

**NATIONS
UNIES**

CCP



**Pacte international
relatif aux droits civils
et politiques**

Distr.

GENERALE

CCPR/C/81/Add.8

26 mai 1995

Original: FRANCAIS

***Rapports initiaux que les Etats parties devaient présenter en 1993 :
Switzerland. 26/05/95.
CCPR/C/81/Add.8. (State Party Report)***

Convention Abbreviation: CCPR
COMITE DES DROITS DE L'HOMME

EXAMEN DES RAPPORTS PRESENTES PAR LES ETATS PARTIES
EN VERTU DE L'ARTICLE 40 DU PACTE

Rapports initiaux que les Etats parties
devaient présenter en 1993

Additif

SUISSE

[24 février 1995]

TABLE DES MATIERES

Paragraphes

Introduction

Liste des principales abréviations utilisées

Liste des annexes

Article 1er: 1 - 7

Article 2: 8 - 27

Article 3: 28 - 58

Article 4: 59 - 65

Article 5: 66 - 67

Article 6: 68 - 77

Article 7: 78 - 102

Article 8: 103 - 114

Article 9: 115 - 141

Article 10: 142 - 185

Article 11: 186

Article 12: 187 - 214

Article 13: 215 - 228

Article 14: 229 - 302

Article 15: 303 - 305

Article 16: 306 - 309

Article 17: 310 - 347

Article 18: 348 - 358

Article 19: 359 - 374

Article 20: 375 - 380

Article 21: 381 - 387

Article 22: 388 - 412

Article 23: 413 - 432

Article 24: 433 - 450

Article 25: 451 - 476

Article 26: 477 - 485

Article 27: 486 - 500

Introduction

Le Conseil fédéral a l'honneur de présenter au Comité des droits de l'homme des Nations Unies le rapport initial de la Suisse, établi conformément à l'article 40 du Pacte international relatif aux droits

civils et politiques. Ce rapport doit être lu conjointement avec le document de base constituant la première partie des rapports de la Suisse (HRI/CORE/1/Add.29) ainsi qu'avec les annexes qui l'accompagnent. Il tient compte, en principe, de l'état de la législation au 31 juillet 1994.

Le présent rapport décrit, article par article, les mesures d'ordre législatif, administratif, judiciaire ou autres en vigueur en Suisse et concernant les droits garantis par le Pacte. Il tente de dépeindre, au-delà de la seule description du régime juridique et de la législation, la situation réelle en matière de protection des droits civils et politiques.

Du fait de la structure fédérale de l'Etat, qui réserve de larges domaines de compétence à la souveraineté des 26 cantons et demi-cantons formant la Confédération suisse, certaines informations sont synthétisées dans le présent rapport sous forme de règles d'ordre général valant pour l'ensemble du territoire suisse. C'est notamment le cas en matière de garanties de procédure ou de système d'exécution des peines, domaines pour lesquels la description détaillée des 26 ordres juridiques cantonaux s'ajoutant aux règles fédérales n'était guère envisageable. Lorsque cela est apparu nécessaire, des références aux lois cantonales pertinentes ont toutefois été intégrées au présent rapport.

Le Conseil fédéral espère que le présent rapport initial sera susceptible de répondre à l'attente du Comité des droits de l'homme et que son examen sera l'occasion d'un dialogue fructueux.

Le présent rapport a été adopté par le Conseil fédéral le 15 février 1995.

Liste des principales abréviations utilisées

Textes légaux

Cst. : Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874

CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 1er novembre 1950

CP : Code pénal suisse, du 21 décembre 1937

CPM : Code pénal militaire, du 13 juin 1927

CCS : Code civil suisse, du 10 décembre 1907

CO : Code des obligations, du 30 mars 1911

PPF : Loi fédérale du 15 juin 1924 sur la procédure pénale

OJF : Loi fédérale d'organisation judiciaire, du

LPD : Loi fédérale sur la protection des données, du 16 juin 1992

OLPD : Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données personnelles, du 14 juin 1993

OALSP : Ordonnance concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale, du 14 juin 1992

CPP : Code (cantonal) de procédure pénale

Recueils de jurisprudence et revues

ATF : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse

DR : Recueil des décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme

ZBl. : Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Verwaltungsrecht

JdT : Journal des Tribunaux

RSDIE : Revue suisse de droit international et de droit européen (anciennement ASDI)

RDS : Revue de droit suisse

Liste des annexes Les annexes sont à la disposition des membres du Comité dans les archives du secrétariat.

Textes légaux

1. Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874 (RS 101)
2. Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311)
3. Code pénal militaire, du 13 juin 1927 (RS 321)
4. Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
5. Code des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)
6. Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927 (RS 172.221.1)
7. Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958 (RS 170.32)
8. Recueil des lois fédérales de procédure (contient notamment les lois sur la procédure pénale fédérale, du 15 juin 1934 et d'organisation judiciaire fédérale, du 16 décembre 1943)
9. Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992
10. Recueil de la législation fédérale en matière de séjour et établissement des étrangers (RS 142.20, etc.)
11. Loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 (RS 161.1)

Documents

12. Réponse du Gouvernement de la Suisse au Directeur de l'OIT sur les mesures prises contre l'apartheid, du 10 novembre 1992
13. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 février 1993

14. Rapport au Conseil fédéral de la Suisse relatif à la visite du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), et prise de position du Conseil fédéral
15. Réponse du Gouvernement de la Suisse au Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur l'intolérance religieuse (résolution 1990/27 du 2 mars 1990)
16. Krummenacher, I. : "Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern, Auswertungen von Daten aus dem Kanton Genf", in Volkswirtschaft 4/93, p. 38ss
17. Malinverni, G. : "Fédéralisme et protection des minorités en Suisse", rapport présenté à la Commission européenne pour la démocratie par le droit, document CDL (91) 21, du 8 octobre 1991
18. Enfance maltraitée en Suisse, rapport final présenté au Chef du Département fédéral de l'intérieur par le Groupe de travail enfance maltraitée, juin 1992
19. Académie suisse des sciences médicales : Directives d'éthique médicale
20. Statistiques des refus de servir en 1992
21. Statistiques du nombre de grèves et de lock-out, entreprises et travailleurs concernés et journées de travail perdues pour la période 1975/1991
22. Contrat type d'engagement d'artiste, élaboré par l'Association suisse des cafés-concerts, cabarets, dancings et discothèques
23. Statistique des jugements pénaux des mineurs en 1993
24. "Vers l'égalité ? Aperçu statistique de la situation des femmes et des hommes en Suisse", Office fédéral de la statistique, Berne, 1993

Article 1er

Alinéa 1er

1. En créant un Etat fédéral, les 26 cantons et demi-cantons qui forment la Confédération helvétique ont renoncé à leur souveraineté au profit d'un pouvoir central. Cela se traduit notamment par le fait qu'un canton peut se voir imposer une modification de la Constitution fédérale dont il ne voudrait pas, la Constitution pouvant en effet être modifiée à la double majorité du peuple et des cantons. Un canton ne dispose de surcroît pas d'un droit de sécession; dans l'hypothèse théorique où un canton désirerait quitter la Confédération, cela ne pourrait se faire que par une décision de la majorité de ses habitants habilités à voter, puis par un vote du peuple et des cantons sur la modification correspondante de la Constitution fédérale. En 1978 une procédure analogue a conduit à la création du canton du Jura, dont le territoire faisait partie jusqu'alors du canton de Berne.
2. Les cantons restent cependant largement autonomes et déterminent librement leur organisation politique, sous réserve de la garantie que l'Assemblée fédérale doit octroyer à leur constitution. Cette garantie est accordée pour autant que la constitution cantonale ne renferme rien de contraire à la Constitution fédérale, qu'elle assure l'exercice des droits politiques d'après les formes républicaines représentatives ou démocratiques, qu'elle ait été acceptée par le peuple et puisse être révisée lorsque la majorité absolue des citoyens le demande (art. 6 de la Constitution fédérale). En cas de refus de la garantie, le droit constitutionnel cantonal qui ne remplirait pas ces conditions est dépourvu de toute force juridique avec effet ex tunc.

3. En ce qui concerne le système garantissant la formation de la volonté populaire sur le plan fédéral, il peut être utilement renvoyé aux paragraphes du document de base formant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29) consacrés à l'organisation des pouvoirs fédéraux, aux droits d'initiative constitutionnelle et de référendum législatif. L'on se bornera ici à souligner l'importance des droits populaires qui imposent ou permettent que les citoyens puissent se prononcer sur un nombre important d'objets de rang fédéral, cantonal ou communal.

Alinéa 2

4. La part des ressources naturelles dans l'activité économique du pays est restreinte. Le développement économique est plutôt lié à celui du secteur des industries de transformation et des services, l'industrie d'exportation jouant à cet égard un rôle important. Consciente de l'interdépendance croissante des économies nationales, la Suisse met en oeuvre une politique favorisant des échanges plus équitables, notamment avec les pays en voie de développement. Le rapport initial de la Suisse relatif au Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, donnera plus de détails sur ce point.

