



Guide de la CEDEF pour la pratique juridique

La Convention CEDEF et sa procédure internationale de communication

Conseils utiles et informations pratiques pour les avocat·e·s

Un outil en ligne de la CFQF : www.comfem.ch > Documentation

Partie 3

La validité et l'application de la Convention CEDEF en Suisse

L'essentiel en bref

Force obligatoire

Comme tous les traités internationaux, la convention est devenue partie intégrante de l'ordre juridique suisse par sa ratification. De ce fait, ses dispositions ont force obligatoire pour toutes les autorités de Suisse (c.-à-d. dans la fabrication et dans l'application des lois). Dans un arrêt récent, par exemple, le Tribunal fédéral relève que les autorités législatives des cantons ont certaines obligations d'agir pour faire avancer l'égalité entre femmes et hommes qui se déduisent de l'art. 8, al. 3 Cst. et de la Convention CEDEF (ATF 137 I 305).

Applicabilité directe

Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas estimé que la Convention CEDEF contenait des droits directement applicables, même si cette réserve des autorités fédérales a été critiquée par le Comité CEDEF et par la doctrine. En conséquence, si l'on veut invoquer directement la convention pour fonder des prétentions concrètes dans le cadre d'une action en prévention ou en réparation, il faut assurément s'appuyer sur une argumentation minutieusement étayée. Il est indispensable cependant d'invoquer directement les dispositions de la convention en complément des normes suisses (p. ex. l'art. 8 Cst. ou la loi sur l'égalité) dans les procédures suisses si l'on envisage une procédure de communication individuelle auprès du Comité CEDEF.

Interprétation conforme au droit international

Les normes suisses, comme par exemple l'interdiction de la discrimination et l'égalité des droits entre femmes et hommes, doivent être interprétées en conformité avec le droit international. Cela ouvre de multiples possibilités pour exploiter les dispositions de la Convention CEDEF (et d'autres) en faveur de l'égalité des sexes. Les notions juridiques restées indéterminées et les clauses générales doivent être interprétées elles aussi à la lumière des dispositions de la CEDEF. Dans ce sens, les dispositions de la CEDEF peuvent renforcer l'argumentation juridique en faveur de l'égalité.

Contenu Partie 3

[3.1 Le droit international public en tant que partie intégrante de l'ordre juridique suisse](#)

[3.2 La question de l'applicabilité directe](#)

[3.3 Les normes de la CEDEF sont-elles directement applicables en Suisse ?](#)

[3.4 L'interprétation conforme au droit international](#)

[3.5 Quel droit a la primauté en cas de conflit ?](#)

3.1 Le droit international public en tant que partie intégrante de l'ordre juridique suisse

Droit en vigueur En principe, les traités internationaux entrent en vigueur en Suisse dès leur ratification (système « moniste ») ; les obligations internationales acquièrent une validité immédiate, sans qu'il soit nécessaire d'adopter un acte normatif de droit interne à cet effet. Ainsi, depuis leur ratification, les dispositions de la Convention CEDEF et du protocole additionnel (comme celles de tous les autres traités relatifs aux droits humains) font partie du droit suisse et ont force obligatoire pour les autorités fédérales, cantonales et communales. Ce principe est indépendant de la question de savoir si lesdites dispositions sont directement applicables et peuvent être invoquées en justice.

Réserves Néanmoins, lorsqu'elle a ratifié la Convention CEDEF, la Suisse a émis trois réserves, qui restreignent la validité de la convention en ce qui concerne le service militaire armé, le nom de famille et le régime matrimonial (selon l'ancien droit). La première réserve a été retirée en 2004. Le nouveau droit du nom, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, permet au Conseil fédéral de retirer la deuxième réserve. La troisième réserve est la seule qui reste en vigueur, mais elle est devenue presque sans objet puisqu'elle ne concerne qu'une petite partie des mariages conclus avant 1985.

