



15.085

Message

portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communications

du 11 décembre 2015

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'un arrêté fédéral portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communications, en vous proposant de l'approuver.

Nous vous proposons simultanément de classer les interventions parlementaires suivantes:

2014 M 12.3623 Troisième protocole facultatif à la Convention de
l'ONU relative aux droits de l'enfant. Ratification
(N 19.9.13, Amherd; E 17.3.14)

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

11 décembre 2015

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le troisième protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant complète celle-ci, ainsi que ses deux premiers protocoles facultatifs, en mettant en place une procédure de présentation de communications.

Réunissant aujourd'hui 196 Etats parties [État le 26 octobre 2015], la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (Convention) est la convention onusienne relative aux droits de l'homme qui a été ratifiée par le plus grand nombre d'Etats. La Suisse a ratifié la Convention ainsi que les deux premiers protocoles facultatifs, le premier concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés et le second concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Le (troisième) Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, établissant notamment une procédure de présentation de communications, a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 décembre 2011 et est entré en vigueur le 14 avril 2014. La motion Amherd (12.3623) déposée au Conseil national le 15 juin 2012 charge le Conseil fédéral de ratifier le Protocole. Elle a été adoptée le 19 septembre 2013 par le Conseil national et le 17 mars 2014 par le Conseil des Etats.

Le Protocole est de nature purement procédurale et ne contient aucune disposition matérielle. Il vise à mettre en place les éléments de contrôle suivants: une procédure de présentation de communications individuelles, une procédure de présentation de communications interétatiques et une procédure d'enquête.

Tout particulier ou groupe de particuliers qui affirme être victime d'une violation de l'un des droits énoncés dans la Convention ou dans l'un de ses protocoles facultatifs peut, après avoir épuisé les voies de recours internes, présenter une communication écrite au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies.

A condition que la procédure de présentation de communications interétatiques ait été reconnue par les parties en jeu, un Etat peut signaler au Comité qu'un autre Etat ne s'acquiesce pas de ses obligations au titre de la Convention ou de ses protocoles facultatifs.

Le Comité peut quant à lui mener une procédure d'enquête s'il reçoit des renseignements crédibles indiquant qu'un Etat partie enfreint gravement ou systématiquement la Convention ou ses protocoles facultatifs.

Les constatations et les recommandations du Comité ne sont pas juridiquement contraignantes pour le gouvernement de l'Etat partie visé.

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

En adoptant le 20 novembre 1989 la Convention relative aux droits de l'enfant¹ (Convention), l'Assemblée générale des Nations Unies (Assemblée générale) a choisi d'ancrer pour la première fois et de manière détaillée les droits de l'enfant dans un traité international. La Convention repose sur le principe que les enfants ne sont pas des objets mais des sujets qui jouissent de droits propres. Réunissant 196 Etats parties², elle est la convention onusienne relative aux droits de l'homme qui a été ratifiée par le plus grand nombre d'Etats. Ce soutien a fortement contribué à ce que les droits de l'enfant soient reconnus comme partie intégrante des droits de l'homme. Les Protocoles facultatifs du 25 mai 2000 concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés³, d'une part, et concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants⁴, de l'autre, complètent la Convention. Ces trois textes ont été ratifiés par la Suisse.

Pendant longtemps, la Convention et ses deux protocoles ne prévoyaient qu'un seul mécanisme de contrôle: la procédure de rapport, en vertu de laquelle le Comité des droits de l'enfant (Comité) examine les rapports périodiques que les Etats parties lui soumettent sur la manière dont ils mettent en œuvre la Convention et ses protocoles. Contrairement aux autres conventions onusiennes relatives aux droits de l'homme, la Convention relative aux droits de l'enfant ne prévoyait pas d'autres mécanismes de contrôle. Pour renforcer l'efficacité de la Convention, l'Assemblée générale a adopté le 19 décembre 2011 le Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications (Protocole), qui complète la Convention par trois mécanismes de contrôle supplémentaires: une procédure de présentation de communications individuelles, une procédure de présentation de communications interétatiques et une procédure d'enquête. L'élément central du Protocole est la possibilité pour des particuliers qui s'estiment victimes d'une violation de leurs droits par un Etat partie d'adresser une communication écrite au Comité.

1.2 Origine du Protocole

Le 17 juin 2009, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a chargé un groupe de travail d'étudier l'opportunité d'une procédure de présentation de communications pour la Convention sur les droits de l'enfant. Le groupe de travail a adopté son rapport le 21 janvier 2010. Le 24 mars 2010, le Conseil des droits de

¹ RS 0.107

² Etat le 26 octobre 2015.

³ RS 0.107.1

⁴ RS 0.107.2

l'homme a prolongé le mandat du groupe de travail en le chargeant d'élaborer un projet de protocole.

Des délégations de 74 Etats ont participé aux réunions du groupe de travail. La Suisse y a joué un rôle actif et a contribué au succès du projet. Les négociations ont porté sur plusieurs thèmes, notamment sur la question de savoir si le Comité pouvait être sollicité pour des violations des droits économiques, sociaux et culturels (voir ch. 2.1).

L'accessibilité de la procédure pour les enfants et la question d'exigences formelles adaptées aux enfants ont aussi fait l'objet de discussions approfondies, de même que la possibilité d'établir une procédure collective, laquelle a toutefois été refusée par la majorité des Etats parties. L'introduction d'une clause permettant aux Etats de choisir s'ils veulent accepter ou refuser, sur le principe, de faire l'objet de procédures de présentation de communications interétatiques ou de procédures d'enquête a également été controversée.

Le projet a été adopté le 14 juillet 2011 par le Conseil des droits de l'homme et le 19 décembre 2011 par l'Assemblée générale. Le Protocole a été ouvert à signature et à ratification le 28 février 2012 lors de la 19^e session du Conseil des droits de l'homme. Vingt Etats l'ont signé à cette occasion.

Le Protocole est entré en vigueur le 14 avril 2014, trois mois après le dépôt du dixième instrument de ratification ou d'adhésion. Aujourd'hui, dix-neuf Etats l'ont ratifié: l'Albanie, l'Allemagne, Andorre, l'Argentine, la Belgique, la Bolivie, le Chili, le Costa Rica, le Danemark, l'Espagne, le Gabon, l'Irlande, Monaco, le Monténégro, le Portugal, le Salvador, la Slovaquie, la Thaïlande et l'Uruguay⁵.

1.3 Aperçu du contenu du Protocole

Le Protocole propose trois mécanismes de contrôle en complément de la procédure de rapport prévue dans la Convention: une procédure de présentation de communications individuelles, une procédure de présentation de communications interétatiques et une procédure d'enquête. Le texte étant de nature purement procédurale, il ne contient pas de règles matérielles. Les nouveaux mécanismes s'inspirent d'autres conventions et protocoles onusiens relatifs aux droits de l'homme.

L'objectif principal du Protocole est d'autoriser le Comité institué par l'art. 43 de la Convention à examiner les communications de particuliers ou de groupes de particuliers qui affirment être victimes d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans la Convention ou dans ses deux premiers protocoles facultatifs (art. 5 ss du Protocole). Une condition pour cet examen est l'épuisement des voies de droits internes. La procédure est gratuite. Les procédures de présentation de communications onusiennes sont, autant dans leur conception que dans leur mise en œuvre, un mélange de protection juridique par voie quasi-judiciaire et de procédure d'intervention diplomatique. Il ne s'agit pas de voies de droit à proprement parler, car les personnes concernées ne déposent pas de plaintes ou de recours, mais soumettent

⁵ Etat le 26 octobre 2015.

des communications aux organes de contrôle. Néanmoins, comme dans une procédure juridique habituelle, les comités vérifient la recevabilité et le bien-fondé des communications à l'aune des conventions et des protocoles concernés. La procédure n'aboutit pas à un jugement, mais à des constatations non contraignantes qui peuvent être accompagnées de recommandations.