5. L'article 31 de la Constitution garantit la liberté du commerce et de l'industrie. De fait, ce sont en règle générale des entreprises privées ou des particuliers qui, dans l'exercice de cette liberté, exploitent les ressources naturelles du pays. La Confédération ou les cantons se réservent toutefois le monopole de quelques rares activités, telles la fabrication et la vente de poudre de guerre (art. 41 de la Constitution) ou l'exploitation des mines de sel (canton de Vaud). Un effet de redistribution des richesses est assuré par les lois fiscales cantonales ou fédérales, lesquelles sont soumises au vote du peuple.

Alinéa 3

6. La Suisse attache un grand prix au respect des normes internationales conventionnelles ou coutumières régissant les rapports entre Etats. Elle s'abstient de toute ingérence dans les affaires intérieures d'autres Etats, dans le respect de ses obligations internationales.

7. La Suisse s'engage en faveur du respect des droits de la personne humaine et du droit humanitaire. En tant qu'Etat dépositaire des quatre Conventions de Genève relatives à la protection des victimes de la guerre ainsi que de leurs deux Protocoles additionnels, elle ne manque pas d'intervenir pour soutenir l'action du Comité international de la Croix-Rouge et rappeler à toutes les parties à un conflit armé leur obligation de respect de ces accords. S'agissant de la politique d'apartheid, le Conseil fédéral l'a condamnée sans équivoque depuis la Conférence des Nations Unies sur les droits de l'homme, tenue à Téhéran en 1968. Voir en annexe la réponse du Gouvernement suisse au Directeur de l'OIT sur les mesures prises contre l'apartheid, du 10 novembre 1992.

Article 2

Alinéas 1 et 2

1. Généralités

8. Ainsi que l'exposé relatif aux différents articles du Pacte le montrera, les droits qui y sont consacrés sont largement reconnus en droit suisse. L'article 4, alinéa 1er, de la Constitution fédérale (annexée) énonce par ailleurs le principe général de l'égalité de tous, sans discrimination, dans les termes suivants :

Article 4

"Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles."

9. L'alinéa second de cet article, introduit en 1981 et qui concerne spécifiquement l'égalité entre hommes et femmes, sera traité dans le chapitre consacré à l'article 3 du Pacte.

10. L'article 4, alinéa 1er, de la Constitution avait à l'origine pour objectif principal la réalisation de l'égalité politique des citoyens, la mise de tous les cantons sur un pied d'égalité et la suppression des privilèges de lieu et de naissance. Depuis longtemps déjà, l'égalité juridique a cependant acquis valeur de principe général régissant l'ensemble de l'ordre juridique suisse. Elle vaut tant dans le domaine de la législation (égalité dans la loi) que dans celui de l'application du droit (égalité devant la loi).

11. En tant que principe constitutionnel, l'égalité implique principalement l'interdiction des différences injustifiées mais aussi, dans une certaine mesure, un mandat donné au législateur de réduire les inégalités sociales et d'améliorer les chances d'épanouissement de l'individu. Ainsi la Confédération se voit-elle, en divers endroits de la Constitution, confier la tâche d'améliorer l'égalité des chances. Tel est principalement le cas en matière d'instruction publique et de formation (art. 27, al. 2 et 4, art. 27 quater et 34 ter al. 1 lit. g Cst.), d'assurances sociales (art. 34 bis, quater, quinquies, novies Cst.) ou de protection des travailleurs (art. 34 et 34 ter Cst.). Il convient de noter que l'article 113, alinéa 1, chiffre 3 de la Constitution prescrit au Tribunal fédéral d'appliquer dans tous les cas les lois et les arrêtés fédéraux de portée générale votés par l'Assemblée fédérale, ainsi que les traités ratifiés par elle. Cette disposition, d'inspiration démocratique puisqu'elle vise à éviter qu'une instance juridictionnelle déclare inconstitutionnel un texte soumis au référendum facultatif du peuple et que ce dernier a donc accepté, fût-ce tacitement, empêche cependant le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et donc de leur conformité avec les droits fondamentaux de rang constitutionnel. L'on peut ainsi dire qu'il n'existe pas de contrôle constitutionnel complet en matière fédérale. La règle de l'article 113 Cst. n'empêche pourtant pas le Tribunal fédéral de constater l'incompatibilité d'une loi fédérale avec la Constitution, incitant ainsi le législateur à corriger la situation.

12. L'une des particularités de l'article 4 de la Constitution suisse réside dans le nombre et l'importance des droits et principes constitutionnels que la jurisprudence du Tribunal fédéral en a dégagé. Ces règles jurisprudentielles sont fort diverses (égalité de traitement, protection de la bonne foi, interdiction du déni de justice, du retard injustifié à statuer, du formalisme excessif, droit d'être entendu et à l'assistance judiciaire gratuite, principe de la légalité et de la proportionnalité, non-rétroactivité des normes juridiques), certaines d'entre elles seront analysées plus loin dans le présent rapport, notamment dans le chapitre consacré à l'article 14 du Pacte.

13. Contrairement à la lettre de l'article 4 Cst., les titulaires du droit sont non seulement les Suisses, mais aussi les étrangers ^{ATF 93 I 1}. L'égalité est un droit de l'homme universellement applicable. La qualité d'étranger peut cependant fonder objectivement une différence de traitement lorsque la nationalité suisse joue un rôle capital dans les faits à régler. Il en va notamment ainsi des droits et obligations civiques. De même, l'article 69 ter de la Constitution confère-t-il à la Confédération le droit de légiférer sur l'entrée, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers ^{Cette législation est commentée infra, ad article 12 du Pacte.}

14. Le discours politique des étrangers fait lui aussi l'objet d'un arrêté fédéral de 1948 (voir infra, ad art. 19). L'accès à la fonction publique supérieure communale cantonale ou fédérale est en général réservé aux nationaux, ce qu'autorise du reste l'article 25 du Pacte. De même, la jurisprudence juge compatible avec l'article 4 Cst. l'exclusion légale des étrangers de certaines professions. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que l'exercice de la profession d'avocat pouvait être réservé aux seuls citoyens suisses; il a cependant admis des exceptions, tout spécialement lorsqu'il apparaîtrait déraisonnable d'exiger du candidat au barreau l'acquisition préalable de la nationalité suisse (cas de

juristes étrangers ayant étudié le droit en Suisse) Arrêt de la deuxième Cour de droit public du Tribunal fédéral du 24 février 1984. Publié in ZBI, 1984, p. 457ss. ATF 116 la 238 et 119 la 35.. L'on notera enfin que dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral accepte d'étendre la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 Cst.) aux étrangers titulaires d'un permis d'établissement pour autant que ceux-ci soient légalement admissibles à l'exercice de certaines professions ATF 108 la 148.

15. Les personnes morales de droit privé peuvent également se prévaloir de l'article 4 Cst. Ce droit n'est par contre garanti aux personnes morales de droit public qu'à l'intérieur de certaines limites.

16. Que ce soit sur le plan fédéral ou cantonal, l'Etat veille au respect de l'égalité des conditions d'accès à la fonction publique Voir, à titre d'exemple, la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927, RS 172.221.10 (annexée). Voir aussi infra, ad article 25 du Pacte.. Des efforts particuliers sont consentis pour promouvoir l'accès des femmes à tous les niveaux de la fonction publique (sur ce point, voir infra, ad article 3 du Pacte).

2. Mesures spécifiques contre certaines formes de discrimination

a) La race et la couleur

17. L'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a été approuvée par le Parlement au printemps 1993. A cette occasion, les Chambres fédérales ont également approuvé une modification du droit pénal afin de réprimer la discrimination raciale. Un référendum lancé contre ces nouveaux articles du Code pénal et du Code pénal militaire a réuni un nombre suffisant de signatures; en conséquence, la modification du Code pénal a été soumise à l'approbation du peuple, lequel l'a acceptée le 25 septembre 1994. Les nouvelles dispositions pénales entreront vraisemblablement en vigueur le 1er janvier 1995.

18. A l'heure actuelle, un certain nombre d'actes délictueux commis pour des motifs racistes peuvent faire l'objet de poursuites pénales en vertu du droit en vigueur, par exemple en matière de crimes contre la vie et l'intégrité corporelle, contre le patrimoine, contre la liberté, de crimes et délits constituant un danger public (notamment l'incendie intentionnel) et, mais de façon restreinte, de délits contre l'honneur. Cependant, le droit actuel ne couvre pas tous les aspects du problème. En particulier, la propagande raciste ou la minimisation du génocide et de la persécution raciale ne sont pas expressément condamnées.