Obligation de réalisation L'art. 35, al. 2 Cst., qui se rapporte aux droits fondamentaux garantis constitutionnellement, s'applique en principe aussi aux traités internationaux ratifiés par la Suisse : quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. L'al. 3 précise que les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

3.2 La question de l'applicabilité directe

Normes invocables en justice L'applicabilité directe d'une norme de droit public international dépend de son destinataire : la norme s'adresse-t-elle uniquement à l'Etat ou fonde-t-elle, en faveur de personnes physiques ou morales, des droits et des devoirs qui peuvent être invoqués dans des procédures judiciaires ou administratives ? Une norme est réputée directement applicable (« self-executing », justiciable) lorsqu'elle est suffisamment concrète et précise pour que des personnes physiques ou morales en retirent des droits et des obligations sur lesquels ils pourront fonder une action devant les autorités judiciaires et administratives. Lorsqu'une convention internationale ne règle pas cette question, ce sont en principe les Etats qui décident si ses

normes sont directement applicables ou non. C'est le cas de la Convention CEDEF. Néanmoins, dans sa recommandation générale relative à l'accès des femmes à la justice, le Comité CEDEF souligne que la reconnaissance de la justiciabilité des droits protégés par la convention ou l'intégration de droits correspondants dans les législations nationales sont des conditions importantes pour que les tribunaux puissent faire respecter l'égalité de jure et de facto.

Recommandation générale n° 33/2015, CEDAW/C/GC/33, § 15 a-c, § 42 b
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>
[X](#)

Obligation d'agir du législateur

Si les dispositions de la CEDEF ne sont pas directement applicables, elles imposent au législateur et aux autorités politiques de mettre en place les conditions générales nécessaires à la mise en œuvre de la convention. Le Tribunal fédéral, par exemple, a déduit de l'art. 2, let. a CEDEF en liaison avec l'art. 8, al. 3 Cst. que le législateur (cantonal) avait une obligation d'action, même s'il a laissé au canton concerné toute latitude pour choisir la nature des mesures à prendre (ATF 137 I 305).

Règles internationales « en principe directement applicables »

Selon l'art. 5, al. 4 Cst., la Confédération et les cantons sont tenus de respecter le droit international. Comme le précise le rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, cela signifie que les organes de l'Etat non seulement doivent ne pas violer les normes de droit public international, mais aussi qu'ils sont tenus de les faire appliquer sur le plan interne, « objectif qu'une pratique favorable à l'application directe ne peut que servir. Une telle pratique contribue à renforcer l'importance concrète du droit international dans la conscience des citoyens et à promouvoir ainsi sa réalisation. [...] C'est pourquoi les règles internationales sont en principe directement applicables en Suisse. » (FF 2010 2067, p. 2105) Cela explique pourquoi l'art. 95 de la loi sur le Tribunal fédéral mentionne la violation du droit international dans la liste des motifs de recours devant le Tribunal fédéral.

Appréciation au cas par cas

Les particuliers peuvent-ils déduire des droits de dispositions du droit international ? La réponse à apporter à cette question est une affaire d'interprétation par les autorités chargées de mettre en œuvre le droit et par les tribunaux. Le Tribunal fédéral (et avec lui le Conseil fédéral) estime que, pour être invocable, il faut qu'une disposition du droit international « soit, considérée dans son contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité, inconditionnelle et suffisamment précise pour produire un effet direct et s'appliquer comme telle à un cas d'espèce ou constituer le fondement d'une décision concrète » (FF 2010 2067, p. 2105). C'est donc au cas par cas qu'il convient de décider si une norme est directement applicable au vu de son fond et de sa forme.

Une jurisprudence riche

Comme l'explique le rapport précité, il n'est pas toujours simple dans la pratique de faire la distinction entre les règles internationales d'application directe et les règles internationales d'application indirecte. Au cours des dernières décennies, le Tribunal fédéral a produit une abondante jurisprudence sur la façon de déterminer si une norme est d'application directe (ATF 129 II 249, p. 257, consid. 3.3 ; ATF 124 III 90, p. 91, consid. 3a, avec de nombreux renvois). Il emploie pour ce faire des critères très proches de ceux qu'il utilise en ce qui concerne le principe de légalité. Un fort besoin de protection de l'individu justifie plutôt l'application directe de la norme. Il en va inversement lorsque les dispositions sont formulées avec peu de précision, que les répercussions sur l'Etat dans son ensemble sont importantes, que les circonstances sont complexes et difficiles à apprécier dans l'examen judiciaire du cas d'espèce ou que les conséquences sont lourdes pour les finances publiques. Le Tribunal fédéral est également réservé lorsque l'application directe requiert une appréciation politique ou l'examen de questions de principe. En vertu du principe de légalité, le Tribunal fédéral estime que, dans ces cas, c'est au législateur et non pas aux autorités chargées de l'application du droit qu'il incombe de faire respecter les engagements internationaux.

Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, « La relation entre droit international et droit interne », FF 2010 2067, en particulier p. 2015 s.

<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2010/2067.pdf>

Daniel Wüger, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht : Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Berne 2005.

Un besoin croissant

Comme l'expose le rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 dans son analyse de différents systèmes juridiques, le besoin semble toujours plus grand de favoriser la validité immédiate et l'application directe du droit international sur le plan interne dans la mesure où se développent les mécanismes internationaux visant à faire respecter le droit international, tels que les tribunaux et les instances similaires (FF 2010 2067, p. 2012). La mise en place d'un contrôle judiciaire est en effet la seule façon d'assurer la bonne interprétation et l'application des règles internationales ainsi que d'éviter les conflits entre ces règles et le droit interne. Cela est tout particulièrement important pour les traités dans le domaine des droits humains qui, comme le Protocole additionnel à la CEDEF, prévoient un mécanisme de recours individuel.

Pratique du Tribunal fédéral

Dans sa pratique, le Tribunal fédéral divise les droits humains en deux catégories. S'il ne remet pas en question la justiciabilité des droits civils et politiques énoncés dans la CEDH et, avec une teneur quasi identique, dans le Pacte II de l'ONU, le Tribunal fédéral rejette en revanche le principe de l'applicabilité directe des droits économiques, sociaux et culturels. Ce rejet s'applique donc aussi à l'interdiction de la discrimination contenue dans ces droits. Cette pratique repose en grande partie sur le message relatif au Pacte de l'ONU sur les droits économiques, sociaux et culturels présenté en 1991 par le Conseil fédéral, dans lequel ce dernier estimait que les garan-

ties énoncées dans ce traité constituaient en principe uniquement un programme à l'adresse du législateur et qu'elles ne fondaient pas de droits subjectifs et justiciables. Cela correspondait et correspond encore à l'attitude réservée des autorités fédérales envers la Charte sociale européenne ainsi qu'à l'ancrage assez lâche de ces droits dans la Constitution fédérale suisse, qui, à de rares exceptions près (protection des enfants et des jeunes à l'art. 11, droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse à l'art. 12, droit à un enseignement de base aux art. 19 et 62 Cst.), connaît non pas des « droits sociaux » mais des « buts sociaux » (cf. art. 41 Cst.). Dans un arrêt récent sur la question de l'augmentation des taxes d'études à l'Université de Bâle, le Tribunal fédéral s'est déclaré prêt à tenir compte de la teneur des droits inscrits dans le Pacte dans le cadre d'une interprétation fondée sur le contexte global (FF 1991 I 1129, ATF 130 I 113).

Critique internationale

La Convention CEDEF interdit la discrimination dans le domaine des droits civils et politiques comme dans celui des droits économiques, sociaux et culturels. La retenue du Tribunal fédéral concernant ce deuxième ensemble de droits (voir ci-dessus) s'applique par extension à la Convention CEDEF. Dans ses observations finales concernant le premier rapport de la Suisse en 1998, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) avait déjà critiqué la réserve du Tribunal fédéral, qu'il jugeait erronée. Cette critique figure à nouveau dans les observations finales du CESCR concernant le deuxième et troisième rapport de la Suisse :

« Le Comité regrette que l'Etat partie n'ait pas modifié sa position selon laquelle la plupart des dispositions du Pacte constituent simplement des objectifs programmatiques et des buts sociaux, et non des obligations juridiques. Cela a pour conséquence que certaines dispositions du Pacte ne peuvent prendre effet en droit interne ni ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions internes de l'Etat partie.

