifique au Centre interfacultaire en droits de l'enfant de l'Université de Genève et au sein du Domaine thématique Politique de l'enfance et de la jeunesse du CSDH.

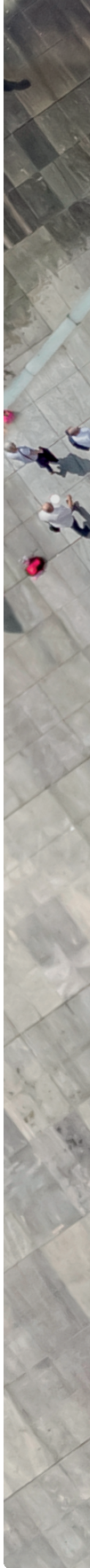
Judith Wyttenbach
Professeure ordinaire de droit public et de droit international à l'Institut de droit public de l'Université de Berne, responsable des Domaines thématiques Police et justice et Politique genre du CSDH.

Nesa Zimmermann
Docteure en droit, maître assistante au Département de droit public et co-responsable de la Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables de l'Université de Genève.

Les initiatives populaires portant atteinte aux droits humains doivent-elles être déclarées nulles ? Faut-il instaurer un devoir de diligence en matière de droits humains pour les entreprises suisses ? Comment les femmes du domaine de l'asile victimes de violence peuvent-elles être mieux soutenues ? Pourquoi, pendant la pandémie de coronavirus, tant de personnes ont-elles renoncé à recourir à l'aide sociale – alors qu'elles y auraient eu droit – et que faire pour que cela se passe différemment lors d'une éventuelle prochaine crise ?

Voici quelques-unes des questions auxquelles répond la présente publication du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH). Quatorze thématiques relatives aux droits humains sont au centre de cet ouvrage : une attention particulière est portée à la protection des groupes vulnérables, au rôle des droits humains pendant la crise du coronavirus, à la responsabilité des entreprises ainsi qu'à la relation entre démocratie, État de droit et droits humains.

Avec près de 130 recommandations adressées aux pouvoirs législatifs, aux autorités ou à d'autres acteurs·trices, les auteur·e·s du livre présentent une série de mesures concrètes et réalisables pour renforcer les droits humains en Suisse. Des cas pratiques illustrant les problématiques et de bonnes pratiques identifiées dans diverses villes, cantons ou pays montrent qu'une meilleure réalisation des droits humains est possible.



buch & netz