19. Ainsi qu'on l'a relevé et en vue d'adapter le droit suisse aux exigences de la Convention, le Code pénal et le Code pénal militaire devraient donc être complétés par deux articles punissant de l'amende ou de l'emprisonnement la discrimination raciale, notamment l'appel à la haine raciale, ethnique ou religieuse, la propagation d'idéologies visant à rabaisser systématiquement un groupe racial, ethnique ou religieux, le refus de prestations offertes publiquement pour des motifs racistes et l'atteinte à la dignité humaine d'une personne en raison de son appartenance à une race, une ethnie ou une religion. Sur le plan de la prévention, des travaux sont en cours au sein de l'administration fédérale en vue de l'éventuelle institution d'une Commission fédérale contre le racisme dont les tâches restent encore à définir.

b) Le sexe

20. Voir sur ce point le chapitre consacré à l'article 3 du Pacte.

c) La langue

21. La Suisse, Etat plurilingue sur le territoire duquel coexistent trois langues officielles, auxquelles s'ajoute une quatrième langue nationale (le rhéto-romanche), est particulièrement sensibilisée aux

difficultés que peuvent poser la reconnaissance et la mise en oeuvre de la liberté de la langue. Le régime suisse en la matière sera exposé dans le chapitre consacré à l'article 27 du Pacte.

d) L'opinion et la religion

22. Voir sur ces points les chapitres consacrés aux articles 18 et 19 du Pacte.

Alinéa 3

23. Cette disposition correspond à l'article 13 CEDH, en vigueur pour la Suisse depuis 1974. Toute personne qui allègue que ses droits civils ou politiques garantis dans le Pacte ont été violés, dispose en principe d'un recours utile. Les autorités compétentes en matière de droits de l'homme ainsi que les recours dont dispose une personne qui prétend que ses droits ont été violés ont été présentés et décrits dans le document de base formant la partie générale du présent rapport.

24. Dans le cas de violations commises par une personne agissant dans l'exercice d'une fonction officielle, la législation cantonale ou fédérale sur la responsabilité de l'Etat, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires prévoit en général le régime suivant ^{Voir, à titre d'exemple, la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958, RS 170.32 (annexée).}

a) Responsabilité découlant d'un dommage : l'Etat répond du dommage causé sans droit à un tiers par l'un de ses agents dans l'exercice de ses fonctions, le lésé ne disposant d'aucune action à l'encontre du fonctionnaire fautif. L'Etat peut en revanche exercer une action récursoire contre le fonctionnaire en cas d'acte intentionnel ou de négligence grave.

b) Responsabilité pénale : au niveau fédéral, s'agissant de parlementaires ou de magistrats élus par l'Assemblée fédérale, une autorisation des Chambres fédérales est nécessaire pour ouvrir une action pénale à leur encontre en raison d'infractions en rapport avec leur activité ou situation officielle (levée de l'immunité). Dans la même hypothèse et exception faite des infractions en matière de circulation routière, les fonctionnaires ne peuvent être poursuivis que sur autorisation du Département fédéral de justice et police.

25. L'autorisation des Chambres fédérales est soumise à leur appréciation souveraine; à l'inverse, le Département fédéral ne peut refuser l'autorisation si les conditions de la poursuite pénale paraissent réalisées, que dans les cas de peu de gravité. Sa décision négative peut être portée devant le Tribunal fédéral par le lésé ou l'accusateur public du canton dans lequel l'infraction a été commise. Au niveau cantonal, les lois pertinentes établissent un système semblable à celui exposé ci-dessus.

26. De l'article 4 Cst. le Tribunal fédéral a tiré l'interdiction du déni de justice formel, du retard injustifié à statuer et du formalisme excessif. Ces trois garanties permettent d'assurer que l'autorité compétente statuera sur les droits de la personne qui s'adresse à elle, conformément à l'article 2, alinéa 3, lit. b du Pacte. Commet un déni de justice formel l'autorité qui refuse expressément ou qui omet tacitement de statuer alors qu'elle y est tenue ^{ATF 107 Ib 164.} Commet un retard injustifié à statuer l'autorité qui ne prend pas la décision qu'il lui incombe de prendre dans le délai prescrit par la loi ou dans un délai que la nature et l'importance de l'affaire ainsi que toutes les autres circonstances font apparaître comme raisonnable ^{ATF 108 la 169.} Il y a enfin violation de l'article 4 Cst. lorsque, appelée à statuer, l'autorité commet un excès de formalisme que ne justifie aucun intérêt digne de protection et qui complique inutilement l'application du droit matériel ^{ATF 108 la 290.} Dans de pareils cas, la juridiction de recours enjoindra à l'autorité intimée de rendre sa décision sans tarder. Afin de préserver la pluralité des instances, elle ne statue cependant pas à la place de l'autorité compétente.

27. C'est une des responsabilités de l'exécutif de veiller à la correcte application du droit et des

décisions et jugements passés en force, au besoin par le recours à des mesures de contrainte.

Article 3

1. Aspects constitutionnels et législatifs

28. L'article 4, alinéa 2, de la Constitution fédérale a la teneur suivante :

"L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale."

29. Cette disposition, acceptée par le peuple et les cantons le 14 juin 1981, contient trois éléments : elle contient d'abord un droit fondamental (1ère phrase); en second lieu, elle confie un mandat au législateur de pourvoir à l'égalité (2ème phrase) et enfin elle garantit le droit à l'égalité des salaires, comme droit fondamental spécial (dernière phrase).

30. Le principe (art. 4, al. 2, 1ère phrase) a un triple caractère : c'est d'abord une règle impérative, qui s'impose à toutes les autorités étatiques. En même temps, il s'agit d'un droit fondamental d'application directe qui peut être invoqué en justice aussi bien par les hommes que par les femmes.

31. L'article 4, alinéa 1er, 1ère phrase, interdit toute différenciation en fonction du sexe. Cette interdiction ne souffre que deux types d'exceptions. Il y a tout d'abord les exceptions qui découlent d'autres dispositions constitutionnelles : il ne subsiste aujourd'hui plus que les articles 18 et 22 bis Cst., en vertu desquels les femmes restent soustraites à l'obligation de service militaire Conformément à l'ordonnance sur le Service féminin de l'armée, du 3 juillet 1985 (RS 513.71), les femmes ont la possibilité de servir dans l'armée sur une base volontaire. Les modalités de ce service ne sont pas les mêmes que celles qui sont applicables aux hommes. En 1970, 101 soldates ont été formées, en 1980 leur nombre est passé à 326, alors que de 1990 à 1992, elles ont été respectivement 95, 63 et 64. et de protection civile. D'autre part, une différence de traitement peut se justifier et même s'imposer lorsqu'une différence biologique exclut absolument un traitement égal. Ainsi, une protection de la grossesse et de la maternité peut justifier une différence de traitement.

32. Le mandat législatif (art. 4, al. 2, 2ème phrase) : L'égalité de droit mais aussi l'égalité des chances entre les sexes doivent être réalisées au premier chef par le législateur, qui reçoit sur ce point un mandat constitutionnel explicite, notamment dans les trois domaines cruciaux de la famille, de l'instruction et du travail. A tous les niveaux, fédéral, cantonal et communal, les normes doivent être élaborées de manière à garantir la parité de droit et à promouvoir l'égalité de fait entre hommes et femmes.

33. L'article 4, alinéa 2, 2ème phrase, permet au législateur de prendre des mesures en faveur des femmes en vue d'éliminer les discriminations de fait dont celles-ci sont victimes dans la société (mesures positives). Ces mesures dérogent à l'interdiction de discriminer de l'article 4, alinéa 2, 1ère phrase; elles devraient néanmoins être admises au regard de l'article 4, alinéa 2, 2ème phrase, pour autant qu'elles soient conformes au principe de proportionnalité (adéquation, nécessité, subsidiarité, pesée des intérêts avec d'autres intérêts publics touchés) et qu'elles reposent sur une base légale suffisante.

34. Le mandat législatif impliqué par cette disposition se réalise peu à peu. Suite à une intervention ("motion") parlementaire, le Conseil fédéral a publié en 1986 un rapport sur le programme législatif "Egalité des droits entre hommes et femmes". Celui-ci établit, dans le but de les supprimer ou de les modifier, un catalogue des normes ne correspondant pas au principe de l'égalité entre hommes et femmes. Si aujourd'hui, nombre de réformes ont déjà été menées à terme, d'autres sont encore en

cours ou attendent d'être entreprises.

35. En ce qui concerne les inégalités d'ores et déjà éliminées, il convient de mentionner en premier lieu les droits de vote et d'éligibilité, accordés aux femmes sur le plan fédéral par votation du 7 février 1971, après plusieurs tentatives infructueuses. Si dans certains cantons les femmes jouissaient déjà de ce droit auparavant (à Neuchâtel et dans le canton de Vaud dès 1959; dès 1960 à Genève; à partir de 1966 à Bâle-ville et de 1969 au Tessin; dès 1970 en Valais, Bâle-campagne, Lucerne et Zurich), d'autres ont tardé à le leur accorder. Ce n'est du reste que suite à un arrêt du Tribunal fédéral du 27 novembre 1990, fondé sur l'article 4 alinéa 2 Cst., que le demi-canton d'Appenzell Rhodes-intérieures a été le dernier à reconnaître à ses citoyennes le droit de voter et d'être élues sur le plan cantonal et communal.