Le Comité réaffirme que, compte tenu des dispositions de l'article 28 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la responsabilité principale de l'application du Pacte incombe au Gouvernement fédéral de l'Etat partie. Il recommande à l'Etat partie de prendre des mesures pour que le Gouvernement fédéral et les cantons conviennent de textes législatifs détaillés donnant effet à tous les droits économiques, sociaux et culturels de manière uniforme ; de créer un mécanisme efficace pour veiller à ce que le droit interne soit compatible avec le Pacte ; et de garantir des recours judiciaires utiles en cas de violation des droits consacrés par le Pacte. [...] Il appelle l'attention de l'Etat partie sur son Observation générale n° 3 (1990) relative à la nature des obligations des Etats parties et sur son Observation générale n° 9 (1998) relative à l'application du Pacte au niveau national. »

Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de 2010 concernant le deuxième et troisième rapport de la Suisse
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fCHE%2fCO%2f2-3&Lang=en

Voir aussi les **Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels** de 1998 concernant le premier rapport de la Suisse http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1%2fAdd.30&Lang=en

Une pratique internationale nuancée

Selon les organes chargés de surveiller l'application des traités internationaux, la question de l'applicabilité directe des droits sociaux requiert une approche nuancée. L'art. 2 du Pacte I prévoit certes que les droits énoncés dans la convention doivent être réalisés « progressivement », mais cela ne signifie pas pour autant que les droits sociaux, économiques et culturels sont privés par principe de toute applicabilité directe. Dans sa recommandation n° 3 sur la nature des obligations des Etats parties, le comité compétent distingue les obligations progressives (obligations de résultat) et les obligations immédiates (obligations de comportement). Les premières sont les obligations que les Etats parties doivent mettre en œuvre peu à peu, compte tenu de leurs ressources financières. Le comité inclut dans les obligations immédiates l'obligation d'assurer l'exercice des droits sans discrimination et l'obligation de prendre des mesures (« to take steps ») pour assurer progressivement le plein exercice des droits découlant du pacte. Le comité définit en outre des mesures fondamentales ou minimales (« minimum core obligations »), que tout Etat partie doit respecter immédiatement, quel que soit son niveau de développement.

Aspects invocables

Dans son observation générale n° 9/1998 sur l'application du pacte au niveau national, le Comité CESCRC affirme que de nombreuses dispositions du Pacte I se prêtent à une application immédiate et qu'elles comportent des aspects invocables importants. Le comité souligne qu'on ne peut pas nier l'invocabilité d'une disposition au motif que son application a des conséquences financières. Placer par principe les droits économiques, sociaux et culturels en dehors de la juridiction des tribunaux serait incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des différentes catégories de droits humains. Cela aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus défavorisés de la société. Le Comité CESCRC rappelle enfin un fondement historique de l'interprétation du pacte : lors de l'élaboration du texte, une clause visant à rendre « non applicables d'une manière directe » l'ensemble des dispositions du Pacte I a rencontré une forte opposition et n'a pas été retenue dans la version finalement adoptée. Il est donc particulièrement important d'éviter toute présomption de non-applicabilité directe des droits économiques, sociaux et culturels.

Observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels n° 9/1998, N. 10 s.

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1998%2f24&Lang=en

Pas de généralisation

A l'heure actuelle, la doctrine internationale dans le domaine des droits humains et la pratique internationale considèrent que les droits économiques, sociaux et culturels requièrent en général des mesures positives de

la part des Etats, mais qu'ils sont aussi directement applicables dans certaines circonstances. Les droits civils et politiques nécessitent eux aussi des mesures de la part des pouvoirs publics qui, par beaucoup d'aspects, sont très gourmandes en ressources. C'est le cas, par exemple, d'une justice qui fonctionne bien. Ainsi, la différence entre les catégories de droits est graduelle. De ce point de vue, le parti pris du Tribunal fédéral de considérer les droits économiques, sociaux et culturels en bloc comme n'étant pas directement applicables est infondé. Il faut procéder à une analyse de chaque droit visé.

