



Chapitre de livre

1991

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le principe de l'égalité des sexes en droit suisse

Malinverni, Giorgio

How to cite

MALINVERNI, Giorgio. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le principe de l'égalité des sexes en droit suisse. In: Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique suisse, Mélanges offerts par la faculté de droit de Genève à la Société suisse des juristes. Bâle : [s.n.], 1991. p. 153–166.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:73638>

LE PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES ET LE PRINCIPE DE L'EGALITE DES SEXES EN DROIT SUISSE

par

Giorgio MALINVERNI

A plus d'une reprise, ces dernières années, le Conseil fédéral a annoncé son intention de ratifier les deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme¹. La souscription d'un tel engagement présuppose l'examen de la conformité de notre droit interne avec les droits et libertés garantis par ces deux instruments internationaux. Dans les pages qui suivent, nous nous proposons d'étudier un aspect particulier de cette vaste problématique, celui de la compatibilité de notre législation avec le principe de l'égalité des sexes, tel qu'il est garanti par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques².

¹ Voir rapport du 29 juin 1977 sur les relations de la Suisse avec l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées (FF 1977 II 781, 853, 854); rapport du 2 juin 1982 sur la politique de la Suisse en faveur des droits de l'homme (FF 1982 II 753, 780); rapport du 29 juin 1988 sur la politique de paix et de sécurité (FF 1989 I 648) et rapport du 1^{er} octobre 1990 sur la politique de sécurité de la Suisse dans un monde en mutation (FF 1990 III 826); voir également la réponse du Conseil fédéral à une interpellation Crevoisier (BO CN 1981 1341) et à une motion Rechsteiner (BO CN 1988 1919); voir enfin le message du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire (FF 1991 I 1129).

² Voir, d'une manière générale, W. Kälin/G. Malinverni/M. Nowak, La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, Bâle 1991 (à paraître).

I. LE PRINCIPE DE L'EGALITE DES SEXES DANS LE PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES

Le principe de l'égalité entre hommes et femmes est garanti par trois dispositions distinctes du Pacte. En premier lieu, l'art. 2 al. 1^{er} interdit toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis, y compris, bien entendu, celles qui sont fondées sur le sexe. Ensuite, l'art. 26, qui consacre le principe d'égalité, prohibe toute différence de traitement entre hommes et femmes. Enfin, les auteurs du Pacte ont voulu réserver une disposition spéciale, l'art. 3, au principe de l'égalité des sexes³.

A. L'interdiction de la discrimination (art. 2 al. 1^{er} du Pacte)

Aux termes de l'art. 2 al. 1^{er} du Pacte, les Etats parties s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le Pacte, sans distinction aucune, notamment 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.

Cet article présente une double caractéristique: l'absence d'indépendance et l'autonomie.

1. L'absence d'indépendance

Cette première caractéristique ressort clairement du libellé même de l'art. 2 al. 1^{er}, ainsi que de la place qu'il occupe, au début de la deuxième partie du Pacte, alors que le catalogue des droits et libertés figure dans la troisième partie. Cet article se limite à interdire toute discrimination dans

³ Le principe d'égalité des sexes est encore consacré, de manière moins directe, par d'autres dispositions du Pacte qui garantissent des droits particuliers; voir notamment les art. 4 al. 1^{er}, 23 al. 4, 24 al. 1^{er} et 25.

la jouissance des droits et libertés garantis par le Pacte⁴. L'absence d'indépendance de l'art. 2 al. 1^{er} a une double conséquence:

D'abord, il n'est pas possible d'alléguer une violation de cette disposition prise isolément. Une discrimination contraire au Pacte ne peut être constatée que si l'art. 2 al. 1^{er} peut se rapporter à un droit garanti par cet instrument. Cette disposition doit en effet être considérée comme faisant partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits et libertés⁵.