36. Le droit du mariage a également fait l'objet d'une révision, en vigueur depuis le 1er janvier 1988. Le nouveau droit a notamment contribué à supprimer le rôle prépondérant de l'homme dans la famille au profit d'un partenariat des époux sur la base d'une égalité de droits et de devoirs. Il a en outre revalorisé les tâches d'éducation, de garde des enfants ainsi que le travail au foyer par rapport aux activités professionnelles. Les droits successoraux du conjoint survivant ont été renforcés et le régime matrimonial ordinaire (celui de la participation aux acquêts) respecte l'égalité des époux. Enfin, la femme peut désormais, si elle le désire, conserver son nom de famille après le mariage. Elle le fera alors suivre de celui de son mari qui reste le patronyme des enfants ^{Sur le nouveau droit du mariage voir également infra, ad article 23 du Pacte..}

37. Notons que la partie du Code civil relative à la conclusion du mariage, au divorce, à l'état civil, à la filiation, à la dette alimentaire et à la tutelle est actuellement en cours de révision.

38. En matière d'acquisition et de perte de la nationalité suisse, la loi a également subi des modifications dans le sens d'une égalité entre hommes et femmes. La nouvelle législation, en vigueur depuis le 1er janvier 1992, pose les mêmes conditions pour les deux sexes en matière d'acquisition de la nationalité. Alors que la femme devenait auparavant suisse du fait de son mariage avec un ressortissant, les conjoints étrangers d'un Suisse ou d'une Suissesse sont désormais, sans égard à leur sexe, mis au bénéfice de la naturalisation facilitée. Quant à la Suissesse épousant un étranger, elle ne perd plus de ce fait la nationalité suisse (comme c'était le cas auparavant à moins d'une déclaration expresse de sa part) ^{Sur la réforme du droit de la nationalité voir également infra, ad article 23 du Pacte..}

39. La loi sur le séjour et l'établissement des étrangers a aussi subi quelques modifications : dès le 1er janvier 1992, les conjoint(e)s étranger(ère)s de ressortissants ont le même droit à l'octroi et à la prolongation d'autorisations de séjour. L'égalité des sexes est également respectée en matière d'autorisations d'établissement.

40. La législation est en révision dans le domaine des assurances sociales et du droit du travail, tandis qu'un projet de loi relatif à une assurance maternité est en voie d'élaboration. Ces domaines seront traités dans le rapport initial de la Suisse relatif au Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels.

41. Egalité des salaires (art. 4, al. 2, 3ème phrase) : Vu son importance, elle fait l'objet d'une disposition particulière. Le droit à l'égalité des salaires est à la fois un droit fondamental et une règle impérative de droit civil. Contrairement aux autres droits individuels qui ne sont opposables qu'aux autorités étatiques, il peut être invoqué en justice également dans les rapports entre particuliers. Comme règle impérative de droit civil, il s'incorpore aux dispositions du statut des fonctionnaires et du droit du contrat du travail. Son champ d'application est général; il s'étend à la fonction publique ATF 106 lb 190; 109 lb 88. comme aux rapports de droit privé. Il implique que les employés féminins et les employés masculins reçoivent le même salaire pour un travail égal ou de valeur égale. Il ne s'agit pas seulement des salaires proprement dits, mais aussi des allocations familiales et autres prestations

liées au travail. Le droit à l'égalité de rémunération couvre aussi des activités distinctes mais de valeur égale ATF 117 la 262; 117 la 270, ZBI 90/1989, p. 203 et ZBI 84/1983, p. 277. La question est controversée de savoir si l'égalité s'apprécie à l'intérieur d'une seule et même entreprise ou si elle vaut pour l'ensemble de la branche économique concernée, en particulier lorsque les salaires sont régis par une convention collective de travail.

42. Malgré le fait que l'introduction de l'article 4, alinéa 2, Cst. date de 1981 et que l'égalité en matière salariale soit un principe directement applicable, sa réalisation dans la pratique est encore loin d'être complète, spécialement en ce qui concerne les entreprises du secteur privé. L'on constate en outre que les femmes sont majoritaires dans les emplois les moins rémunérés. Selon certaines sources, les femmes gagneraient aujourd'hui encore en moyenne entre 20 et 40 % de moins que les hommes pour un travail de valeur égale Chiffres avancés par l'hebdomadaire "Domaine Public", No 1121, du 25 mars 1993. Il convient de souligner que ces chiffres, de par leur globalité, ne permettent guère de se faire une image exacte de la situation des différences salariales entre les sexes et de conclure à l'existence d'une discrimination. Seules des statistiques portant sur des groupes de population comparables (qualification, durée du travail, expérience professionnelle, âge, branche économique, domaine d'activités) seraient réellement concluantes. Or une étude intégrant un maximum de ces paramètres n'existe à ce jour que pour le canton de Genève. Voir Krummenacher, I: "Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern, Auswertungen von Daten aus dem Kanton Genf", in Volkswirtschaft 4/93, p. 38ss (annexé). Voir également infra, ad 2. Mesures pratiques et données chiffrées..

43. Il existe encore d'autres facteurs d'inégalités liées au travail; c'est notamment le cas des systèmes d'allocations familiales et de prévoyance professionnelle qui, conçus pour des personnes travaillant à plein temps, pénalisent les personnes (en majorité des femmes), exerçant leur activité à temps partiel. Enfin, ce sont presque exclusivement les femmes qui risquent de se voir confrontées au harcèlement sexuel sur le lieu de travail Selon une enquête menée dans le Canton de Genève, 59 % des femmes interrogées admettent avoir été confrontées à ce problème au cours des deux dernières années. Cette proportion est nettement supérieure dans le cas des femmes dont le statut professionnel est précaire (faible formation, bas salaire, étrangères avec permis de séjour de courte durée ou saisonnier, travailleuses clandestines). . Conscient de l'ampleur et de l'importance de la tâche qui reste à accomplir en matière d'égalité des sexes dans le travail, le Conseil fédéral a présenté, le 24 février 1993, un message concernant une loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes. Si ce projet vise principalement à faciliter le respect du droit à un salaire égal, garanti par la dernière phrase de l'article 4 alinéa 2 Cst., il a plus généralement pour objet l'égalité des sexes dans le domaine du travail.

44. Les principales innovations de la future loi sont :

L'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe dans l'emploi;

Un allègement de la preuve : lorsqu'une discrimination est rendue vraisemblable par une travailleuse, c'est alors à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas discrimination;

Un droit d'action et de recours des syndicats et des organisations ayant pour but l'égalité des sexes;

Un renforcement de la protection contre le harcèlement sexuel (voir infra);

La possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en cas de congés de rétorsion;

L'obligation pour les cantons, compétents en la matière, de prévoir une procédure de conciliation.

45. Des aides financières sont également prévues dans le projet, afin de promouvoir la mise sur pied de programmes d'action (dans le domaine de la formation professionnelle par exemple) par des organisations publiques ou privées en faveur de l'égalité entre femmes et hommes. Actuellement discutée par le Parlement, la loi (si elle est acceptée) entrera peut être en vigueur en 1995. La lutte contre le harcèlement sexuel mérite une place à part dans l'action que l'Etat se doit d'entreprendre pour promouvoir l'égalité des sexes en matière de travail. En effet, il s'agit peut-être là de la forme la plus grave de discrimination à raison du sexe sur le lieu de travail. Les femmes y sont d'autant plus exposées que leurs conditions d'emploi sont précaires et qu'elles n'ont donc que peu de possibilités de se défendre sans risquer de rétorsions. C'est la raison pour laquelle le projet de loi entend rendre responsable non seulement l'auteur de tels agissements (celui-ci l'est déjà pénalement, sur la base des articles 187ss du Code pénal) mais aussi l'employeur lorsque, au vu des circonstances, il appert qu'il n'a pas pris les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour prévenir le harcèlement sexuel ou y mettre fin.

46. De nouvelles mesures seront évidemment nécessaires dans d'autres domaines, tels ceux de la politique sociale, familiale ou de la formation. De telles actions n'incombent pas seulement à la Confédération mais aussi aux cantons et aux partenaires sociaux eux-mêmes.

2. Mesures pratiques et données chiffrées La plupart des chiffres reproduits ci-dessous figurent dans le message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 février 1993 (annexé). Voir également l'enquête de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail sur les salaires et traitements versés en octobre 1991 ainsi que "Vers l'égalité ?, aperçu statistique de la situation des femmes et des hommes en Suisse", Office fédéral de la statistique, Berne, 1993, (annexé).

a) Bureaux de l'égalité

47. Aux fins de promouvoir l'égalité entre hommes et femmes, des "bureaux de l'égalité entre femmes et hommes" ont été créés. Il en existe à ce jour un au niveau fédéral, ainsi que dans 12 cantons et 4 communes. Dans un futur proche, ces chiffres devraient encore augmenter. A titre d'exemple, les activités du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes peuvent être résumées comme il suit : Le Bureau est chargé de la promotion de l'égalité entre les sexes dans tous les domaines de la vie en société. Il s'engage en faveur de l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et prépare les décisions et mesures visant à promouvoir et assurer l'égalité. Il travaille en collaboration avec les organismes cantonaux, communaux ou non-gouvernementaux actifs dans le domaine. Il conseille les autorités comme les individus, prépare et soutient des actions de promotion de l'égalité entre les sexes. Il est enfin chargé d'informer l'opinion publique en matière d'égalité, de faire des rapports périodiques sur son activité, sur la réalisation du programme législatif sur l'égalité entre femmes et hommes ainsi que sur la situation réelle et les progrès réalisés. Dans ce contexte il collabore à la préparation des rapports que la Suisse présente aux organes de supervision des conventions en matière de droits de l'homme. A l'heure actuelle, le Bureau fédéral de l'égalité, qui dépend du Département fédéral de l'Intérieur, occupe cinq collaboratrices, dont quatre à temps partiel.

b) Représentation des femmes dans la vie politique et dans le service public

48. En ce qui concerne l'engagement des femmes dans la vie politique, l'on peut donner les chiffres suivants : en mai 1993, 19,3 % des parlementaires cantonaux étaient des femmes. Neuf exécutifs cantonaux comptaient au moins une femme dans leurs rangs, la composition des 17 autres étant exclusivement masculine. Suite aux élections de 1991, 35 femmes (soit 17,5 %) siègent au Conseil national alors qu'au Conseil des Etats, leur nombre est de 4 (soit 8,7 %). Depuis le 1er avril 1993 et pour la seconde fois de son histoire, le Conseil fédéral suisse compte une femme dans ses rangs. Le Tribunal fédéral compte 3 femmes parmi les juges, 1 femme parmi les juges suppléants et aucune parmi les juges suppléants extraordinaires. Enfin, il n'y a guère qu'une seule femme parmi les 18

juges du Tribunal fédéral des assurances.