Niveaux d'obligation

Nous avons vu que la pratique et la doctrine internationales récentes distinguent trois niveaux pour les obligations découlant de chaque droit garanti : le respect, la protection et la réalisation. La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels dépend essentiellement du niveau d'obligation sur lequel porte la demande de protection juridique dans le cas concret. Si la demande porte sur le respect d'un droit (p. ex. la cessation d'une violation directe commise par les autorités), il y a tout lieu d'admettre que la violation dudit droit doit être considérée comme justiciable car, pour se conformer à ses obligations de respect des garanties conventionnelles, l'Etat n'a généralement besoin ni de mobiliser des ressources financières importantes, ni de légiférer. Ainsi, l'interdiction de la discrimination ancrée dans la Convention CEDEF en ce qui concerne différents domaines de la vie fait partie des normes qui développent assurément un effet direct dans la catégorie des droits à faire respecter.

Applicabilité directe de l'interdiction de la discrimination

Dans la vision actuelle des droits humains, les obligations de protection et de réalisation peuvent également être justiciables, en particulier en lien avec l'interdiction de la discrimination. Si des mesures ont été prises pour protéger ou accorder des droits sociaux (p. ex. des prestations de soins, d'aide sociale ou de chômage), elles doivent bénéficier à toutes les personnes dans le besoin, ne serait-ce qu'à hauteur d'un minimum absolu. Dans ce sens, l'interdiction de discrimination devrait toujours être directement applicable.

Liens

Jakob Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2004. [http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/studie_die_justiziabilitaet_wirtschaftliche_r_sozialer_u_kultureller_menschenrechte.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/studie_die_justiziabilitaet_wirtschaftlicher_sozialer_u_kultureller_menschenrechte.pdf)

Walter Kälin / Jörg Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, Bâle, Nomos 2013, avec renvoi de nombreuses études approfondies.

Dossier thématique sur les droits sociaux proposé par la plate-forme d'information www.humanrights.ch :

http://www.humanrights.ch/fr/Dossiers/Droits_sociaux/Interpretation/index.html et

http://www.humanrights.ch/fr/Dossiers/Droits_sociaux/Suisse/index.html

3.3 Les normes de la CEDEF sont-elles directement applicables en Suisse ?

Pertinence de la pratique générale La Convention CEDEF interdit la discrimination dans différents domaines de la vie ; cette interdiction porte aussi bien sur des droits économiques, sociaux et culturels que sur des droits civils et politiques. Par conséquent, les réponses apportées par les autorités suisses à la question de l'applicabilité directe et aux critiques internationales à l'égard de leur pratique (voir chiffre précédent) revêtent une grande importance aussi pour la Convention CEDEF.

Caractère « essentielle-ment programmatoire » Aux yeux du Conseil fédéral, la Convention CEDEF a un caractère essentiellement programmatoire. Dans les messages qu'il a présentés en vue de la ratification de la convention (en 1995) puis du protocole facultatif (en 2006), il part du principe que seul un petit nombre de dispositions sont directement applicables. Ainsi, le message de 1995 n'excluait pas que le Tribunal fédéral puisse considérer comme directement applicables certains éléments de l'art. 9 (acquisition, changement et conservation de la nationalité) et de l'art. 15 (égalité devant la loi, capacité juridique en matière civile, égalité de traitement devant les tribunaux, libre circulation et libre choix du domicile), mais aussi peut-être l'art. 7 (vie politique et publique) et l'art. 16 (mariage et famille). En outre, le Conseil fédéral considère que le Comité CEDEF est compétent pour connaître des recours individuels uniquement s'ils portent sur des droits directement applicables (selon l'interprétation restrictive du Conseil fédéral).

Message du Conseil fédéral du 23 août 1995 relatif à la Convention CEDEF, FF 1995 IV 869

<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10108418>

Message du Conseil fédéral du 29 novembre 2006 concernant l'approbation du Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à la Convention CEDEF, FF 2006 9253, p. 9267, p. 9279