Ensuite, une violation du principe de non-discrimination n'est concevable qu'à propos des droits et libertés garantis par le Pacte. Les discriminations dans l'application de droits qui ne sont pas garantis par ce texte ne peuvent pas être considérées comme contraires à l'art. 2 al. 1^{er}. Cette disposition ne saurait donc s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une des dispositions du Pacte.

Cette première caractéristique de l'art. 2 al. 1^{er} ressort également de la manière dont il est rédigé. Plutôt que de conférer un véritable droit subjectif aux particuliers, celui-ci crée en effet une obligation à la charge des Etats.

L'absence d'indépendance de l'art. 2 al. 1^{er} a été soulignée par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Shirin Aumeeruddy-Cziffra et autres c. Maurice*⁶. Les requérantes, vingt ressortissantes de Maurice, alléguaient que l'«Immigration Act» de 1977 contenait une discrimination fondée sur le sexe. Sous l'empire de cette nouvelle loi, en effet, les maris étrangers de ressortissantes mauriciennes ne pouvaient résider sur l'île qu'à condition d'avoir obtenu une autorisation. Les étrangères mariées à des Mauriciens pouvaient en revanche résider librement sur le territoire de l'Etat. Cette loi était évidemment génératrice de plusieurs inconvénients pour les requérantes. Privées du droit inconditionnel de vivre avec leurs époux dans leur propre pays, elles pouvaient se voir obligées de s'expatrier. Au cas où l'expatriation n'aurait pas été possible, elles auraient dû renoncer à vivre

⁴ M. Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington 1989 30, 36 et 37. De ce point de vue, l'art. 2 al. 1^{er} du Pacte est comparable à l'art. 14 CEDH ainsi qu'à l'art. 1^{er} de la Convention américaine des droits de l'homme et à l'art. 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

⁵ Voir, *mutatis mutandis*, communication No 75/1980, Fanali c. Italie, Rapport du Comité des droits de l'homme, Assemblée générale, Documents officiels, 38^{ème} session, Suppl. No 40 (A/38/40) 178, par. 13.

⁶ Communication No 35/1978, Rapport du Comité des droits de l'homme (note 5), Suppl. No 40 (A/36/40) 151 – 152, par. 9.2.b) – 10.1.

avec leur mari. Le Comité des droits de l'homme conclut à une violation de l'art. 2 al. 1^{er} combiné avec l'art. 17 (droit de se marier) et 23 (droit d'avoir une vie familiale).

2. *L'autonomie*

S'il n'est pas indépendant, l'art. 2 al. 1^{er} du Pacte est cependant autonome. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire d'établir d'abord une violation d'un droit garanti par le Pacte pour que l'art. 2 al. 1^{er} s'applique. Au contraire, s'il parvient à la conclusion qu'aucune des dispositions matérielles du Pacte n'a été violée, le Comité des droits de l'homme doit encore examiner si celles-ci, combinées avec l'art. 2 al. 1^{er}, l'ont été. Il est en effet possible d'aboutir à des résultats différents suivant qu'un droit garanti par le Pacte est examiné isolément ou conjointement avec l'art. 2 al. 1^{er}. L'application de cet article ne présuppose donc pas la constatation de la violation d'une autre disposition du Pacte.

L'art. 2 al. 1^{er} vient ainsi compléter les autres dispositions du Pacte, et en élargit la portée et le champ de protection. En particulier, le respect du principe de non-discrimination est devenu l'une des conditions permettant de restreindre valablement les droits et libertés garantis par le Pacte. Imposée de façon discriminatoire, une restriction autorisée par le Pacte entraînerait une violation de l'art. 2 al. 1^{er} considéré en liaison avec un article déterminé⁷.

B. Le principe d'égalité (art. 26 du Pacte)

Selon l'art. 26 du Pacte, toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. Cet article précise encore que la loi doit interdire toute inégalité de traitement et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, etc.

Contrairement à l'art. 2 al. 1^{er}, l'art. 26 garantit donc de manière indépendante le droit à l'égalité dans et devant la loi⁸. Point n'est besoin

⁷ Voir, p. ex., communication No 35/1978, Shirin Aumeeruddy-Cziffra et autres c. Maurice (note 6) 151 – 152.

d'apporter la démonstration qu'il y a eu ingérence dans un autre droit garanti par le Pacte. Ce sont les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire qui sont garantis comme tels⁹.