Le deuxième mécanisme de contrôle permet à un Etat partie de signaler au Comité qu'un autre Etat ne s'acquitte pas de ses obligations au titre de la Convention ou de ses protocoles facultatifs (art. 12 du Protocole). Cette procédure ne peut toutefois être engagée que si les deux Etats parties ont reconnu la compétence du Comité en la matière (art. 12, par. 1, du Protocole).

Enfin, le Comité reçoit la compétence d'enquêter de sa propre initiative sur des violations graves ou systématiques de la Convention ou de ses deux premiers protocoles (art. 13 ss du Protocole). Les Etats parties peuvent déclarer qu'ils ne reconnaissent pas cette compétence au Comité (art. 13, par. 7, du Protocole).

1.4 La Suisse et le Protocole

La Suisse ne fait pas partie des premiers Etats à avoir signé le Protocole le 28 février 2012. En effet, selon une pratique constante, elle n'entreprind aucune démarche en vue de la signature d'une convention internationale tant qu'il n'est pas certain que celle-ci puisse être ratifiée par la suite. De plus, du fait que les effets de la mise en œuvre du Protocole sur le droit suisse étaient encore difficiles à évaluer à ce moment-là, la Suisse a estimé qu'il était nécessaire de procéder d'abord à une analyse plus complète du dossier. C'est ce qu'a indiqué le Conseil fédéral le 22 août 2012 en réponse à la motion 12.3623 Amherd, déposée le 15 juin 2012 au Conseil national, par laquelle il a été chargé de ratifier le Protocole. Toujours en réponse à cette motion, le Conseil fédéral a, toutefois, souligné que la signature et la ratification du Protocole étaient souhaitables pour des raisons de politique extérieure et enverraient un signal politique important. Il proposait toutefois de rejeter la motion le temps d'évaluer la portée du Protocole et les conséquences de sa mise en œuvre sur le droit suisse.

A cet effet, le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) a chargé le Centre suisse de compétence pour les droits humains d'organiser une journée d'experts visant à analyser les effets d'une ratification du Protocole pour la Confédération, les cantons et les communes. La journée, qui a eu lieu le 10 octobre 2013, a réuni des représentants de l'Assemblée fédérale, du Tribunal fédéral, de tribunaux cantonaux, des universités, de l'administration fédérale, des administrations cantonales, de la Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse, des commissions cantonales pour l'enfance et la jeunesse et d'organisations non gouvernementales. La majorité des experts se sont prononcés en faveur de la ratification du Protocole⁶.

⁶ Ratification du troisième Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant par la Suisse: Quels enjeux pour la Confédération, les cantons et les communes. Rapport de la journée d'expert-e-s du 10 octobre 2013 à Berne; disponible (uniquement en allemand) à l'adresse suivante: www.skmr.ch > FR > Politique de l'enfance et de la jeunesse.

La motion Amherd a été adoptée le 19 septembre 2013 par le Conseil national et le 17 mars 2014 par le Conseil des Etats.

L'adhésion au Protocole ne nécessite pas de dispositions de mise en œuvre dans le droit national. Les enfants n'étant régulièrement pas en mesure de faire valoir leurs droits par eux-mêmes, la question de la représentation devant le Comité revêt une importance particulière. Le statut juridique de l'enfant est réglé aux art. 304 ss du code civil (CC)⁷. La représentation de l'enfant revient en premier lieu aux parents (art. 304 CC). Si ceux-ci ne peuvent pas l'exercer ou si leurs intérêts entrent en conflit avec ceux de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant nomme un curateur (art. 306, al. 2, CC). Cette réglementation est applicable à toutes les procédures pour lesquelles il n'existe pas de disposition spéciale. La représentation devant le Comité peut ainsi être ordonnée sur la base de cette norme. L'application de règles unificées se justifie d'autant plus que les voies de droit internes doivent être épuisées avant qu'une communication individuelle puisse être adressée au Comité.

1.5 Procédure de consultation

Le 25 mars 2015, le Conseil fédéral a mandaté le DFAE et le Département fédéral de justice et police (DFJP) de mener une procédure de consultation concernant l'adhésion au Protocole. Celle-ci s'est terminée le 2 juillet 2015⁸.

Le DFAE et le DFJP ont reçu 52 prises de position au total, formulées par 25 cantons, 4 partis politiques (PDC, PLR, Les Libéraux-Radicaux, PS et UDC), une organisation faîtière nationale (Union suisse des arts et métiers) ainsi que 15 organisations et autres milieux intéressés. Sept entités consultées ont expressément renoncé à prendre position (SZ, Tribunal fédéral, Tribunal administratif fédéral, Tribunal pénal fédéral, Association des Communes Suisses, Union des villes suisses, Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes).

La grande majorité des participants à la consultation (40 sur 45 prises de position matérielles) approuve l'intention du Conseil fédéral d'adhérer au Protocole. Parmi les cantons, qui ont tous pris position sauf celui de Schwyz, seul le canton de Thurgovie s'est prononcé contre une adhésion. En ce qui concerne les partis représentés à l'Assemblée fédérale, le PDC et le PS se sont prononcés pour l'adhésion au Protocole et le PLR, Les Libéraux-Radicaux et l'UDC se sont exprimés contre une adhésion. Les organisations faîtières, organisations et autres milieux intéressés approuvent majoritairement l'adhésion au Protocole, dans la mesure où ils se sont exprimés. Seul l'Union suisse des arts et métiers et le Centre Patronal ont rejeté le nouvel instrument. Tous les participants à la consultation qui ont approuvé l'adhésion se sont également prononcés en faveur de la reconnaissance prévue de la procédure de présentation de communications interétatiques et de la procédure d'enquête.

⁷ RS 210

⁸ Les documents de la consultation et le rapport sur les résultats de la procédure de consultation sont disponibles à l'adresse suivante: www.admin.ch > FR > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2015 > DFAE.

Les participants qui ont approuvé l'adhésion ont essentiellement mis en avant le fait que la procédure de présentation de communications individuelles renforce les droits de l'enfant et que les nouveaux mécanismes de contrôle complètent utilement la procédure de rapports périodiques. Il a également été relevé que l'adhésion au Protocole constituerait un important signal politique, qui augmenterait encore la crédibilité de la Suisse dans son engagement pour les droits de l'enfant. De plus, l'adhésion aurait été recommandée à la Suisse par le Comité des droits de l'enfant dans le cadre de la procédure de rapports périodiques et par le Conseil des droits de l'homme lors de l'Examen périodique universel (EPU).

Les cinq entités qui se sont exprimées contre l'adhésion ont essentiellement fait valoir qu'elle n'apporterait pas d'avantages à la Suisse. L'importance du Protocole a été mise en doute, puisqu'il n'y aurait pas lieu de s'attendre à un grand nombre de procédures (PLR. Les Libéraux-Radicaux, TG) et que peu d'Etats l'auraient approuvé jusqu'ici (PLR. Les Libéraux-Radicaux). L'UDC et le canton de Thurgovie ont estimé que les droits de l'enfant faisaient l'objet d'une réglementation suffisante et que des instruments procéduraux supplémentaires n'étaient pas indiqués. En particulier, la justice suisse serait en mesure de garantir les droits de la Convention de manière indépendante. Selon d'autres participants, les recommandations du Comité pourraient être difficiles à mettre en œuvre parce qu'elles ne sont pas contraignantes (PLR. Les Libéraux-Radicaux, Union suisse des arts et métiers) et qu'il pourrait s'agir de demandes politiques dans le domaine de garanties non justiciables concernant des prestations étatiques (TG, Union suisse des arts et métiers). Elles pourraient de plus engendrer des coûts considérables (TG, Union suisse des arts et métiers). Pour le canton de Thurgovie, la charge de travail et financière liée aux procédures dans un cas concret serait démesurée. L'Union suisse des arts et métiers a par ailleurs relevé qu'on ne pouvait pas exclure que l'adhésion ait des conséquences pour le droit suisse et estimé qu'il convient d'éviter de nouvelles interventions réglementaires. Enfin, le Centre patronal a rejeté l'attribution de nouvelles compétences au Comité pour les droits de l'enfant parce que celles-ci constitueraient une immixtion extérieure.