<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/9253.pdf>

Pratique du Tribunal fédéral Le Tribunal fédéral n'a analysé explicitement les obligations de la Suisse découlant de la CEDEF que dans un très petit nombre de cas. Dans l'ATF 137 I 305, le Tribunal fédéral se penche en détail sur les obligations d'agir qui s'imposent au législateur cantonal en vertu de la Constitution fédérale et de la Convention CEDEF. Il considère que la Convention CEDEF complète et concrétise l'art. 8, al. 3 Cst., qui reste formulé en termes généraux, au sens où cette disposition doit être interprétée en conformité avec le droit international. Dans son arrêt 2C_364/2010, le Tribunal fédéral rejette l'applicabilité directe de l'art. 16, al. 1, let. c CEDEF, qui garantit l'égalité des droits au cours du mariage et lors de sa dissolution, dans le cas d'une épouse séparée faisant l'objet d'une mesure d'expulsion. Statuant

sur l'initiative populaire uranaise demandant des quotas féminins pour les élections (ATF 125 I 21), le Tribunal fédéral s'est penché sur les mesures temporaires spéciales (art. 4 CEDEF) et il a conclu que la Convention ne fondait pas d'obligation concrète d'introduire des quotas, sans avancer plus de motifs. Cette attitude a suscité un certain nombre de critiques de la doctrine, comme d'autres arrêts du Tribunal fédéral concernant l'instauration de quotas dans la vie politique et professionnelle sans référence directe à la Convention CEDEF.

Pour plus de détails, voir la **partie 5**.

Critiques du Comité CEDEF

Dans ses observations finales relatives au troisième rapport périodique de la Suisse datant de 2008 (N. 16), le Comité CEDEF réitère la critique qu'il avait formulée lors du cycle d'examen précédent concernant cette attitude des autorités suisses. Il exhorte la Suisse à apporter des éclaircissements quant à l'applicabilité directe de la Convention dans le cadre du système juridique suisse. Il recommande qu'elle mène des campagnes de sensibilisation sur la convention à l'intention des spécialistes de l'appareil judiciaire et des juristes ainsi que du grand public. Il l'invite par ailleurs à informer régulièrement les membres des professions juridiques et les magistrats de la portée et de l'importance de la convention pour les inciter à l'invoquer dans le cadre de procédures judiciaires. Le Comité invite aussi la Suisse à faire de la convention et de son protocole facultatif un élément obligatoire des programmes d'enseignement et de formation des membres des professions judiciaires, notamment les juges, les avocat·e·s et les procureur·e·s.

Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Suisse. 7 août 2009

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en

Applicabilité devant les tribunaux

Dans ses observations finales sur le premier et deuxième rapport combiné présenté par la Suisse en 2003, le Comité CEDEF avait déjà noté « avec préoccupation que bien que la doctrine du monisme soit appliquée dans l'État partie, le Conseil fédéral a estimé que le contenu de la Convention était principalement programmatique et que ses dispositions n'étaient, en principe, pas directement applicables. Le Comité craint par conséquent que la législation suisse ne fournisse pas forcément aux femmes les moyens dont elles ont besoin pour se prévaloir de l'ensemble des droits énoncés dans la Convention. Le Comité recommande à l'État partie d'assurer l'application effective des droits énoncés dans la Convention et de permettre aux femmes de disposer des voies de recours appropriées devant les tribunaux lorsque les droits protégés par ladite Convention sont violés. »

Observation finale n° 22 concernant le premier et deuxième rapport combiné de la Suisse

<http://www.ebg.admin.ch/themen/00007/00070/index.html?lang=fr>

Une argumentation minutieusement étayée

Etant donné la réserve dont fait preuve le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence en ce qui concerne les droits économiques et sociaux en général et les prétentions découlant de la CEDEF en particulier, il est indispensable de présenter une argumentation minutieusement étayée si l'on veut invoquer directement la Convention pour fonder des prétentions concrètes devant les tribunaux suisses. Il est essentiel notamment d'arguer que l'interdiction de la discrimination instaurée à l'art. 8, al. 2 et 3 Cst. est directement applicable, ce que le Tribunal fédéral admet dans sa jurisprudence. En effet, la CEDEF a pour but non pas de conférer de nouveaux droits (uniquement) aux femmes, mais bien de lutter contre la discrimination. L'importance d'invoquer directement des règles internationales, telles que les dispositions de la Convention CEDEF (en particulier les obligations découlant de l'art. 2 CEDEF en liaison avec les dispositions de la convention portant sur des thèmes spécifiques), en complément des normes suisses dans les procédures suisses est d'autant plus grande que l'on envisage une procédure de communication individuelle auprès du Comité CEDEF.