49. L'on signalera encore que le Conseil fédéral a édicté le 18 décembre 1991 des directives concernant la promotion de la représentation féminine dans l'administration fédérale. Aux termes de ces directives, lors de la mise au concours d'un poste de travail et à qualification égale, préférence doit être donnée aux femmes aussi longtemps que celles-ci seront sous-représentées dans l'administration. Certains cantons ont promulgué des normes analogues. Un tableau des effectifs de l'administration fédérale par classe de rémunération, secteurs de l'administration et sexe figure en annexe.

c) Formation professionnelle

50. Le nombre de femmes représentées dans les écoles supérieures décroît à mesure que s'élève le niveau de la formation : ainsi, si presque autant de jeunes filles que de garçons obtiennent un certificat de maturité, seules trois chaires d'enseignement universitaire sur près de 100 sont occupées par des femmes.

51. Pour le semestre d'hiver 1989/1990, 37,7 % des étudiants des hautes écoles suisses étaient de sexe féminin. Pour l'heure, l'Université de Genève, avec 52,3 % d'étudiantes, est la seule à majorité féminine. Sur le plan national, 17,9 % des étudiantes ont choisi d'étudier les langues et la littérature, 16,6 % les sciences sociales ou le sport, alors que 11,9 % étudient le droit et 11,2 % la médecine. C'est dans le domaine des sciences exactes, à l'exception de l'architecture et des sciences de la terre, que les femmes sont le plus nettement sous-représentées.

52. Selon les chiffres avancés par l'Office fédéral de la statistique, le nombre de femmes ayant bénéficié d'une formation professionnelle a augmenté de 3 % durant ces dix dernières années. Pour l'année scolaire 1991/1992, les femmes représentaient 41,6 % des effectifs des écoles professionnelles contre seulement 38,9 % en 1980/1981. Dans le même laps de temps, les statistiques permettent d'observer une lente mais constante progression du nombre de femmes exerçant des professions réputées "masculines". Ainsi, dans l'industrie et l'artisanat elles représentent le 9,1 % de la main-d'oeuvre contre 6,6 % dix ans plus tôt; 23,9 % contre 19,3 % en ce qui concerne les professions techniques, 17 % contre 9,7 % dans les professions juridiques et liées au maintien de l'ordre public. La progression la plus spectaculaire peut être observée dans le secteur des transports où les femmes sont passées de 32,7 % à 47,7 % de l'ensemble des travailleurs de la branche.

d) Rémunérations

53. Une enquête sur les salaires et les traitements menée en 1990 montre qu'en Suisse, comme dans d'autres pays, les femmes sont en général nettement moins rétribuées que les hommes et qu'il subsiste un écart de salaire d'environ 30 % Enquête d'octobre 1990 sur les salaires et traitements, in *Vie économique* 9/91, p. 32ss. . Ainsi en 1990 et sur l'ensemble des travailleurs, un homme gagnait en moyenne 4 620 francs par mois, contre 3 319 francs pour une femme. Le salaire horaire d'un ouvrier qualifié était de 24,50 francs, celui d'une ouvrière qualifiée de 16,75 francs. Dans la catégorie des employés, un homme gagnait en moyenne 5 484 francs par mois, une femme 3 781 francs. L'on constate d'autre part que ces disparités augmentent avec le niveau de formation. Ainsi, la comparaison du salaire annuel des jeunes diplômés universitaires des deux sexes montre une différence d'environ 5 000 francs (respectivement 8 000 francs dans le cas des personnes mariées) en moyenne au détriment des femmes.

e) Participation des femmes à la vie professionnelle

54. Environ 55 % des femmes âgées de plus de 14 ans exercent une activité lucrative au moins une heure par semaine, pour les hommes le chiffre est de 80 %. Si les pourcentages sont comparables entre les deux sexes s'agissant des jeunes de 14 à 24 ans (67 % desquels ont une telle activité

lucrative), entre 25 et 49 ans seules 75 % des femmes contre presque 100 % des hommes sont professionnellement actifs; 56 % des femmes ayant des enfants de moins de 14 ans exercent une activité lucrative, le plus souvent à temps partiel.

f) Modalités d'emploi

55. Parmi les personnes exerçant une activité professionnelle à temps partiel, 84 % sont des femmes. De fait, le travail à plein temps n'est la règle qu'auprès des femmes jeunes sans enfants. Il existe à l'évidence un lien entre le temps de travail et la situation familiale. Les femmes ont dans leur majorité une activité lucrative à plein temps lorsqu'elles n'ont pas d'enfants de moins de 14 ans. L'exercice d'une activité à temps partiel est donc une spécificité du travail féminin, liée fortement à la présence d'enfants de moins de 14 ans. Or, si le travail à temps partiel peut être perçu comme une chance pour les femmes, dans la mesure où il leur permet de concilier l'exercice d'une activité lucrative avec une vie familiale, il est aussi un obstacle non négligeable à la réalisation d'une véritable égalité entre hommes et femmes. Par exemple, cette forme de travail a des répercussions négatives sur les prestations des assurances sociales et n'assure souvent pas un revenu suffisant pour permettre aux femmes de subvenir de manière autonome à leur existence; elle a enfin pour conséquence de perpétuer le partage traditionnel des rôles entre les sexes. Il convient de tenir compte de ces facteurs dans la mise en oeuvre d'une politique visant à l'égalité.

g) Situation professionnelle

56. Hommes et femmes n'occupent pas les mêmes emplois, qu'il s'agisse des professions exercées, de la branche ou de la position occupée dans la hiérarchie professionnelle. Ces différences laissent apparaître une certaine ségrégation sexuelle sur le marché du travail : le recensement de la population effectué en 1980 a révélé que sur les 541 professions répertoriées, près de la moitié sont occupées à raison de plus de 90 % par des hommes. Les professions occupées à plus de 90 % par des femmes ne représentent que le dixième du total.

57. Ainsi, les femmes prédominent nettement dans les professions de la santé, de l'éducation et des autres services, de la restauration et de la vente de détail. Elles sont en revanche fortement sous-représentées dans les professions de l'industrie, de l'artisanat, du bâtiment, des assurances et des banques. Dans certaines professions on ne trouve pratiquement aucun homme (opérateur de saisie, aide en pharmacie, infirmier diplômé, jardinier d'enfants, etc.). L'on constate que les professions dans lesquelles les femmes sont très représentées reflètent en général le rôle traditionnel qui leur est attribué dans la société et sont souvent moins prestigieuses et moins rémunérées que les professions typiquement masculines.

58. En ce qui concerne la hiérarchie de la position professionnelle, l'on constate qu'un tiers environ des indépendants ou des salariés occupant des fonctions de cadre sont de sexe féminin. A l'échelon des membres de direction, les femmes ne représentent plus qu'un cinquième du total. La proportion de femmes chefs d'entreprise ou directrices générales est de 1,5 %, alors qu'elles occupent 17 % des postes de cadres supérieurs Studie "Schweizer Kadergehälter 1992", voir Schweizer Handels Zeitung du 3 septembre 1992, No 36..

Article 4

Alinéa 1er

59. La Constitution fédérale de 1874 contient des dispositions applicables aux situations d'urgence ou de crise.

60. Aux termes de l'article 89 bis Cst., les arrêtés fédéraux de portée générale dont l'entrée en

vigueur ne souffre aucun retard, peuvent être mis en vigueur immédiatement par une décision prise à la majorité de tous les membres de chacune des deux Chambres du Parlement fédéral. Leur durée d'application doit être limitée. Lorsque la votation populaire est demandée par 50 000 citoyens actifs ou par huit cantons, les arrêtés fédéraux mis en vigueur d'urgence perdent leur validité un an après leur adoption par l'Assemblée fédérale s'ils ne sont pas approuvés par le peuple dans ce délai. Les arrêtés fédéraux qui dérogent à la Constitution doivent être ratifiés par le peuple et les cantons dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée fédérale; à ce défaut, ils perdent leur validité à l'expiration de ce délai et ne peuvent être renouvelés. Ces procédures dites d'urgence ne concernent que les actes de portée générale et non des décisions concrètes dans des cas particuliers. Elle peuvent toutefois être pertinentes s'agissant de décisions d'espèces, dans la mesure où ces dernières requièrent en principe une base légale.