Plusieurs participants se prononcèrent encore sur des aspects pratiques et sur la mise en œuvre du Protocole. Il fut en particulier soulevé que l'épuisement des voies de recours internes pourrait s'avérer problématique lorsqu'un droit n'est pas considéré comme justiciable en droit interne et qu'il faudrait trouver des solutions afin que des recours soient disponibles dans tous les cas (Commission Internationale de Juristes – Section suisse [CIJ-CH], Femmes juristes Suisse [FJS]). Le renforcement des droits procéduraux des enfants en droit interne a également été thématiqué (FR) ainsi que le financement d'une représentation pour la procédure interne et devant le Comité et la fonction d'un ombudsman (CIJ-CH, FJS, Kinderanwaltschaft Schweiz). Certains estiment en outre qu'il conviendrait d'installer un dispositif afin d'assurer la protection des parties à la procédure de présentation de communications en cas de besoin (ICJ-CH, FJS).

1.6 Appréciation

Ces dernières années, le Conseil fédéral a traité de manière prioritaire l'adhésion à des conventions onusiennes qu'il considère comme essentielles pour la promotion et la protection des droits de l'homme. Il estime en outre que la mise en place d'instruments de contrôle efficaces constitue un moyen indispensable pour renforcer la mise en œuvre des droits de l'homme. La Suisse a ainsi reconnu les procédures de présentation de communications individuelles de trois conventions onusiennes en matière de droits de l'homme : la Convention du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁹, la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁰ et le Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹¹. De plus, la Suisse envisage actuellement de reconnaître la procédure de présentation de communications individuelles prévue dans la Convention du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées¹².

La Suisse participe en outre activement aux efforts visant à renforcer et à développer les mécanismes de contrôle en matière de droits de l'homme.

De plus, le Conseil fédéral s'est fixé comme objectif pour l'année 2015 de renforcer son engagement en matière de droits de l'homme, de politique de la paix, de médiation et de bons offices. Dans ce cadre, un accent particulier est mis sur les droits de l'enfant, notamment avec l'adoption du message portant sur l'approbation du Protocole. Il est d'avis que les nouveaux mécanismes de contrôle complètent pertinemment la procédure de rapports périodiques de la Convention et qu'ils renforceront l'impact de cette dernière dans la pratique.

Le Protocole permet de faire valoir devant le Comité aussi des droits économiques, sociaux et culturels. La marge de manœuvre des Etats pour la mise en œuvre de ces droits est néanmoins maintenue (cf. ch. 2.1 ci-dessous).

En adhérant au Protocole, la Suisse montrerait par le biais d'un nouveau signal politique fort qu'elle s'engage en faveur des intérêts de l'enfant. Cette décision renforcerait sa position et sa crédibilité en la matière sur le plan international.

⁹ RS **0.104**

¹⁰ RS **0.105**

¹¹ RS **0.108.1**

¹² Cf. le message du 29 novembre 2013, FF **2014** 437.

2 **Commentaire sur le contenu et les dispositions du Protocole**

2.1 **Compétences du Comité des droits de l'enfant et justiciabilité des garanties de la Convention**

2.1.1 **Réglementation du Protocole**

La Convention reprend en grande partie les garanties du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹³ et du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques¹⁴ et précise leur portée dans le cas particulier des enfants. Selon la conception traditionnelle, elle garantit ainsi des droits civils et politiques, d'une part, et économiques, sociaux et culturels d'autre part¹⁵.

L'art. 5 du Protocole prévoit que la procédure de présentation de communications est applicable à *tous les droits* énoncés dans la Convention et dans ses deux premiers protocoles. Une fois ratifié par un Etat, le Protocole permet de faire valoir devant le Comité une violation de tous les droits de la Convention, y compris des droits économiques, sociaux et culturels.

Cet aspect a joué un rôle important lors des négociations, car, dans de nombreux Etats, il n'est pas possible de faire valoir en justice les *droits économiques, sociaux et culturels*, car ceux-ci doivent d'abord être transposés dans les ordres juridiques nationaux et leur mise en œuvre dépend particulièrement des conditions économiques dans l'Etat en question.

D'autres Etats, la société civile et, dans une certaine mesure, les comités onusiens considèrent que la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels est dépassée. Ils estiment que tous les droits de l'homme créent *différents types d'obligations, dont certains sont toujours justiciables*.

La compétence du Comité d'examiner des communications concernant des violations des droits économiques, sociaux et culturels a été prise en compte à l'art. 10, par. 4, du Protocole, qui précise qu'il doit faire preuve d'une *certaine retenue lorsqu'il examine des communications portant sur ces droits* (voir points 2.1.3 et 2.2)¹⁶. Les Etats jouissent donc d'une marge d'appréciation pour la mise en œuvre des

¹³ RS 0.103.1

¹⁴ RS 0.103.2

¹⁵ Les droits en question ne peuvent pas tous être classés dans l'une ou l'autre de ces catégories. La protection énoncée dans une même disposition peut en effet porter sur plusieurs aspects. Parmi les droits civils et politiques de la Convention, on compte notamment le droit à la vie (art. 6), le droit à une identité et à une nationalité (art. 7 et 8), des droits relatifs à la famille (art. 7 ss et 16), le droit, pour un enfant, d'être entendu dans toute procédure l'intéressant (art. 12), le droit à la liberté d'expression (art. 13), le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14), la liberté d'association (art. 15) et le droit à l'accès à l'information (en partie art. 17). Parmi les droits économiques, sociaux et culturels, on compte notamment le droit de jouir du meilleur état de santé possible (art. 24), le droit de bénéficier de la sécurité sociale (art. 26), le droit à un niveau de vie suffisant (art. 27), le droit à l'éducation (art. 28 s.) et le droit aux loisirs (art. 31).

¹⁶ Cette disposition a été reprise de l'art. 8, par. 4, du Protocole facultatif du 10 décembre 2008 se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (non ratifié par la Suisse).

droits économiques, sociaux et culturels. Il faut aussi rappeler dans ce contexte que les constatations du Comité n'ont pas valeur de jugements à caractère contraignant.

2.1.2 Position de la Suisse sur la justiciabilité des garanties de la Convention

a. Principes guidant l'applicabilité directe du droit international

Par principe, le droit international ne règle pas la question de savoir si les traités sont directement applicables et si, en cas de violation, les particuliers peuvent s'adresser aux autorités administratives et judiciaires nationales. Ces aspects sont réglés au niveau du *droit constitutionnel des Etats parties*¹⁷. En Suisse, les dispositions de droit international sont directement applicables si les critères suivants sont remplis:

- la disposition porte sur des droits et des obligations des particuliers;
- la norme à appliquer est suffisamment précise et claire pour servir de fondement à une décision particulière et, par conséquent, justiciable;
- la norme est rédigée à l'intention des autorités d'application du droit.

Dans une pratique constante, le Tribunal fédéral reconnaît la justiciabilité des droits civils et politiques, à savoir notamment des garanties du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸. Il n'admet en revanche qu'avec retenue la possibilité d'une applicabilité directe des droits économiques, sociaux et culturels, et donc leur caractère de droits subjectifs. Quant aux garanties du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits sociaux de la Convention relative aux droits de l'enfant, le Tribunal fédéral a expliqué plusieurs fois que, à quelques exceptions près, ils ne s'adressent pas aux particuliers mais, du fait de leur caractère programmatore, au législateur. Il s'agit en effet de lignes directrices, qui ne fondent pas de droits subjectifs que les particuliers pourraient faire valoir en justice.