L'indépendance de l'art. 26, qui a été pendant assez longtemps controversée au sein même du Comité des droits de l'homme¹⁰, a été récemment confirmée par celui-ci.

La requérante contestait la décision des autorités néerlandaises de cesser de lui verser l'allocation de chômage en soutenant qu'elle avait été victime d'une discrimination fondée sur le sexe, contraire à l'art. 26 du Pacte. Si elle avait été un homme, la loi incriminée ne l'aurait pas privée de son allocation; mais parce qu'elle était une femme, mariée au moment des faits, la loi lui ôtait le bénéfice de cette prestation. Or le droit à l'assurance-chômage n'est pas garanti par le Pacte relatif aux droits civils et politiques, mais par le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. De l'avis du Gouvernement défendeur, l'art. 26 du premier pacte ne pouvait pas être invoqué au sujet d'un droit qui est expressément garanti dans un autre instrument international.

Procédant à une interprétation littérale, systématique et téléologique de l'art. 26, le Comité des droits de l'homme a d'abord relevé que cette disposition ne se contente pas de réitérer les garanties déjà prévues à l'art. 2 al. 1^{er}. Il consacre le principe de l'égalité devant la loi et interdit toute distinction de droit ou de fait dans tous les secteurs de l'activité étatique. Le Comité a donc conclu que l'art. 26 s'appliquait dans le cas d'espèce et que les Pays-Bas ne l'avaient pas respecté¹¹.

⁸ Un tel droit est également garanti à l'art. 24 de la Convention américaine des droits de l'homme et à l'art. 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, mais pas par la Convention européenne des droits de l'homme.

⁹ M. Nowak (note 4) 499; B. G. Ramcharan, *Equality and Non-Discrimination*, dans L. Henkin (éd.), *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights*, New York 1981 253; T. Opsahl, *Equality in Human Rights Law, with particular reference to article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, dans: *Festschrift für Felix Ermacora*, Kehl/Strasbourg/Arlington 1988 52; Th. Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford 1986 119ss; A. F. Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in international Law*, *Human Rights Law Journal* 1990 3.

¹⁰ Voir Opsahl (note 9) 59ss.

¹¹ Communication No 172/1984, *S. W. M. Broeks c. Pays-Bas*, Rapport du Comité (note 5), Suppl. No 40 (A/42/40) 142, par. 12.1.ss; No 182/1984, *Zwaan – de Vries c. Pays-Bas*, idem 165. Voir également la communication No 202/1986, *Ato del Avellanal c. Perou*, Rapport du Comité (note 5), Suppl. No 40 (A/44/40) 205, par. 2.1., 10.2 et 11.

L'art. 26 n'interdit toutefois pas toute différence de traitement. Celle-ci n'est discriminatoire que si elle ne repose pas sur des critères raisonnables et objectifs¹².

L'art. 26 comporte d'abord un aspect négatif, en ce qu'il interdit toute inégalité de traitement de la part de l'Etat. Il implique toutefois aussi un devoir, à la charge de celui-ci, d'adopter des mesures positives en vue de protéger les particuliers contre toute discrimination. Ce deuxième aspect de l'art. 26 ressort clairement de sa deuxième phrase, aux termes de laquelle l'Etat doit «garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination». Cette obligation, à la charge des Etats, ne se rapporte pas uniquement aux droits et libertés garantis par le Pacte, mais a une portée toute générale.

En vertu de l'art. 26, les Etats sont donc tenus d'adopter des mesures positives tendant à éliminer toute forme de discrimination. Ce point a été mis en évidence par le Comité des droits de l'homme dans son observation générale 4/13¹³.