3.4 L'interprétation conforme au droit international

Interprétation systématique

Dans un système moniste comme celui de la Suisse, les normes du droit international et les normes du droit interne ont force de loi en parallèle, en tant qu'éléments d'un ordre juridique unique. Il est donc indispensable, dans l'intérêt de la sécurité du droit, que le système normatif soit harmonisé afin d'éviter d'emblée les conflits qui pourraient se produire entre des dispositions internationales et des dispositions internes contradictoires. C'est à cela que sert l'interprétation conforme au droit international. Elle est un élément de l'interprétation systématique, laquelle s'efforce de préciser la signification des normes dans le contexte général du système juridique. L'interprétation conforme au droit international a pour but de faire concorder le droit international et le droit interne, par analogie avec l'interprétation du droit interne conforme à la Constitution.

Prévention des conflits

L'interprétation conforme au droit international a pour but d'éviter les conflits de normes, pas de les résoudre. Selon l'opinion dominante, l'obligation d'interpréter le droit interne de manière conforme au droit international peut se déduire de l'art. 5, al. 3 et 4 de la Constitution fédérale. Cela veut dire que les autorités compétentes doivent, dès le stade du processus législatif, veiller à détecter les incompatibilités potentielles entre le droit international et les dispositions en projet au niveau de la loi ou de l'ordonnance. Comme l'explique le Conseil fédéral dans son rapport de 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2010 2067), l'obligation d'interpréter le droit interne conformément au droit international s'étend

au droit fédéral ainsi qu'au droit cantonal et communal et elle s'adresse au législateur ainsi qu'à toutes les autorités étatiques chargées d'appliquer le droit et aux tribunaux.

Un instrument bien connu

A de nombreux égards, les tribunaux suisses connaissent bien l'instrument de l'interprétation conforme au droit international. Le Tribunal fédéral, par exemple, a évité des conflits potentiels entre la Constitution fédérale de 1874, qui ne connaissait pas encore de garanties de procédure, et les normes figurant dans la CEDH en déduisant du principe de l'égalité devant la loi instauré à l'art. 4 Cst. toute une série de garanties de procédure.

Un large champ d'application

L'obligation d'interpréter le droit interne conformément au droit international ouvre de multiples possibilités pour exploiter les dispositions de la Convention CEDEF (et d'autres) afin de protéger les justiciables contre la discrimination fondée sur le sexe. Ces possibilités s'offrent en principe indépendamment de la question de savoir si l'on peut ou non fonder sur les dispositions de la CEDEF des droits directement applicables. Il est tout à fait possible d'invoquer les obligations découlant de la Convention CEDEF pour la Suisse, telles que le comité les a précisées dans ses diverses prises de position à ce sujet (recommandations générales, observations finales sur les rapports nationaux en général et les rapports de la Suisse en particulier, constatations au sujet de communications individuelles), pour interpréter des dispositions du droit suisse restées indéterminées (voir à ce sujet les exemples types proposés dans la partie 4).

3.5 Quel droit a la primauté en cas de conflit ?

Droit international

« pacta sunt servanda »

Si une norme internationale et une norme interne sont contradictoires et qu'il n'est pas possible d'en faire une interprétation convergente, cela crée un conflit. Au niveau international, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) institue le principe « pacta sunt servanda » (art. 26) et stipule que les Etats parties ne peuvent invoquer leur droit interne pour justifier le non-respect de leurs obligations découlant des traités (art. 27). L'Etat partie qui contrevient à ses obligations découlant d'un traité demeure responsable de ce manquement au niveau international.

Primauté du droit interne ?

Dans la hiérarchie du droit interne, la Constitution fédérale prime en principe les lois fédérales et les ordonnances du Conseil fédéral tandis que le droit cantonal est subordonné au droit fédéral (même si cette hiérarchie ne peut pas toujours être respectée en raison de l'art. 190 Cst.). Si la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal est explicitement inscrite dans la Constitution fédérale (art. 49), ce n'est pas le cas de la primauté du droit international. Toutefois, l'art. 5, al. 4 Cst. stipule que la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international. Selon l'opinion dominante, cela implique que les normes internationales l'emportent sur les normes

internes, mais cela ne signifie pas pour autant que la primauté du droit international est reconnue sans réserve. En effet, le Conseil fédéral estime que l'on ne peut pas tirer de cette disposition constitutionnelle une règle générale destinée à résoudre les conflits entre droit international et droit interne. Il en va de même de l'art. 190 Cst., qui stipule que les tribunaux et les autorités qui mettent en œuvre le droit sont tenus d'appliquer les lois fédérales tout comme le droit international.