Malgré les critiques émanant d'une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral a globalement maintenu cette position dans ses arrêts récents. Ces dernières années, les droits économiques, sociaux et culturels ont toutefois gagné en importance du fait qu'ils sont de plus en plus pris en considération dans le cadre de pesées des intérêts ou de l'interprétation de dispositions constitutionnelles ou législatives¹⁹. On constate en outre que la jurisprudence a *plusieurs fois relativisé* le principe selon lequel ces droits ne sont pas directement applicables. Sans pour autant reconnaître de droits justiciables dans les affaires en cause, le Tribunal fédéral a évoqué la possibilité,

¹⁷ Le titre 2 de la Constitution (RS 101), consacré aux droits fondamentaux, établit par ex. une distinction entre droits justiciables et dispositions-programmes: il contient d'une part une série de droits, qui correspondent en grande partie aux droits civils et politiques et qui peuvent en principe être invoqués en justice, et d'autre part une série de buts sociaux (art. 41) à l'intention de la Confédération et des cantons, qui ne sont pas justiciables.

¹⁸ RS 0.101

¹⁹ Voir ATF 130 I 113, consid. 3.3; 135 I 153, consid. 2.2.2.

dans plusieurs jugements, que certains aspects de ces droits pourraient être invoqués devant les tribunaux²⁰.

Sur la base de cette pratique, le Conseil fédéral a plusieurs fois confirmé devant des organes internationaux ces dernières années que, sauf exceptions, les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas justiciables en Suisse²¹.

b. Justiciabilité des garanties de la Convention

Dans son message du 29 juin 1994 sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, le Conseil fédéral a estimé que les dispositions de la Convention qui octroient aux enfants des «droits» ne sont pas toutes directement applicables²².

Le Tribunal fédéral a reconnu la justiciabilité de certaines garanties de la Convention, comme l'art. 12 (l'enfant capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant)²³ et l'art. 7, par. 1 (droit à un nom, droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux)²⁴.

L'applicabilité directe a en revanche été niée en ce qui concerne l'art. 23 (droit des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux)²⁵ et l'art. 26 (droit de bénéficier de la sécurité sociale)²⁶. En matière d'autorisations relevant du droit des étrangers, la Convention n'accorde en principe pas de droits qui peuvent être invoqués en justice²⁷. Toutefois, depuis 2009, les garanties de la Convention ont acquis plus de poids dans ce type d'affaires; elles sont ainsi prises en compte lorsqu'une pesée des intérêts doit être effectuée²⁸.

2.1.3 Conséquences d'une adhésion de la Suisse au Protocole

Il est actuellement difficile d'évaluer dans quelle mesure le Comité examinera des communications relatives à des droits économiques, sociaux et culturels, car le Protocole n'est entré en vigueur que le 14 avril 2014 et que le Comité des droits de l'enfant n'a pas encore établi de pratique en la matière. Il y a toutefois lieu de rappeler que les procédures de présentation de communications ne sont pas des procé-

²⁰ Voir ATF 120 Ia 1, consid. 5, et 130 I 113, consid. 3.3, augmentation des taxes universitaires.

²¹ Voir rapport de la Suisse d'avril 2008 sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, p. 16 ss; et la réponse du Conseil fédéral concernant les recommandations de l'Examen périodique universel (recommandations d'octobre 2012).

²² FF 1994 V 1 21

²³ ATF 124 III 90, consid. 3.a.

²⁴ ATF 125 I 257, consid. 3.c.bb; 128 I 71, consid. 3.2.2.

²⁵ ATF 137 V 175, consid. 4.8.

²⁶ Arrêt I 267/04 du 18 mars 2005, consid. 2.5 (non publié).

²⁷ ATF 126 II 377, consid. 5.d avec renvois.

²⁸ ATF 135 I 153, consid. 2.2.2; ATF 136 I 285, consid. 5.2; ATF 137 I 247, consid. 4.2.1; 139 I 315, consid. 2.4.

dures judiciaires et que les constatations du Comité ne sont pas juridiquement contraignantes.

De plus, l'art. 10, par. 4, du Protocole garantit la prise en compte, lors de l'examen des communications, de la marge d'appréciation dont disposent les Etats parties dans la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels. Le Conseil fédéral part du principe que la marge de manœuvre pour la mise en œuvre des constatations et des recommandations du Comité sera d'autant plus grande que les garanties sur lesquelles elles se fondent sont formulées de manière ouverte.

La conception des droits économiques, sociaux et culturels fait actuellement l'objet d'une évolution, que ce soit au niveau international, dans la doctrine ou, partiellement, dans les ordres juridiques nationaux. Il appartiendra en premier lieu aux autorités d'application du droit de réfléchir à la manière dont la Suisse réagira à ces développements. Une adhésion au Protocole permettrait à la Suisse de continuer à y participer activement et d'y apporter son point de vue.

En reconnaissant les nouvelles procédures prévues par le Protocole, la Suisse agirait en accord avec son engagement continu, au niveau international, en faveur de la sauvegarde et de la promotion des droits de l'homme. De plus, l'adhésion est prévue dans les objectifs du Conseil fédéral pour 2015²⁹.

2.2 Commentaire des dispositions du Protocole

Art. 1 Compétence du Comité des droits de l'enfant

Par. 1: Les Etats parties reconnaissent la compétence que le Protocole confère au Comité. Cette disposition correspond à celles qui existent pour d'autres procédures onusiennes de présentation de communications en matière de droits de l'homme. La disposition garantit la continuité de la compétence du Comité pour examiner la mise en œuvre de la Convention.

Par. 2 et 3: Le Comité n'examine que des violations de droits énoncés dans un instrument auquel l'Etat visé a adhéré. Il ne peut examiner une communication concernant un Etat qui n'a pas adhéré au Protocole. Il s'agit de principes de base du droit international, définis notamment dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités³⁰. Lors des négociations, de nombreux Etats ont toutefois estimé important qu'ils soient inscrits dans le Protocole pour éviter toute ambiguïté.

Art. 2 Principes généraux guidant l'exercice des fonctions du Comité

Cet article définit les principes qui doivent guider le Comité dans l'exercice de ses fonctions. Il veille en premier lieu au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est également inscrit à l'art. 3 de la Convention. Ce principe est ainsi déterminant autant pour la Convention que pour le Protocole. Le Comité est en outre tenu de

²⁹ Voir point 1.5.

³⁰ RS **0.111**

prendre en considération les droits et l'opinion de l'enfant, en accordant à celle-ci le poids voulu en fonction de l'âge et du degré de maturité de l'enfant.

Art. 3 Règlement intérieur

Par. 1: Le Comité doit se doter d'un règlement pour l'exercice des fonctions qui lui sont conférées par le Protocole. Il doit en particulier tenir compte des principes de l'art. 2 pour garantir des procédures adaptées aux enfants. Le Comité a publié son règlement en avril 2013³¹.

Par. 2: Le règlement doit renfermer des garanties visant à empêcher que l'enfant ne soit manipulé par ceux qui agissent en son nom. Le comité peut refuser d'examiner une communication s'il considère qu'elle ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant.

Lors des négociations, il a été discuté s'il fallait inscrire directement dans le Protocole certaines garanties visant à empêcher la manipulation de l'enfant. Un consensus a pu être trouvé en chargeant le Comité d'inscrire celles-ci dans son règlement. L'art. 4 du règlement contient une réglementation en ce sens.

Art. 4 Mesures de protection

Par. 1: Les Etats parties doivent veiller à protéger les personnes qui présentent une communication au Comité ou qui fournissent des renseignements dans le cadre d'une procédure d'enquête pour éviter qu'elles ne soient victimes de violations des droits de l'homme, de mauvais traitements ou d'intimidations. Les Etats sont tenus non seulement de s'abstenir de ce genre de comportements, mais également de s'assurer que les personnes concernées ne soient pas victimes de tiers. La protection s'applique à toutes les personnes concernées par la procédure, soit l'enfant, ses proches et ses représentants, y compris les organisations. Des garanties similaires se trouvent à l'art. 11 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et à l'art. 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Par. 2: Pour protéger l'identité des personnes concernées, celle-ci ne peut être révélée publiquement sans le consentement exprès des intéressés. Cette disposition protège autant les enfants que leurs représentants.