61. Fondés sur la "clause générale de police" figurant à l'article 102 chiffre 10 Cst., l'exécutif fédéral peut également prendre des mesures afin de prévenir tout danger sérieux menaçant directement l'exercice légal du pouvoir public, voire la vie, la santé ou la propriété des citoyens ^{ATF 60 I 121.}

Pareille compétence découle aussi de l'article 102 chiffre 9 Cst. en cas de mise en danger sérieuse, provenant de l'étranger, de la sécurité ou de l'indépendance du pays. Le gouvernement fédéral peut faire usage de cette compétence par des décisions d'espèce ou des dispositions normatives. Cette compétence ne permet toutefois en principe pas de déroger à la Constitution ou aux lois en vigueur. Ainsi, la clause générale de police ne permet que de compléter les lois en vigueur, pas d'y déroger. Toute atteinte aux droits fondamentaux doit de plus respecter le principe de la proportionnalité.

62. Aux dispositions constitutionnelles susmentionnées et qui sont applicables en cas d'urgence mais ne permettent pas de déroger aux droits fondamentaux au sens de l'article 4 du Pacte, s'ajoute la notion de droit de nécessité. Le droit de nécessité est le droit qui s'applique lorsque l'existence même de l'Etat est menacée et que les procédures constitutionnelles (y compris celles qui sont décrites aux chiffres précédents) ne sont plus à même d'écarter le danger. La doctrine reconnaît très largement que, dans de pareils cas, les plus hauts organes politiques de l'Etat ont à la fois le pouvoir et le devoir de prendre les mesures qui s'imposent, l'existence de l'Etat ne pouvant être sacrifiée, en de pareilles circonstances, au respect de la Constitution. En présence de telles situations qui mettent en péril dans leur existence les individus et l'Etat, il est ainsi admis que les autorités compétentes sont investies du pouvoir de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour sauvegarder l'existence et l'indépendance du pays. C'est à l'Assemblée fédérale qu'incombe en premier lieu cette compétence. Lorsque l'Assemblée fédérale instaure le droit de nécessité, les droits populaires (référendum) sont suspendus. Cette compétence appartient en second lieu au Conseil fédéral. Il est également envisageable que le Parlement délègue son pouvoir au Conseil fédéral. Une telle délégation de pouvoirs s'est produite à deux reprises dans l'histoire du pays : lors des deux guerres mondiales de 1914/1918 et 1939/1945. Cela n'a plus été le cas depuis lors. La compétence d'instituer le droit de nécessité appartient au Conseil fédéral lorsque le Parlement n'est plus en mesure de prendre valablement des décisions et ne peut donc faire usage de son pouvoir de décision ou de délégation en matière de droit de nécessité. A ce jour, un tel cas de figure ne s'est jamais produit.

63. Le droit de nécessité, tel que décrit ci-dessus, obéit aux principes directeurs suivants :

Son instauration présuppose un véritable état de nécessité. Ce qui peut s'exprimer juridiquement par le principe de la proportionnalité. Il s'ensuit notamment que les mesures qui ne sont pas exigées par l'état de nécessité doivent être adoptées selon la procédure constitutionnelle ordinaire.

L'exercice de la compétence en matière de droit de nécessité doit être soumis au contrôle politique de l'Assemblée fédérale qui doit pouvoir décider périodiquement du maintien des décisions prises. C'est en tout cas ainsi que l'on a procédé lors des deux guerres mondiales. Ce n'est que dans le cas où même une partie du Parlement ne pourrait être réunie à cette fin, qu'il faudrait renoncer à ce contrôle.

Alinéa 2

64. Les droits mentionnés à l'article 4 du présent Pacte (comme c'est également le cas de ceux que l'article 15, alinéa 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce) ne souffrent, en Suisse, aucune atteinte à leur contenu essentiel, même en cas de danger exceptionnel menaçant l'existence de la nation.

65. S'agissant en particulier du droit à la vie (article 6 du Pacte), l'on peut relever que le législateur suisse a récemment complètement aboli la peine de mort, laquelle sanctionnait encore dans le Code pénal militaire les crimes les plus graves commis en temps de guerre. La Suisse a récemment ratifié le deuxième protocole facultatif au présent Pacte, s'engageant ainsi au niveau international à ne plus réintroduire la peine de mort (voir aussi infra, ad article 6 du Pacte).

Article 5Alinéa 1er

66. Cette disposition est une clause interprétative, qui a son pendant à l'article 17 CEDH et qui prohibe l'abus dans l'exercice des droits reconnus par le Pacte, que ce soit par un particulier ou une autorité publique. Dans l'ordre juridique suisse, il s'agit, au delà des droits reconnus dans le Pacte ou la CEDH, d'un principe général énoncé à l'article 2 du Code civil; les tribunaux en tiennent compte lorsqu'ils ont à se prononcer sur des prétentions tendant à opposer des droits entre eux pour en empêcher la mise en oeuvre.

Alinéa 2

67. En Suisse, le silence d'un traité ne déploie aucun effet a contrario sur les dispositions expresses conventionnelles ou légales. Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la CEDH, que cette dernière n'a de portée autonome que lorsqu'elle protège un droit mieux que ne le fait l'ordre juridique interne. En pareil cas, la législation interne moins favorable ne peut lui être opposée. Ce principe vaut également pour le Pacte.

Article 6Alinéa 1er

68. Le droit à la vie est un droit suprême de la personne humaine. Il est garanti par la Constitution fédérale et par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la Suisse a ratifiée le 28 novembre 1974.

69. Le Titre premier du Livre deuxième du Code pénal suisse (annexé), réprime de la réclusion ou de l'emprisonnement (voire de l'amende) les diverses formes d'homicide ou de mise en danger de la vie d'autrui, suivant la gravité du fait. La loi réprime notamment l'assassinat (art. 112 CP), le meurtre (art. 111 CP), le meurtre sur demande de la victime (art. 114 CP), l'incitation et l'assistance au suicide (art. 115 CP) et l'infanticide (art. 116 CP).

70. Les dispositions susmentionnées sont d'application générale, les membres des forces de police et autres fonctionnaires y sont donc également soumis. Quant aux militaires en service, aux fonctionnaires et employés de la Confédération et des cantons dans la mesure où leurs actes intéressent la défense nationale, leurs infractions relèvent du droit et de la justice militaires, mais restent justiciables des tribunaux civils pour les crimes et délits non prévus par le Code pénal militaire Voir le document de base formant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29). Comme

c'est le cas dans tout ordre juridique, les règles sur l'état de nécessité, la légitime défense et le devoir de fonction (art. 32 à 34 CP) lèvent, à certaines conditions, l'illicéité d'une atteinte au droit à la vie. L'article 2, alinéa second, de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit du reste aussi des cas où la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article. Il faut toutefois que soit en jeu la vie ou l'intégrité d'une personne; des atteintes, mêmes graves, à des biens matériels ne sauraient justifier la mise à mort de leur auteur sur la base des articles 32 à 34 CP.

71. Les victimes d'atteintes illégales au droit à la vie disposent des voies de recours ordinaires pour faire valoir leur droit à réparation ^{Sur ce point, voir le document de base formant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29).} Le cas échéant, elles bénéficieront de la récente loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions ^{Le contenu de cette loi est décrit dans le document de base formant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29).}

72. Chaque canton possède son propre corps de police, qu'il réglemente librement, dans le respect du droit fédéral et des normes internationales protégeant les droits fondamentaux de la personne. Dans ce souci et aux fins d'harmonisation, la Conférence des Commandants des polices cantonales a adopté en mars 1976 un "Règlement-type sur l'usage des armes à feu par la police". Ce texte autorise un recours aux armes proportionné aux circonstances et précédé d'une sommation (éventuellement d'un coup de semonce) dans les cas suivants :

La police ou un tiers est attaqué ou menacé d'une attaque imminente;

Une personne, ayant commis ou étant fortement soupçonnée d'avoir commis un crime ou un délit grave, tente de se soustraire par la fuite à l'arrestation ou à une détention en cours d'exécution;

La police peut ou doit déduire de renseignements communiqués, ou de ses propres constatations, qu'une personne faisant courir à autrui un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, tente de se soustraire par la fuite à l'arrestation ou à une détention en cours d'exécution;

Dans le but de libérer un otage;

Pour empêcher une atteinte criminelle grave et imminente à des installations servant à la collectivité et dont la destruction lui causerait un important préjudice.

73. Dans chacune de ces hypothèses, le fonctionnaire de police est tenu de porter secours à celui qu'il a blessé et d'aviser ses supérieurs immédiatement.