Pas de clarté totale

Dans son rapport sur la relation entre droit international et droit interne, le Conseil fédéral explique que ni la jurisprudence, ni la doctrine ne donnent actuellement une réponse globale et en tout point claire à la question de la place du droit international au sein de la hiérarchie des normes du droit interne. Il est incontestable que la primauté du droit international est généralement admise et, en particulier, que ses règles impératives prévalent sur l'ensemble du droit interne ; il n'est pas non plus contesté que le droit international est de rang supérieur au droit cantonal et aux ordonnances fédérales (FF 2010 2067, p. 2107 ss).

Primauté sur la Constitution et les lois ?

Le Conseil fédéral estime que la problématique de la primauté des règles impératives du droit international sur la Constitution fédérale et sur les lois fédérales « soulève quelques questions délicates », comme par exemple « qui doit être l'interprète final de la portée des obligations internationales liant la Suisse : les tribunaux, internes ou internationaux, ou le législateur ? » (FF 2010 2067, p. 2109).

Principes et exceptions (jurisprudence Schubert)

Selon la pratique du Tribunal fédéral, le droit international prévaut sur le droit fédéral. Cela s'applique aussi aux lois fédérales postérieures, sauf si le législateur a sciemment dérogé aux normes internationales contraires (« jurisprudence Schubert »). Cela signifie que la Suisse peut choisir de commettre ce qui est considéré en droit international comme la violation d'une obligation internationale dans la mesure où cette dernière ne peut pas être renégociée ou dénoncée.

La primauté des droits humains

La question de la primauté se pose avec une acuité particulière, selon le Conseil fédéral, pour les traités dotés d'un organe de contrôle qui a la compétence de prendre des décisions obligatoires pour les Etats parties et qui développe une jurisprudence dynamique, faisant évoluer les obligations des Etats parties d'une façon difficilement prévisible au moment de la ratification (c'est le cas p. ex. de la jurisprudence relative à la CEDH). Cette jurisprudence évolutive peut faire naître des conflits entre des normes du droit international dans leur nouvelle interprétation et des lois fédérales qui étaient au départ conforme au droit international.

Depuis quelques années, le Tribunal fédéral, dans une autre série d'arrêts, a développé une exception à la jurisprudence Schubert qui pourrait être pertinente pour la Convention CEDEF : en cas de conflit entre le droit interne et une norme internationale ayant pour objet la protection de droits humains, c'est en principe la seconde qui prévaut, que la norme de droit

interne soit antérieure ou postérieure à la ratification du traité (« jurisprudence PKK » ; ATF 125 II 417, p. 424, consid. 4d ; 131 II 352, p. 355, consid. 3.1 ; 133 V 365, p. 388, consid. 11.2 ; 139 I 16, p. 28 ss).

Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, « La relation entre droit international et droit interne » <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2010/2067.pdf>

Délai rédactionnel partie 3: 1^{er} août 2015

Impressum

Guide de la CEDEF pour la pratique juridique. La Convention CEDEF et sa procédure internationale de communication. Conseils utiles et informations pratiques pour les avocat·e·s. Un outil en ligne de la CFQF. Berne, publication électronique 2012. Mise à jour : août 2015.

Edité par la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF.

Elaboré par Erika Schläppi, dr.iur. et avocate, en étroite collaboration avec les spécialistes du droit et les avocates Kathrin Arioli, dr.iur., Jeanne DuBois, lic.iur., Christina Hausammann, lic.iur., Charlotte Iselin, lic.iur., Regula Kägi-Diener, prof. et dr.iur., Caterina Nägeli, dr.iur., et Judith Wyttenbach, prof. et dr.iur.

Traduction : Catherine Kugler. Relecture juridique : Charlotte Iselin.

Publication exclusivement sur : www.comfem.ch > Documentation
Disponible en français et en allemand.