Art. 5 Communications individuelles

Par. 1: Sont habilités à présenter une communication au Comité les particuliers et les groupes de particuliers. La communication peut être déposée par les personnes concernées ou par leurs représentants. Les enfants peuvent s'adresser directement au Comité même si leur capacité juridique n'est pas reconnue dans leur Etat³².

La qualité de victime est l'une des conditions pour agir: la personne qui présente la communication doit prouver qu'elle a été lésée personnellement et directement par

³¹ Règlement intérieur au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (ci-après: règlement intérieur), 16 avril 2013, CRC/C/62/3.

³² Voir art. 13, par. 1, du règlement intérieur du Comité.

un acte, une inaction de l'Etat ou encore une loi adoptée dans un Etat partie. Le Comité n'entre pas en matière lorsqu'une communication abstraite est déposée au nom d'un groupe de personnes indéterminables contre une loi, une politique ou une pratique (*actio popularis*).

Le par. 1 précise encore que la procédure concerne autant les droits énoncés dans la Convention que ceux énoncés dans les deux premiers protocoles facultatifs, pour autant que l'Etat visé ait adhéré à l'instrument concerné.

Le choix du mot «droits» précise qu'une procédure ne peut être ouverte que sur la base de dispositions permettant d'exiger de l'Etat qu'il agisse ou qu'il s'abstienne d'agir d'une certaine manière. Elle ne peut se fonder sur une disposition fixant un objectif à atteindre pour l'Etat (disposition de nature programmatrice)³³.

Par. 2: L'aspect de la représentation est particulièrement important s'agissant d'enfants étant donné que ceux-ci ne peuvent souvent pas agir de manière indépendante en raison de leur âge ou de leur degré de maturité. De plus, les enfants sont souvent dépendants de leurs parents ou d'autres responsables et ne disposent guère de moyens financiers propres. La disposition est formulée de manière à permettre à des organisations non gouvernementales ou à des groupes de défense des droits de l'homme de présenter des communications au Comité.

Dans le Protocole, les enfants sont traités autant que possible comme des sujets de droit à part entière. Etant donné la situation particulière des enfants, il faut veiller à ce que leurs droits ne soient pas utilisés à d'autres fins que leur propre intérêt. C'est pourquoi, en principe, un représentant ne peut présenter une communication au nom de l'enfant que si ce dernier y consent. S'il existe des informations crédibles indiquant que l'enfant n'a pas donné son consentement de plein gré, le Comité peut demander des informations complémentaires³⁴. La disposition fait écho à l'art. 3, par. 2, du Protocole, en vertu duquel le Comité peut refuser d'examiner une communication s'il considère qu'elle ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le Comité ne peut déroger au principe du consentement de l'enfant que si l'auteur de la communication peut justifier son action: par exemple si la victime présumée ne peut saisir la portée de la procédure ou si elle ne peut donner son consentement parce qu'elle n'a pas de contacts avec l'extérieur ou parce qu'elle craint des représailles. Le règlement intérieur prévoit que les personnes concernées reçoivent, dans la mesure du possible, des informations sur la procédure. Leur opinion doit dûment être prise en considération, compte tenu de leur âge et de leur degré de maturité³⁵.

Art. 6 Mesures provisoires

Le dépôt d'une communication n'a pas d'effet suspensif. Conformément à l'art. 6 du Protocole, le Comité peut toutefois demander à l'Etat visé de prendre des mesures provisoires. Ces mesures doivent être nécessaires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes des violations alléguées. Le Comité

³³ Voir point 2.1.

³⁴ Voir art. 13, par. 2, du règlement intérieur du Comité.

³⁵ Ce principe est également ancré à l'art. 2 du Protocole. Voir commentaire de cet article.

peut formuler des mesures provisoires en tout temps dès le dépôt de la communication jusqu'à la décision du Comité sur le fond.

Le Comité jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer ce qu'est un «préjudice irréparable». En la matière, il s'inspirera probablement de la pratique mise en place pour les autres conventions relatives aux droits de l'homme³⁶. Selon cette pratique, un préjudice est irréparable en particulier si, de par sa gravité et son irréversibilité, il entraîne pour les victimes des conséquences qui pourraient rendre obsolète la décision ultérieure du Comité³⁷.

Le caractère obligatoire des mesures provisoires a fait l'objet de controverses lors des négociations. Le Conseil fédéral est d'avis que les demandes de mesures provisoires adressées par le Comité aux Etats parties ne sont pas contraignantes³⁸. Ce point de vue est confirmé par le texte de la disposition, où il est question d'une «demande» et non d'un ordre. En reconnaissant la compétence du Comité d'examiner des communications, les Etats s'engagent toutefois à traiter avec bonne foi les demandes qui leur sont soumises dans le cadre de la procédure. Ils sont donc tenus en principe de mettre en œuvre les mesures provisoires demandées.

Dans son règlement intérieur, le Comité s'est engagé à contrôler la mise en œuvre des mesures provisoires. Les Etats peuvent à tout moment demander au Comité la levée des mesures qui ne sont plus justifiées.

Par. 2: Le fait que le Comité formule une demande de mesures provisoires ne préjuge pas de sa décision concernant la recevabilité ou le fond de la communication.

Art. 7 Recevabilité

La recevabilité des communications se fonde sur les mêmes critères que dans les autres procédures de communications.

Let. a et b: auteur connu et présentation écrite

Les communications ne peuvent pas être anonymes et doivent être présentées par écrit. La seconde condition a été controversée lors des négociations, car elle peut être difficile à remplir pour un enfant. Elle a toutefois été maintenue pour des raisons pratiques. Les moyens de preuves peuvent être fournis sous une autre forme, par exemple enregistrements vidéo ou sonores (voir art. 10, par. 1, du Protocole).

Let. c: pas d'abus de droit; champ d'application ratione materiae

Une communication ne doit pas constituer un abus de droit. Cela est notamment le cas si son auteur dépose des communications successives pour une cause rejetée par le Comité ou s'il fournit des informations fausses en vue de tromper le Comité.

³⁶ Les mesures provisoires sont réglées à l'art. 108, par. 1, du règlement intérieur du Comité contre la torture, à l'art. 94, par. 3, du règlement intérieur du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et à l'art. 5 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

³⁷ Voir constatations du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes du 26 janvier 2005 en réponse à la communication n° 2/2003 *A.T. c. Hongrie*.

³⁸ Voir message du 29 novembre 2006 concernant l'approbation du Protocole facultatif du 6 octobre 1999 relatif à la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, FF **2006** 9253 9272.

Une communication n'est pas non plus recevable si elle porte sur d'autres droits que ceux énoncés dans la Convention et ses protocoles facultatifs (incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention).

Let. d: cause déjà examinée par un autre organe

Une communication n'est pas recevable si la cause sur laquelle elle porte a été ou est examinée au titre d'une autre procédure internationale d'enquête ou de règlement. Cette disposition vise à éviter la multiplication de procédures concernant une même affaire³⁹. Le terme «international» englobe non seulement les procédures onusiennes mais aussi celles menées devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Let. e: épuisement des recours internes

Une communication ne peut être déposée que si toutes les voies de recours internes ont été épuisées. Les voies de recours disponibles se déterminent en fonction du cas d'espèce et du système juridique de l'Etat concerné. En principe, il faut avoir épuisé tous les recours administratifs et judiciaires susceptibles de résoudre le litige.

Il peut être fait exception à ce principe si les procédures par lesquelles il faudrait passer sont excessivement longues ou s'il paraît peu probable qu'elles apportent une solution efficace. La pratique des comités onusiens est relativement stricte en la matière. Des doutes quant à l'efficacité des recours internes ne sont par exemple pas suffisants pour dispenser l'auteur de l'obligation d'épuiser les moyens disponibles⁴⁰. Une procédure n'est pas considérée comme excessivement longue si sa durée est due au seul fait qu'il faille passer par plusieurs instances⁴¹.