L'art. 26 deuxième phrase oblige également les Etats à protéger les particuliers contre des mesures discriminatoires provenant de tiers¹⁴, et déploie ainsi un effet horizontal indirect. Cela signifie que l'Etat devra adopter les mesures nécessaires pour que toute pratique discriminatoire entre particuliers cesse, même dans les secteurs qui relèvent de la vie privée.

C. Le principe de l'égalité des sexes (art. 3 du Pacte)

Les auteurs du Pacte ont reconnu une telle valeur au principe de l'égalité entre hommes et femmes qu'ils ont voulu le consacrer dans un article spécial, qui vient s'ajouter aux dispositions générales des art. 2 al. 1^{er} et 26.

¹² Communication No 172/1984, S. W. M. Broeks c. Pays-Bas (note 11) 153, par. 13; Bayefsky (note 9) 11.

¹³ Dans cette observation générale, le Comité a notamment affirmé: «Firstly, article 3, as articles 2 (1) and 26 in so far as these articles primarily deal with the prevention of discrimination on a number of grounds . . . , requires not only measures of protection but also affirmative action designed to ensure the positive enjoyment of rights». Voir également Bayefsky (note 9) 24.

¹⁴ Ramcharan (note 4) 261; Nowak (note 4) 510; d'un avis différent, Ch. Tomuschat, *Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights*, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin/New York 1981 710 et 716.

S'il est permis de s'interroger sur la nécessité d'une telle disposition spécifique¹⁵, on peut en tout cas l'expliquer par les efforts que, depuis sa création, l'Organisation des Nations Unies a déployés pour combattre toute forme de discrimination à l'égard des femmes. Cette lutte constitue en effet l'un des points forts de toute l'activité que l'Organisation mondiale a menée dans le domaine des droits de l'homme¹⁶.

Pour réaliser et concrétiser ce principe, les Nations Unies ont adopté toute une série de résolutions et de conventions, dont les principales sont la Convention sur les droits politiques de la femme (du 20 décembre 1952), la Convention sur la nationalité de la femme mariée (du 29 janvier 1957), la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimal du mariage et l'enregistrement des mariages (du 10 décembre 1962) et la célèbre Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (du 18 décembre 1979)¹⁷.

Comme l'art. 2 al. 1^{er}, l'art. 3 n'a pas de portée indépendante. Cela ressort de son libellé même. Dans son observation générale sur cet article, le Comité des droits de l'homme a toutefois élargi quelque peu sa portée, en affirmant que même des lois qui concernent des domaines autres que ceux régis par le Pacte peuvent entrer en conflit avec lui¹⁸. Ainsi, dans l'affaire susmentionnée des femmes mauriciennes, le Comité a constaté une violation de l'art. 3 combiné avec les art. 17 al. 1^{er} et 23 al. 1^{er} du Pacte, quand bien même celui-ci ne garantit pas, comme tel, le droit, pour les étrangers, de séjourner sur le territoire d'un Etat.

¹⁵ Déjà lors des travaux préparatoires, cette disposition avait été jugée superflue par plusieurs délégations; voir en particulier les documents A/2929, 22 (par. 33); A/5365 (par. 84). Encore à l'heure actuelle, une partie de la doctrine considère que cette disposition n'est pas nécessaire; voir en particulier Tomuschat (note 14) 692, qui a affirmé: «I can see no meaningful difference between articles 2 (1) and 3.»

¹⁶ Dans son préambule déjà, la Charte des Nations Unies proclame la foi des peuples «dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes . . .»

¹⁷ Pour une analyse plus détaillée de toutes ces conventions, voir R. J. Cook, *The International Right to Non-Discrimination on the Basis of Sex*, *Yale Journal of International Law* 1989 161 et G. Malinverni, *Le principe de l'égalité des sexes en droit international et en droit européen*, dans: *L'égalité entre hommes et femmes*, Lausanne 1988 11 ss.

¹⁸ Voir observation générale 4/13, par. 3: «The positive obligation undertaken by States parties under that article may itself have an inevitable impact on legislation or administrative measures specifically designed to regulate matters other than those dealt with in the Covenant but which may adversely affect rights recognized in the Covenant.»