74. Le Règlement-type a été transposé dans les lois et ordonnances régissant les corps de police cantonaux et communaux de tous les cantons. Quant au Tribunal fédéral, il a jugé que "pour apprécier si et quand un policier peut, au moyen de son arme, porter atteinte à des biens juridiquement protégés, il faut se référer aux dispositions spéciales qui régissent habituellement la matière (règlements de service, ordonnances, lois sur la police)". Dans ce même arrêt du 13 décembre 1985, le Tribunal fédéral a estimé que si un policier peut invoquer, pour justifier son comportement, les règles cantonales régissant ses devoirs, il faut toutefois que son intervention apparaisse nécessaire et proportionnée aux circonstances. Et la Cour fédérale de conclure que l'intérêt à capturer un suspect en fuite, s'il n'est pas armé et ne paraît pas dangereux, ne saurait en règle générale justifier un usage d'arme à feu comportant un risque pour la vie ou l'intégrité corporelle du fuyard (ATF 111 IV 113).

75. Le Comité des droits de l'homme, dans ses Observations générales 6 (16) et 14 (23), a exprimé sa préoccupation devant la constatation que la guerre et les autres actes de violence collective

continuent à être un fléau pour l'humanité et à priver de leur vie des milliers d'êtres humains innocents chaque année. La Suisse partage cette préoccupation. C'est une des raisons pour lesquelles le Conseil fédéral a décidé, en 1988, d'intensifier le soutien apporté par la Suisse aux efforts de la communauté internationale en vue du règlement pacifique des différends. La Suisse met régulièrement des observateurs et du personnel sanitaire à la disposition de l'ONU.

76. La Suisse mène également une politique de coopération au développement dont l'un des volets fondamentaux est l'aide humanitaire. Celle-ci est destinée en priorité à soulager dans l'immédiat les manifestations les plus aiguës du sous-développement, ainsi que les souffrances causées par les conflits armés ou les catastrophes naturelles. Elle revêt diverses formes : contributions, en espèces ou en nature, à diverses organisations internationales à vocation humanitaire, tels le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, le Programme alimentaire mondial ou le Comité international de la Croix-Rouge, ainsi qu'à des oeuvres d'entraide; interventions du Corps suisse d'aide en cas de catastrophes, etc.

Alinéas 2 à 6

77. Proscrite par l'article 65 de la Constitution fédérale de 1874 pour les seuls crimes politiques, la peine de mort a été abolie, pour tout crime commis en temps de paix, par le Code pénal de 1937 entré en vigueur en 1942, tout en étant maintenue en temps de guerre par le Code pénal militaire de 1927. Dans les années 1970 et 1980, plusieurs tentatives ont échoué, qui visaient soit à abolir la peine de mort dans le droit pénal militaire, soit à la réintroduire dans le droit pénal ordinaire. Finalement, c'est le 1er septembre 1992 que la peine de mort a été totalement abolie en Suisse. Cette sanction ne peut plus être réintroduite par le biais du droit de nécessité, même en cas de danger de guerre imminent ou en temps de guerre. Cette conclusion s'impose notamment en vertu de l'article 2 du Protocole additionnel No 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur pour la Suisse le 1er novembre 1987. En décembre 1993, les Chambres fédérales ont approuvé la ratification du deuxième protocole facultatif au présent Pacte. L'instrument d'adhésion de la Suisse à ce protocole a été déposé le 16 juin 1994. Ce protocole est entré en vigueur pour la Suisse le 16 septembre 1994, depuis lors, l'abolition de la peine de mort est irrévocable.

Article 7

Principes généraux

78. Plusieurs droits de rang constitutionnel et traités internationaux fondent, en Suisse, la protection de l'individu contre la torture et les traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants. L'article 65, alinéa 2, de la Constitution fédérale interdit expressément les peines corporelles. Cet article prohibe de façon absolue les sanctions susceptibles d'affecter directement l'intégrité corporelle de l'individu^{ATF 99 1a 280.}

79. Le Tribunal fédéral reconnaît depuis 1963 le droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle. Il y voit la condition d'exercice de toutes les autres libertés de l'individu et donc un droit universel, inaliénable et imprescriptible. La liberté personnelle protège la personne dans son intégrité physique, mais aussi psychique^{Par exemple ATF 102 1a 279; 104 1a 480; 106 1a 277.} La jurisprudence fédérale considère ainsi comme inadmissible l'emploi de méthodes et mesures telles que la torture, qui ont pour effet l'anéantissement de la personnalité de l'individu, sont de nature à lui infliger des troubles psychiques graves ou sont de toute autre manière contraires à la dignité de l'être humain^{Voir le dernier arrêt cité à la note précédente.}

80. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Tout individu qui se prétend victime d'une violation de cette

disposition peut s'adresser aux organes juridictionnels prévus par la Convention.

81. La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est entrée en vigueur pour la Suisse le 1er février 1989. Ce traité institue un mécanisme de contrôle non judiciaire, à caractère préventif, fondé sur des visites du Comité européen pour la prévention de la torture dans tout lieu où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique (art. 2). Une telle visite a été effectuée en Suisse du 21 au 29 juillet 1991. Elle a donné lieu à un rapport du Comité européen pour la prévention de la torture (CPT), lequel a été rendu public par le Conseil fédéral ^{Le rapport du 7 février 1992 (document CPT/Inf.(93) 3) ainsi que la prise de position du Gouvernement suisse y relative du 14 décembre 1992 (document CPT/Inf.(93) 4), figurent en annexe.} II ressort notamment des conclusions du rapport que "la délégation du CPT n'a entendu aucune allégation de torture dans les établissements visités en Suisse et n'a pas recueilli d'autres constatations en ce sens" Rapport CPT, p. 62, No 144. Toutefois, s'agissant des Commissariats de police, le Comité a été amené à conclure que "le risque d'être maltraité pendant la garde à vue ne saurait être écarté" Ibid., p. 65, No 157. De façon plus générale, il a décelé un certain nombre de problèmes relatifs aux conditions de détention qui l'ont engagé à formuler des recommandations auxquelles les autorités compétentes ont le plus souvent donné suite ^{Voir la prise de position du Gouvernement suisse du 14 décembre 1992, annexée.}

82. En ratifiant en 1986 la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants la Suisse a étendu au niveau universel son engagement de respecter l'intégrité physique et psychique de la personne. A ce jour, elle a soumis deux rapports au Comité contre la torture, institué par cette convention (CAT/C/5/Add.17 et CAT/C/17/Add.12). Le présent rapport résume les points principaux de ces deux documents, auxquels il convient de se référer pour plus de détails.

83. Le législateur suisse n'a pas érigé en une infraction spécifique la torture en tant que telle. Le Tribunal fédéral n'a cependant pas manqué de souligner que l'interdiction de la torture et des autres traitements inhumains ou dégradants constitue un principe général du droit des gens qui doit être respecté par toute autorité en tant que jus cogens ^{ATF 108 Ib 408.} Pour le Conseil fédéral suisse, cette interdiction ne souffre aucune dérogation, la torture et les traitements inhumains ou dégradants constituant l'une des violations les plus graves des droits de l'homme ^{Message du Conseil fédéral du 30 octobre 1985 concernant la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Feuille fédérale (FF) 1985 III, p. 273.}

84. En ce qui concerne la répression des actes constitutifs de torture ^{L'expression "torture" ci-après s'entend également des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants.}, elle se fait par application des dispositions spéciales du Code pénal, lequel est applicable aux fonctionnaires et autres personnes agissant à titre officiel (art. 13 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, annexée). Sont notamment applicables les articles 111ss CP (homicide), 122ss CP (lésions corporelles), 127ss CP (mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui), 180ss CP (crimes et délits contre la liberté, telles la menace ou la contrainte), 187ss CP (infractions contre l'intégrité sexuelle), 312 CP (abus d'autorité). Comme pour tous les crimes et délits, la tentative, l'instigation et la complicité sont également punissables (art. 21 à 25 CP). En droit pénal militaire, lorsque l'exécution d'un ordre constitue un crime ou un délit, celui qui a donné l'ordre est punissable comme auteur; le subordonné l'est également s'il s'est rendu compte (ou aurait dû se rendre compte) qu'en donnant suite à l'ordre, il participait à la perpétration d'un crime ou d'un délit (art. 18 CPM). Rappelons que le Code pénal suisse et le Code pénal militaire ne connaissent ni peine de mort ni peines corporelles et que le Code pénal militaire contient des dispositions spéciales réprimant les violations du droit des gens en cas de conflit armé (article 108, 109, 112 et 114 CPM).

85. S'agissant de l'indemnisation des victimes d'actes de torture et des recours dont elles disposent, il

peut être utilement renvoyé au document de base constituant la première partie du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29). En ce qui concerne la responsabilité des fonctionnaires et agents de l'Etat, les commentaires consacrés *supra* à l'article 2, alinéa 3 du Pacte sont également pertinents ici. L'on ajoutera qu'il existe, tant au niveau fédéral que cantonal, des mesures de surveillance visant à prévenir d'éventuels actes de torture commis par des officiers publics à l'encontre de détenus. Il s'agit notamment d'un contrôle hiérarchique de l'instruction pénale (pouvoir de surveillance octroyé à une juridiction de second degré ou à une autre autorité), de l'indication aux particuliers des voies de recours qui s'offrent à eux, de la surveillance des institutions d'exécution des peines et des mesures par la voie de l'approbation obligatoire de leur règlement interne par l'exécutif, de la mise sur pied de plusieurs instances de surveillance (juge d'instruction, procureur, commission spéciale, direction de la police, etc.) ou encore de l'obligation de consigner les sanctions disciplinaires à l'encontre d'un détenu sur un registre officiel.