Let. f: communications mal fondées ou insuffisamment motivées

Une communication n'est pas recevable si elle est manifestement mal fondée ou insuffisamment motivée. D'une part, il faut que les violations présumées et les faits visés soient exposés de manière suffisante. D'autre part, la disposition exclut des communications qui ne contiennent manifestement aucun élément se rapportant à une violation de la Convention et des protocoles facultatifs.

Ce critère n'est pas rédhibitoire, dans ce sens que l'art. 15 du règlement intérieur prévoit que le Comité peut demander à l'auteur ou à son représentant d'apporter des éclaircissements ou des renseignements complémentaires. Le Comité peut formuler cette demande dans une langue et sous une forme adaptées à l'âge et au degré de maturité de l'enfant.

Let. g: champ d'application ratione temporis

La let. g définit l'applicabilité *ratione temporis* du Protocole. Une communication n'est recevable que si elle porte sur des faits qui sont survenus après l'entrée en

³⁹ Voir art. 4, par. 2, let. a, du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et art. 22, par. 5, let. a, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁴⁰ Constatations du Comité contre la torture du 2 mai 1995 dans l'affaire *A.E. c. Suisse*, n° 24/1995, consid. 3 s.; Manfred Nowak/Elisabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture, A Commentary*, Oxford 2008, n° 99 ad art. 22.

⁴¹ Constatations du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies du 24 mars 1987 en réponse à la communication n° 192/1985 *S.H.B. c. Canada*, consid. 7.2.

vigueur du Protocole pour l'Etat visé ou qui persistent après cette date. Dans la pratique, les comités onusiens prennent exceptionnellement en considération l'ensemble des circonstances, lorsque des effets des faits en question se font encore ressentir après le moment où le Protocole est entré en vigueur.

Let. h: délai de saisine

Pour être recevable, la communication doit être présentée dans les douze mois suivant l'épuisement des recours internes. Au-delà de ce délai, une communication peut exceptionnellement être acceptée si l'auteur peut démontrer qu'il n'a pas pu la déposer plus tôt. Les procédures de communications onusiennes ne sont pas toutes soumises à un délai. De telles dispositions sont toutefois présentes à l'art. 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui prévoit un délai de six mois, ainsi que dans le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Il est important de permettre des exceptions dans le cas des enfants, car ceux-ci, en raison de leur jeune âge, ne peuvent pas toujours se rendre compte que leurs droits ne sont pas respectés, ni entreprendre de démarche sur le plan juridique.

Art. 8 Transmission de la communication

Par. 1: Le Comité peut déclarer une communication irrecevable sans même la soumettre à l'Etat partie visé. Si tel n'est pas le cas, il doit la porter à la connaissance de cet Etat dans les meilleurs délais. L'identité de son auteur est divulguée à l'Etat partie. Sans le consentement de l'auteur, son identité ne doit en revanche être révélée ni à des tiers ni publiquement (art. 4, par. 2, du Protocole).

Par. 2: L'Etat partie prend position sur la recevabilité et sur le bien-fondé de la communication. En raison de la situation particulière des enfants, dont le développement peut nécessiter que l'affaire soit traitée rapidement et qui peuvent ne pas percevoir de la même manière le passage du temps durant la procédure, il a été jugé important, lors des négociations, de prévoir que les Etats se prononcent le plus rapidement possible. Parallèlement, certains Etats, principalement ceux ayant une structure fédérale, ont signalé qu'il fallait un certain temps pour élaborer une réponse fondée, qui nécessite régulièrement la consultation de plusieurs autorités et instances. Un compromis a été trouvé au moyen de la formulation «dès que possible, dans un délai de six mois». S'il estime que les conditions de recevabilité ne sont pas remplies, l'Etat doit le faire savoir dans les deux mois⁴².

Art. 9 Règlement amiable

Par. 1: Le Comité met ses bons offices à la disposition des parties en vue de parvenir à un règlement amiable de la question. Le règlement doit être fondé sur le respect de la Convention et de ses deux premiers protocoles facultatifs. Le Comité ne peut mener des négociations en vue d'un accord amiable que si les parties ont donné leur consentement⁴³. Aucune offre ou concession faite dans le cadre de la tentative de

⁴² Art. 18, par. 5, du règlement intérieur du Comité.

⁴³ Art. 25, par. 2, du règlement intérieur du Comité.

règlement amiable ne peut être utilisée contre l'autre partie dans la procédure devant le Comité⁴⁴.

Par. 2: La conclusion d'un accord de règlement amiable met un terme à l'examen de la communication. Le Comité peut inviter l'Etat partie à lui soumettre des informations sur l'application de l'accord conclu (art. 11, par. 2, du Protocole).

Art. 10 Examen des communications

Par. 1: procédure

Etant donné la célérité avec laquelle il convient de traiter les procédures concernant des enfants, le Comité est tenu d'examiner les communications qui lui sont adressées «aussi rapidement que possible».

Il prend en compte toute la documentation qui lui a été soumise. Il peut demander de sa propre initiative des informations supplémentaires aux parties, ainsi qu'à tout organisme des Nations Unies ou autre organisation⁴⁵. De sa propre initiative ou à la demande des parties, le Comité peut consulter des experts indépendants⁴⁶. Le Comité dispose ainsi du plus grand nombre possible d'informations pour prendre ses décisions. Pour garantir la parité des armes, et donc une procédure équitable, tous les documents soumis au Comité dans le cadre de l'examen de la communication sont portés à la connaissance de chacune des parties.

S'il estime que cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité peut auditionner celui-ci ou ses représentants en personne ou au moyen de la téléconférence. En règle générale, les auditions ne se font pas en présence de représentants de l'Etat⁴⁷.

Par. 2: délibérations

Les séances du Comité se déroulent à huis clos.

Par. 3: devoir de célérité en cas de mesures provisoires

Lorsque le Comité a demandé des mesures provisoires, il examine la communication dans le cadre d'une procédure accélérée.

Par. 4: examen de communications portant sur des droits économiques, sociaux ou culturels

Lorsqu'il examine des communications concernant des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité tient compte de la marge d'appréciation dont les Etats parties disposent dans la mise en œuvre de ces droits⁴⁸.

Par. 5: constatations du Comité

Après avoir examiné une communication, le Comité transmet sans délai ses constatations aux parties concernées. Il y aura notamment déterminé s'il y a eu violation de

⁴⁴ Art. 25, par. 4, du règlement intérieur du Comité.

⁴⁵ Art. 18, par. 9, et 23, par. 1, du règlement intérieur du Comité.

⁴⁶ Art. 10 du règlement intérieur du Comité.

⁴⁷ Art. 19 du règlement intérieur du Comité.

⁴⁸ Voir point 2.1.

la Convention ou des protocoles facultatifs ou pas. Le Comité peut joindre à ses constatations des recommandations à l'intention de l'Etat concerné.

Conformément à la pratique d'autres comités onusiens, les recommandations peuvent prévoir des mesures en faveur de particuliers visant à réparer les violations constatées (par ex. des indemnisations). Le Comité peut aussi formuler des recommandations générales visant à éviter que les violations constatées ne se répètent. Ces recommandations peuvent notamment porter sur des modifications législatives, la formation des organes exécutifs ou des campagnes de sensibilisation.

Contrairement aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, les constatations des comités onusiens relatifs à des violations des droits de l'homme ne sont pas contraignantes. Formulées par des organes indépendants compétents pour interpréter les traités dans des cas concrets, elles ont néanmoins une grande importance⁴⁹.

Les membres du Comité peuvent formuler des opinions dissidentes, qui sont jointes aux constatations du Comité.

Art. 11 Suivi

Par. 1: L'Etat partie doit prendre dûment en considération les constatations et les recommandations du Comité et lui soumettre une réponse écrite dès que possible, dans un délai de six mois. Il y détaille les mesures qu'il a prises ou qu'il envisage de prendre sur la base des constatations et des recommandations. S'il renonce à suivre une recommandation, l'Etat doit fournir des explications.