Cette affaire illustre également une autre caractéristique de l'art. 3, son autonomie. L'application de cet article n'est en effet pas subordonnée à la constatation préalable de la violation d'un autre droit. Dans le cas particulier, si la législation mauricienne avait, d'une manière générale, requis une autorisation de séjour pour les conjoints étrangers, hommes ou femmes, ou pour les étrangers non mariés, le Comité n'aurait probablement pas constaté une violation du Pacte. C'est seulement dans la différence de traitement entre hommes et femmes que le Comité a constaté une violation des art. 17 al. 1^{er} et 23 al. 1^{er} du Pacte combinés avec l'art. 3.

Ceci dit, l'art. 3 n'a certes pas une portée plus grande que l'art. 26. En pratique, ces dispositions sont donc invoquées conjointement et la violation de l'une d'entre elles va de pair avec celle de l'autre¹⁹.

N'étant pas indépendant, l'art. 3 est donc comparable à l'art. 2 al. 1^{er}. Contrairement à ce dernier, qui n'impose aux Etats qu'une attitude d'abstention, il crée toutefois une obligation positive, puisque ceux-ci s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits énoncés dans le Pacte. On doit donc déduire de cette formulation positive des obligations supplémentaires à la charge des Etats. C'était même là un des arguments des partisans de l'introduction d'une telle disposition. L'interprétation systématique de l'art. 3 devrait également conduire à cette conclusion. Il ne peut pas être une simple répétition de l'art. 2 al. 1^{er}²⁰.

Le Comité des droits de l'homme a insisté sur les obligations positives qui découlent pour les Etats de l'art. 3 aussi bien lors de l'examen des rapports²¹ que dans l'observation générale sur cet article²². Il a notamment relevé que les Etats doivent faire des rapports sur la situation effective des femmes dans tous les domaines de la vie sociale et indiquer quelles mesures ils ont prises pour promouvoir leur égalité avec les hommes.

Même ainsi interprété, l'art. 3 n'offre cependant pas une protection plus ample que celle qui découle de l'art. 26.

¹⁹ Ainsi, dans la communication No 202/1986, *Ato del Avellanal c. Pérou* (note 11), le Comité a constaté une violation simultanée des deux dispositions au motif que, aux termes de l'art. 168 du Code civil péruvien, seul le mari pouvait comparaître devant les tribunaux pour les affaires qui concernaient le patrimoine familial.

²⁰ Nowak (note 4) 76 et les références citées.

²¹ Nowak (note 4) 76; Ramcharan (note 9) 261 et 268.

²² Observation générale 4/13, par. 2: «... affirmative action designed to ensure the positive enjoyment of rights. This cannot be done simply by enacting laws.»

II. ANALOGIES ET DIFFERENCES AVEC LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME DU POINT DE VUE DU DROIT SUISSE

On sait que, en dépit de l'art. 4 al. 2 Cst. féd., adopté il y a dix ans par le peuple et les cantons, notre législation contient encore un grand nombre d'inégalités entre hommes et femmes. Lorsque ces différences de traitement sont contenues dans des lois cantonales, elles sont soumises à la sanction du Tribunal fédéral²³. Les inégalités se trouvant dans des lois fédérales²⁴ échappent en revanche à tout contrôle judiciaire (art. 113 al. 3 Cst. féd.)²⁵.

Il convient dès lors d'examiner si la ratification du Pacte relatif aux droits civils et politiques serait de nature à soulever des problèmes de conformité entre certaines lois fédérales et le principe d'égalité, tel qu'il est consacré dans cet instrument international.

Compte tenu du fait que la Suisse est déjà partie à la Convention européenne des droits de l'homme, il s'agit de voir si ces problèmes se posent dans les mêmes termes ou sous un jour différent.

A. L'absence d'indépendance de l'art. 14 CEDH

Contrairement au Pacte, la Convention européenne ne garantit pas le principe d'égalité de manière indépendante. Son article 14, qui est comparable aux art. 2 al. 1^{er} et 3 du Pacte, n'a donc pas la même portée que l'art. 26 de cette dernière convention. Il se limite à interdire toute discrimination

²³ ATF 103 Ia 517 Loup; ATF 105 Ia 120 Hedy Müntst-Landolt; ATF 108 Ia 22 Fischer; ATF 113 Ia 107 D. et W. c. dame A.; ZBl. 87/1986 482; ATF du 27 novembre 1990, Teresa Rohner.

²⁴ Pour un inventaire complet des inégalités entre hommes et femmes que recèle encore le droit fédéral, voir le rapport du Conseil fédéral sur le programme législatif «Egalité des droits entre hommes et femmes», du 26 février 1986 (FF 1986 I 1132). Depuis la publication de ce rapport, certaines inégalités ont été supprimées; d'autres, et singulièrement dans le domaine de la législation sociale, subsistent en revanche encore.

²⁵ Il n'en va pas ainsi des inégalités figurant dans des ordonnances du Conseil fédéral; voir ATF 109 Ib 81 Wenk. Dans cet arrêt le Tribunal fédéral a jugé que le droit accordé, par l'art. 23 des Statuts de la Caisse fédérale d'assurance, aux seules assurées de prendre leur retraite après 35 ans de cotisations, est contraire à l'art. 4 al. 2 Cst. féd.

dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention²⁶. Il ne peut par exemple pas être invoqué à propos d'inégalités dans le domaine économique et social, qui se situe pour l'essentiel hors du champ de protection de la Convention.

Cette caractéristique, on s'en souvient, a permis au Tribunal fédéral des assurances de ne pas se prononcer sur la conformité des art. 3 al. 1^{er} et 21 al. 1^{er} LAVS à la Convention²⁷. Elle prive également les organes de Strasbourg de la possibilité de procéder à un tel contrôle.

La situation serait toute différente dans l'hypothèse d'une ratification du Pacte, dès lors que, comme nous l'avons vu, l'art. 26 a une portée indépendante. Si elle ratifiait également le Protocole facultatif se rapportant au Pacte, qui institue le droit de requête individuelle, la Suisse pourrait courir le risque de voir certaines dispositions de sa législation sociale déclarées contraires au principe d'égalité des sexes, comme cela a été le cas pour les Pays-Bas dans les deux affaires susmentionnées.

Pour cette raison, notre pays pourrait être amené à faire, au moment de la ratification, une réserve à l'art. 26 à propos des lois fédérales qui ne consacrent pas encore le principe de l'égalité des sexes.

Une telle réserve pourrait s'avérer d'autant plus nécessaire que, comme nous allons le voir, le Tribunal fédéral pourrait refuser d'examiner, préalablement au Comité, la conformité des lois fédérales au Pacte, en se fondant sur la nature de ses dispositions.

B. La nature des droits et libertés garantis par le Pacte

On sait que, dans une jurisprudence bien établie, le Tribunal fédéral refuse d'examiner la conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, compte tenu de la similitude des droits garantis par cette convention avec les droits constitutionnels, l'examen de la conformité des lois fédérales avec les premiers équivaldrait à un examen de leur conformité avec les seconds. Le contrôle de conventionnalité introduirait donc un contrôle indirect de constitutionnalité, contrôle qu'interdit

²⁶ Cour eur. D. H., Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (fond), arrêt du 23 juillet 1968, Série A, No 6, p. 34, par. 9. Cet arrêt de principe a par la suite été confirmé par une jurisprudence constante.

²⁷ ATF 105 V 1 Achermann.

l'art. 113 al. 3 Cst. féd. Confronté à un certain nombre de reprises à ce délicat problème dans des affaires où était alléguée la non-conformité à la CEDH de dispositions légales fédérales, le Tribunal fédéral a refusé d'entrer en matière, en se réfugiant derrière l'art. 113 al. 3 Cst. féd.²⁸.

Quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur cette jurisprudence²⁹, celle-ci se fonde sur l'assimilation des droits garantis par la Convention européenne aux droits constitutionnels des citoyens, au sens des art. 113 al. 1^{er} ch. 3 Cst. féd. et 84 OJ. Le caractère constitutionnel des droits et libertés garantis par cette convention a en effet été relevé par notre Cour suprême dans un arrêt qu'elle a rendu quelques mois seulement après sa ratification: «Ces droits ont, de par leur nature, le caractère de droits constitutionnels. En les énumérant, la Convention reprend à son compte et développe des dispositions que les constitutions de nombreux Etats contiennent»³⁰.

En cas de ratification du Pacte, le Tribunal fédéral pourrait tenir à son propos le même raisonnement qu'il a tenu au sujet de la Convention européenne, et assimiler les droits qu'il garantit à des droits constitutionnels. Une telle attitude serait à notre avis la plus logique, en raison de la similitude entre les catalogues de droits garantis par les deux traités internationaux. Elle aurait pour conséquence que notre Cour suprême n'examinerait pas la conformité des lois fédérales au Pacte, tout comme elle n'examine par leur conformité à la Convention européenne.

Le Tribunal fédéral pourrait cependant aussi refuser d'assimiler les droits garantis par le Pacte à des droits constitutionnels des citoyens et ne voir dans cet instrument qu'un traité ordinaire de sauvegarde des droits de l'homme comparable à d'autres traités internationaux du même genre, par exemple les conventions de l'OIT. Dans ce cas, en suivant sa jurisprudence constante en matière de rapports entre lois internes et traités internationaux, le Tribunal fédéral devrait procéder à un examen de la conformité des lois fédérales au Pacte. En cas de conflit il devrait, en suivant sa pra-

²⁸ ATF du 14 juin 1983, reproduit partiellement dans: ASDI 1984 203 – 204; ATF du 18 octobre 1984, reproduit partiellement dans: ASDI 1985 250; ATF du 11 février 1985, reproduit partiellement dans: ASDI 1986 127 et SJ 1986 24.

²⁹ Pour une appréciation critique, voir G. Malinverni, L'art. 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme, dans: Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann, Berne 1989 381.

³⁰ ATF 101 I a 67 Diskont- und Handelsbank AG (trad. JT 1976 I 546).

tique récente³¹, faire prévaloir les dispositions du Pacte. Ce faisant, il effectuerait cependant un contrôle indirect de constitutionnalité, interdit par l'art. 113 al. 3 Cst. féd.

Pour éviter d'en arriver là, le Tribunal fédéral pourrait alors estimer que les droits et libertés garantis par le Pacte ne sont pas directement applicables. Cette thèse a été défendue sur la base de l'art. 2 du Pacte. L'al. 1^{er} de cet article prévoit en effet que «les Etats parties ... s'engagent à respecter et à garantir ... les droits reconnus dans le ... Pacte». Quant à l'al. 2, il dispose que ces mêmes Etats «s'engagent à prendre ... les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte». On a déduit de ces dispositions, en particulier de la deuxième, que le Pacte ne créerait aucune obligation d'application immédiate, mais se limiterait à imposer une mise en œuvre progressive des droits qu'il garantit.

Cette thèse a également été défendue sur la base de l'art. 40, qui prévoit l'obligation, pour les Etats, de rédiger un rapport sur «les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le ... Pacte et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits»³².

Cette thèse n'est cependant pas convaincante. La lecture des dispositions du Pacte révèle en effet que celles-ci atteignent un degré de précision suffisant pour pouvoir être appliquées comme telles, sans qu'il soit nécessaire de les compléter par des dispositions internes d'exécution. La plupart d'entre elles sont en tout cas aussi précises et concrètes que les dispositions correspondantes de la Convention et peuvent constituer le fondement d'une décision judiciaire. Elles seraient donc à notre avis directement invocables devant les tribunaux suisses³³. Un argument supplémentaire vient

³¹ ATF 113 Ib 186 C.; 111 Ib 71 X.; 111 V 202 Caisse de compensation du canton du Jura.