Par. 2: La mise en œuvre de mesures prend souvent plus de six mois, en particulier lorsqu'il s'agit de mesures générales comme des adaptations législatives. C'est pourquoi il est prévu que le Comité et l'Etat puissent poursuivre leur dialogue. Après avoir reçu la réponse de l'Etat, le Comité peut demander à celui-ci de lui soumettre plus d'informations sur la mise en œuvre des mesures. Si le Comité le juge opportun, le dialogue peut se poursuivre dans le cadre de la procédure de rapports périodiques.

Art. 12 Communications interétatiques

La procédure de présentation de communications interétatiques permet à un Etat partie de faire valoir devant le Comité qu'un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre de la Convention ou de ses deux premiers protocoles facultatifs. Cette procédure n'est possible que si les Etats concernés ont déclaré explicitement qu'ils reconnaissent la compétence du Comité pour examiner ce type de communications (principe d'adhésion ou «opt in»). Lors des négociations, les avis ont divergé quant à l'opportunité d'inclure cette disposition, car la procédure, également prévue pour d'autres conventions de l'ONU en matière de droits de l'homme, n'a jamais été utilisée jusqu'ici.

⁴⁹ Observation générale n° 33 du Comité des droits de l'homme sur les obligations des Etats parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ch. 11 et 13

Par. 3: Le Comité met ses bons offices à la disposition des Etats parties concernés en vue de parvenir à un règlement amiable de la question.

Par. 4: Les Etats peuvent retirer leur déclaration d'adhésion à tout moment. Ce retrait est toutefois sans effets sur les procédures en cours.

Il est souhaitable que la Suisse reconnaisse également la procédure de présentation de communications interétatiques au moment d'adhérer au Protocole. Les Etats suivants l'ont déjà reconnue: l'Albanie, l'Allemagne, la Belgique, le Chili, le Portugal et la Slovaquie⁵⁰. En reconnaissant cette procédure, la Suisse renforcerait son engagement en faveur du Protocole. Ce choix ne devrait du reste pas entraîner de conséquences pratiques. C'est pourquoi l'art. 1, al. 3, de l'arrêté proposé dans le cadre du présent message charge le Conseil fédéral de formuler la déclaration lors de la procédure d'adhésion.

Art. 13 et 14 Procédure d'enquête

Le Comité peut examiner de sa propre initiative des cas où un Etat partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux garanties de la Convention et de ses protocoles facultatifs. Il n'est pas nécessaire qu'une communication lui soit présentée. On considère qu'une atteinte est grave lorsqu'il y a mise en danger de la vie d'une personne, de son intégrité physique ou psychique ou de sa sécurité. Les atteintes systématiques correspondent à des pratiques qui peuvent être de gravité moindre, mais qui sont largement répandues ou menées à dessein.

Art. 13, par. 1 à 3: Si le Comité a connaissance de renseignements crédibles portant sur des atteintes graves ou systématiques, il invite dans un premier temps l'Etat visé à présenter ses observations sur les pratiques qui lui sont reprochées. Sur la base de ces observations, il décide ensuite d'ouvrir ou non une procédure d'enquête. Dans le cadre de l'enquête, le Comité peut demander des renseignements complémentaires à l'Etat visé, à des organisations et à des particuliers. L'enquête se déroule dans la confidentialité. Si l'Etat partie donne son accord, elle peut comporter une visite sur son territoire. La coopération de l'Etat est sollicitée à tous les stades de la procédure.

Art. 13, par. 4 à 6: Une fois l'enquête close, le Comité en communique les *résultats* à l'Etat concerné en y joignant ses *observations* et ses *recommandations*. L'Etat présente ses observations le plus vite possible, au plus tard six mois après avoir reçu les observations et les recommandations du Comité. Ce dernier peut, après consultation de l'Etat concerné, faire figurer un compte rendu succinct de la procédure dans son rapport biennal à l'Assemblée générale⁵¹.

Art. 14: Comme pour les procédures de présentation de communications, le Comité peut poursuivre le dialogue avec l'Etat concerné après que celui-ci a répondu aux résultats de l'enquête. Il peut l'inviter à soumettre des renseignements complémentaires sur les mesures prises à la suite de l'enquête. S'il le juge approprié, il peut

⁵⁰ Les Etats suivants ont ratifié le Protocole sans reconnaître la procédure de présentation de communications interétatiques: Andorre, l'Argentine, la Bolivie, le Costa Rica, le Danemark, l'Espagne, le Gabon, l'Irlande, Monaco, le Monténégro, le Salvador, la Thaïlande et l'Uruguay (état le 26 octobre 2015).

⁵¹ Voir art. 16 du Protocole, avec renvoi à l'art. 44, par. 5, de la Convention.

l'inviter à fournir ces renseignements dans le cadre de la procédure de rapports périodiques.

Art. 13, par. 7 et 8: Le Protocole prévoit un mécanisme de sortie («opt out») pour la procédure d'enquête. Au moment de signer ou de ratifier le Protocole ou d'y adhérer, tout Etat partie peut déclarer qu'il ne reconnaît pas la compétence du Comité pour mener des procédures d'enquête. Cette non-reconnaissance peut porter sur les droits énoncés dans la Convention ou dans l'un de ses protocoles, ou sur l'ensemble de ces droits. Les Etats peuvent à tout moment retirer leur déclaration.

La procédure d'enquête est un *complément important aux procédures de présentation de communications*. Elle permet au Comité d'agir de sa propre initiative, soit en l'absence de communication, contre les violations graves et systématiques de la Convention, circonstances dans lesquelles il peut justement être difficile pour des particuliers de présenter une communication. Cela vaut a fortiori pour les enfants puisqu'ils sont moins en mesure de faire valoir leurs droits que les adultes. La procédure d'enquête a aussi une fonction préventive. L'éventualité qu'une enquête indépendante puisse être ouverte devrait en effet inciter les Etats à veiller davantage au respect de la Convention.

Il serait inapproprié que la Suisse, qui a déjà reconnu d'autres procédures d'enquête, ne reconnaisse pas ici cette compétence au Comité. Du reste, sur les dix-neuf Etats qui ont déjà ratifié le Protocole, seul un (Monaco) a déposé une déclaration en ce sens⁵².

Art. 15 Assistance et coopération internationale

Le Comité peut, avec le consentement de l'Etat partie concerné, transmettre ses constatations ou ses recommandations ainsi que toute information pertinente des procédures du Protocole aux institutions spécialisées, fonds et programmes des Nations Unies et aux autres organismes compétents. Cette disposition s'inspire de l'art. 14 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Art. 16 Rapport à l'Assemblée générale

Conformément à l'art. 44, par. 5, de la Convention, le Comité soumet tous les deux ans un rapport sur ses activités à l'Assemblée générale par l'entremise du Conseil économique et social. L'art. 16 du Protocole précise que ce rapport doit inclure un récapitulatif des activités du Comité au titre du Protocole.

Art. 17 Diffusion et information concernant le Protocole facultatif

Les Etats parties sont tenus de faire connaître et de diffuser le Protocole ainsi que les constatations et les recommandations du Comité. Ces informations doivent être rendues accessibles également aux enfants, y compris ceux qui sont handicapés. Cette disposition s'inspire de l'art. 42 de la Convention.

⁵² Etat le 26 octobre 2015.

En Suisse, les trois niveaux de l'Etat fédéral sont chargés de faire connaître la Convention et ses protocoles. Le site internet de la Confédération⁵³ propose dans les trois langues officielles des informations sur toutes les conventions relatives aux droits de l'homme auxquelles la Suisse a adhéré. Le site Internet du DFAE⁵⁴ contient en outre les rapports périodiques rédigés par la Suisse les plus récents, les recommandations et les conclusions des comités ainsi que des liens thématiques. Enfin, l'Office fédéral des assurances sociales dispose d'un crédit pour les droits de l'enfant (environ 190 000 francs par an), qui permet de soutenir des projets ou des activités régulières d'organisations partenaires pour la diffusion de la Convention et la coordination de sa mise en œuvre. Jusqu'ici, ce crédit a été utilisé à moitié pour remplir les obligations découlant de l'art. 42 de la Convention. Il pourra à l'avenir aussi être utilisé pour la mise en œuvre de l'art. 17 du Protocole. Au niveau des cantons et des communes, ce sont en particulier les écoles qui sont compétentes pour faire connaître les droits des enfants et les procédures y relatives.

Art. 18 à 24 Dispositions techniques

Les art. 18 à 24 règlent des points techniques: signature, ratification et adhésion (art. 18); entrée en vigueur (art. 19); applicabilité dans le temps (art. 20); amendements (art. 21); et dénonciation (art. 22). Ces dispositions s'inspirent d'autres conventions. Pour la Suisse, le Protocole entrerait en vigueur trois mois après le dépôt de l'instrument d'adhésion. L'art. 23 concerne le devoir d'information du Secrétaire général des Nations Unies, qui est le depositaire du Protocole. Enfin, l'art. 24 porte sur le dépôt du Protocole dans les archives des Nations Unies et sur la transmission à chaque Etat partie d'une copie certifiée conforme du Protocole.

Lors des négociations, l'introduction d'une disposition sur les réserves était controversée. L'idée a finalement été abandonnée. Par conséquent, la question est réglée par l'art. 19, let. c, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, selon lequel des réserves peuvent être formulées si elles ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but du traité. En application de ces principes, il n'est pas possible d'émettre des réserves visant à soustraire certaines garanties du champ d'application du Protocole.

3 **Conséquences**

3.1 **Conséquences pour la Confédération**

3.1.1 **Conséquences financières**

Le Protocole est de nature purement procédurale. Il ne contient aucune disposition matérielle et ne devrait donc pas avoir de conséquences financières directes. Les coûts qui peuvent être liés à la mise en œuvre des constatations et des recommandations du Comité ne peuvent pas être estimés à l'avance. Il y a toutefois lieu de rappeler

⁵³ www.admin.ch > FR > Droit fédéral

⁵⁴ www.dfae.admin.ch > Politique extérieure > Organisations internationales > Nations Unies > L'ONU et les droits de l'homme > Rapports nationaux

ler, dans ce contexte, que la marge d'appréciation des Etats pour la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels de la Convention est préservée (cf. ch. 2.1.3).

3.1.2 Conséquences en matière de personnel

L'Office fédéral de la justice représente la Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que dans toutes les procédures de présentation de communications devant les comités onusiens que la Suisse a reconnues (Comité contre la torture, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes). Il est dès lors opportun de charger l'Office fédéral de la justice de représenter la Suisse également devant le Comité des droits de l'enfant. Cette solution est non seulement efficace, mais elle garantit également une action cohérente devant ces différents comités. Une représentation unique permet en outre de vérifier plus facilement si l'auteur d'une communication ne saisit pas simultanément plusieurs organes internationaux de contrôle.

Il n'est guère possible d'estimer combien de communications visant la Suisse seront déposées. Alors que le Comité contre la torture a transmis 172 communications à la Suisse depuis l'adhésion de celle-ci à la Convention en question le 2 décembre 1986, le nombre de communications transmises par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes est resté insignifiant (respectivement 2 et 1 communications)⁵⁵. Si le nombre de communications transmises en application du présent Protocole est aussi limité que celui pour ces procédures, la représentation de la Suisse peut être assurée dans le cadre des ressources en personnel actuelles.

3.1.3 Autres conséquences

Les procédures de présentation de communications individuelles ne sont pas des procédures judiciaires et les constatations du Comité ne sont *pas juridiquement contraignantes*. Autrement dit, si le Comité constate une violation de la Convention et adresse des recommandations à la Suisse, celle-ci n'est pas obligée de mettre en œuvre les mesures proposées.

Toutefois, en pratique, le Conseil fédéral a toujours tenu compte des *constatations* des organes onusiens. Concrètement, il s'agissait à chaque fois de constatations du Comité contre la torture concernant le renvoi de ressortissants étrangers qui auraient été exposés à un risque de mauvais traitement dans le pays de destination. Les auteurs de ces communications se sont vu accorder un titre de séjour et les autorités suisses ont tenu compte des constatations du Comité dans leur pratique subséquente.

Il en va autrement des *recommandations* formulées dans le cadre de procédures de présentation de communications. Jusqu'à aujourd'hui, la Suisse n'a reçu qu'une seule fois de telles recommandations, de la part du Comité pour l'élimination de la

⁵⁵ Etat le 26 octobre 2015; cf. note relative au ch. 3.1.3.

discrimination raciale⁵⁶. Le caractère contraignant de ces recommandations est jugé équivalent à celui des recommandations émises dans le cadre de la procédure de rapport étatique: elles ne sont pas mises en œuvre si elles ne sont pas pertinentes ou praticables ou si d'autres mesures sont plus efficaces pour atteindre le but visé. Lorsqu'elles ne sont pas mises en œuvre, l'Etat en explique les raisons au Comité.

Il est ainsi possible que certaines constatations et recommandations du Comité aient une incidence sur le droit suisse et sur la pratique des autorités. Le Conseil fédéral estime toutefois que de tels cas seront rares. Cette appréciation est confirmée par les expériences de la Suisse avec d'autres procédures de communications⁵⁷.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes et conséquences économiques

Pour les conséquences pour les cantons et les communes et les conséquences économiques, voir par analogie les points 3.1.1 et 3.1.3.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

L'objet n'était prévu ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015⁵⁸ ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015⁵⁹.

En traitant cet objet, le Conseil fédéral a donné suite à l'acceptation de la motion Amherd 12.3623 «Troisième protocole facultatif à la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant. Ratification».

Les objectifs du Conseil fédéral pour 2015 prévoient un renforcement de l'engagement de la Suisse en matière de droits de l'homme, de politique de la paix, de médiation et de bons offices. Dans ce cadre, un accent particulier est mis sur les droits de l'enfant, notamment avec l'adoption du message portant sur l'approbation du Protocole facultatif.

⁵⁶ Voir constatations du 18 février 2014 dans l'affaire 50/2012, *A.M.M. c. Suisse*. Relativement à cette affaire, le Comité a formulé différentes recommandations, même s'il a estimé la communication non recevable en raison d'une incompatibilité matérielle.

⁵⁷ Deux communications ont été déposées contre la Suisse sur la base de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale depuis son adhésion à celle-ci en 1994. Une communication a été déposée contre la Suisse sur la base de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes depuis la reconnaissance de ce traité en 2008. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants trouve en revanche plus facilement application en matière d'asile. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte pour la Suisse en 1987, 172 communications ont été déposées. Des violations de la Convention n'ont toutefois été constatées que dans dix-sept cas (état le 26 octobre 2015).

⁵⁸ FF 2012 349

⁵⁹ FF 2012 6667

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.)⁶⁰, selon lequel les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. L'art. 184, al. 2, Cst. autorise le Conseil fédéral à signer et ratifier les traités internationaux. En vertu de l'art. 166, al. 2, Cst., c'est l'Assemblée fédérale qui approuve les traités, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (voir art. 24, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement [LParl]⁶¹ et art. 7a, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁶²).

5.2 Forme de l'acte à adopter

Conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum s'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. L'art. 22, al. 4, LParl définit comme fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. L'art. 164, al. 1, Cst. prévoit que les dispositions importantes doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

Le Protocole confère aux particuliers le droit de présenter au Comité des droits de l'enfant des communications contre la Suisse concernant des violations des garanties de la Convention. La Suisse n'est pas liée par les constatations et les recommandations du Comité, mais elle est soumise à l'obligation de coopérer dans le cadre des procédures de présentation de communications individuelles et interétatiques et dans les procédures d'enquête. Le Protocole contient dès lors des dispositions importantes fixant des règles de droit.

C'est pourquoi l'arrêté fédéral portant approbation du Protocole est sujet au référendum conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

⁶⁰ RS 101

⁶¹ RS 171.10

⁶² RS 172.010