³² Voir Conseil de l'Europe, Problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et de la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport du Comité d'experts en matière de droits de l'homme au Comité des Ministres, Doc. H (70) 7, Strasbourg, septembre 1970 13, par. 39–40; voir également L. Wildhaber, Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie und die verfassungsrechtliche Verankerung der Aussenpolitik, dans Festschrift Werner Kägi 1979 440–441; M. Krafft, Politique en faveur des droits de l'homme, partie intégrante de la politique étrangère suisse, dans Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug, Berne 1986 131.

³³ Voir, sur le problème de l'applicabilité directe, O. Jacot-Guillarmod, L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile, Annuaire suisse de droit international, XLV (1989) 129.

d'ailleurs plaider en faveur de notre thèse. Le Protocole additionnel No 7 à la CEDH, qui s'inspire directement du Pacte, a été soumis par l'Assemblée fédérale au référendum facultatif, au motif qu'il entraîne une unification multilatérale du droit (art. 89 al. 3 lit. c Cst. féd.)³⁴, ce qui implique que ses dispositions ont été considérées comme directement applicables. On doit en conclure que les dispositions correspondantes du Pacte le sont aussi.

Si toutefois, comme il l'a déjà fait³⁵, le Tribunal fédéral devait interpréter de manière très restrictive la notion d'applicabilité directe dans le cas du Pacte, il pourrait alors éviter d'examiner la conformité des lois fédérales à ses dispositions, en particulier à son art. 26.

En résumé, trois hypothèses peuvent être envisagées:

Premièrement, le Tribunal fédéral applique au Pacte sa jurisprudence relative à la Convention européenne: aucun contrôle de constitutionnalité des lois fédérales n'est effectué.

Deuxièmement, notre Cour suprême considère le Pacte comme un traité ordinaire, dépourvu de caractère constitutionnel, mais dont les dispositions sont directement applicables. En cas de conflit entre une loi fédérale et une disposition du Pacte, et dans l'impossibilité de procéder à une interprétation conforme, le traité devrait prévaloir sur la loi. Un contrôle indirect de constitutionnalité serait effectué.

Troisièmement, le Pacte est considéré comme un traité ordinaire mais le Tribunal fédéral refuse de reconnaître le caractère *self-executing* de ses dispositions et, partant, de les appliquer.

Dans la première et la troisième hypothèses envisagées, notre Cour suprême n'examinerait pas la conformité des lois fédérales au Pacte et n'aurait donc pas l'occasion de redresser une éventuelle violation du principe d'égalité.

De toutes ces hypothèses, c'est la première qui, en toute logique, devrait se réaliser. A notre avis, compte tenu de la quasi-identité des deux instruments internationaux, il est en effet impossible de réserver au Pacte un traitement différent de celui qui a été admis pour la Convention euro-

³⁴ FF 1987 I 1006 – 1007. Le Conseil fédéral ne proposait en revanche pas de soumettre cet instrument au référendum facultatif (FF 1986 II 639).

³⁵ ATF 111 V 201 Caisse de compensation du canton du Jura; ATF 112 Ib 183 Maison G. Pour une critique de cette jurisprudence, voir Jacot-Guillarmod (note 33) 138 – 139.

péenne, et ceci aussi bien au niveau du contenu constitutionnel des droits et libertés qu'il garantit qu'à celui du caractère *self-executing* de ses dispositions.

Dans ce cas, et à condition que la Suisse ratifie le Protocole facultatif, les recourants que s'estimeraient lésés par une disposition contenue dans une loi fédérale pourraient tenter d'obtenir satisfaction en s'adressant au Comité des droits de l'homme. Pour éviter une condamnation, la Suisse devrait donc soit adapter sa législation aux exigences du principe de l'égalité des sexes, soit faire une réserve à l'art. 26, aux termes de laquelle cet article ne s'applique pas aux lois fédérales qui contiennent des inégalités entre hommes et femmes.