86. Consciente du fait que la lutte contre la torture est un devoir de la communauté internationale dans son ensemble, la Suisse mène une politique active en la matière. Elle s'engage ainsi, sur le plan bilatéral et multilatéral, en faveur d'une meilleure protection des personnes privées de liberté contre la torture et les traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants. Par exemple, la Suisse a pris l'initiative, avec le Costa Rica, du projet de protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la torture (E/CN.4/1991/66), lequel prévoit la mise en place d'un Comité international d'experts indépendants subordonné au Comité contre la torture (CAT), afin de visiter en tout temps tout lieu où des personnes sont détenues par une autorité publique.

87. Par ses contributions au Fonds des Nations Unies pour les victimes de la torture, sa très importante participation aux frais découlant des visites effectuées aux détenus par le Comité international de la Croix-Rouge et son soutien financier à diverses organisations non gouvernementales (Commission internationale de juristes, Comité suisse contre la torture, Organisation mondiale contre la torture, etc.), la Suisse soutient financièrement les programmes de protection contre la torture et d'aide aux victimes.

88. Elle intervient d'autre part de cas en cas sur le plan bilatéral, par la voie diplomatique, en faveur de personnes de toute nationalité dont l'intégrité corporelle ou psychique a été gravement violée et, plus généralement, en faveur de personnes dont d'autres droits fondamentaux, telles les libertés de mouvement, de conscience ou d'expression, sont indûment limités. A cet effet, le Département fédéral des affaires étrangères, par le réseau des représentations diplomatiques, entretient en Suisse et à l'étranger des contacts suivis avec des organisations de défense des droits de l'homme, sources précieuses de renseignements.

Aspects particuliers

Dispositions permettant de déclarer irrecevables en justice les aveux ou autres témoignages obtenus par la torture

89. Conformément à l'article 249 de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale fédérale, les codes cantonaux de procédure pénale consacrent le principe de la libre appréciation des preuves par le juge. Celui-ci a donc toute liberté pour décider, selon son intime conviction, de la validité des preuves qui lui sont soumises. Les modes de preuves ne font pas toujours l'objet de limitations dans les lois cantonales de procédure. Cependant, la jurisprudence du Tribunal fédéral considère comme absolument contraire à l'ordre public suisse le recours à (et en conséquence l'admissibilité de) certains modes de preuves qu'un Etat fondé sur le droit ne saurait en aucun cas tolérer. C'est notamment le cas de la contrainte et de la torture mais aussi de l'utilisation de procédés ou substances susceptibles d'annihiler la conscience comme le sérum de vérité, le détecteur de mensonges, la narco-analyse par exemple ATF 109 Ia 273.

90. L'on notera encore que certaines constitutions cantonales interdisent expressément aux organes

du procès pénal de recourir à la rigueur inutile ou à l'utilisation de moyens de contrainte visant à obtenir des aveux. Ces règles, qui ne font que concrétiser la notion de "liberté personnelle", n'ont pas de portée propre protégeant l'individu au-delà du droit fédéral.

Mise au secret

91. Dans le cadre de son rapport initial au Comité contre la torture (CAT), la Suisse a indiqué que la mise au secret, institution connue d'une minorité de cantons, fait l'objet de critiques doctrinales en relation avec l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants ^{Voir le document CAT/C/5/Add.17, p. 5 et 6, No 26ss.} Il s'agit d'une mesure d'isolement cellulaire tout a fait exceptionnelle limitant fortement les contacts du prévenu avec l'extérieur pour une période limitée, dans des cas particulièrement graves, si le but de l'instruction l'exige et qu'il ne peut être atteint autrement. Compte tenu de ces caractéristiques, cette institution n'a pas été considérée comme étant contraire à l'article 3 CEDH par les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ^{Voir notamment : Décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 12 juillet 1978 dans l'affaire Bonzi, in DR 12, p. 185ss; Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 16 décembre 1982 dans l'affaire Kröcher/Möller, in DR 34, p. 24ss..}

Extradition de personnes vers des pays où elles risquent d'être torturées

92. La Suisse a ratifié en 1966 la Convention européenne d'extradition. A cette occasion, le Conseil fédéral avait fait remarquer que l'extradition vers un pays qui prononce des peines corporelles n'est pas compatible avec l'ordre public suisse, notamment avec l'article 65 de la Constitution.

93. Ce principe a été repris dans la loi fédérale sur l'entraide judiciaire en matière pénale, en vigueur depuis 1983, qui dispose que l'extradition "ne sera pas accordée si l'Etat requérant ne donne pas la garantie que la personne poursuivie ne sera pas exécutée ou qu'elle ne sera pas soumise à un traitement portant atteinte à son intégrité corporelle". A côté de l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et en application des articles 3 CEDH et 3, alinéa deuxième, de la Convention sur l'extradition, qu'il considère comme des normes impératives de droit international public, le Tribunal fédéral refuse d'ordonner une extradition s'il y a des raisons d'admettre que l'intégrité corporelle ou psychique de la personne à extraditer est menacée dans l'Etat requérant ^{ATF 108 1b 408 et 109 1b 64.} S'il est vrai que des extraditions pouvant présenter de tels risques ont été effectuées, cela n'a été le cas que sur la base de l'engagement formel de l'Etat requérant de garantir le respect des droits de la personne. A ce jour, seul un pays n'a pas respecté un tel engagement. S'il devait présenter une nouvelle demande d'extradition, il y a lieu de penser que sa requête ne serait pas agréée.

Non-refoulement

94. La politique suisse en matière d'asile tient compte des principes applicables du droit international coutumier et conventionnel, notamment celui du "non-refoulement". La loi fédérale sur l'asile (du 5 octobre 1979) a fait l'objet d'une récente révision, entrée en vigueur le 22 juin 1990. Les modifications introduites précisent notamment les conditions n'autorisant pas l'exécution du renvoi d'un requérant d'asile dont la demande a été rejetée par les autorités fédérales compétentes. La récente modification législative établit une égalité de traitement entre tous les étrangers devant quitter la Suisse. Il y est spécifié qu'il ne sera procédé au renvoi

Des personnes qui ne peuvent être considérées comme des "réfugiés" au sens de la

Convention de
1951 relative à leur
statut;

Des réfugiés qui ne
peuvent plus faire
valoir des motifs de
non-refoulement au
sens de l'article 1er
de la Convention de
1951;

Des étrangers qui
doivent quitter la
Suisse;

que lorsque l'exécution de ce renvoi ne viole pas le principe du non-refoulement.

95. La pratique des autorités suisses en matière d'asile se veut en outre respectueuse des principes de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment de son article 3. Chaque demande d'asile fait l'objet d'un examen de la situation personnelle du requérant. Le renvoi dans le pays d'origine n'intervient que lorsqu'il n'a pu être établi que l'étranger encourt personnellement et concrètement un risque ^{Pour une description précise de la législation et de la pratique suisses en matière d'asile, voir les deux rapports de la Suisse au Comité contre la torture (CAT/C/5/Add.17 et CAT/C/17/Add.12).}

Expérimentation médicale

96. De manière générale, aucune intervention médicale ne peut être pratiquée sur un patient sans qu'il ait donné son consentement libre et éclairé, ce qui suppose qu'il ait été informé par le praticien quant à la nature et aux conséquences de l'intervention et qu'il y ait donné son accord préalable. C'est là une conséquence déduite directement de la liberté personnelle ^{ATF 114 Ia 350}. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral admet certaines restrictions à ce principe, qui doivent alors reposer sur une base légale suffisante et ne pas aller au-delà de ce qu'exige l'intérêt public. C'est ainsi que le législateur peut autoriser une intervention médicale sur le corps humain, contre le gré du patient, dans des cas exceptionnels où un intérêt public clairement établi l'impose (lutte contre les épidémies, besoins de procédures civiles ou pénales particulières). Ce principe est applicable a fortiori en matière d'expérimentation médicale sur l'homme. Il convient de mentionner ici les "Directives d'éthique médicale concernant la recherche expérimentale sur l'homme" ainsi que les "Directives pour l'organisation et l'activité des commissions d'éthique médicale chargées de l'examen des projets de recherche expérimentale sur l'homme" (annexées), élaborées par l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM), qui prescrivent qu'en la matière la règle est le consentement écrit du sujet. Si ce dernier est incapable de discernement, il faut en outre obtenir le consentement :

Du tuteur ou curateur;

D'un membre de la famille la plus proche, lorsque le sujet n'a pas de représentant légal désigné et que l'on peut admettre qu'il approuve cette démarche.

Enfin, les personnes soumises à une restriction de leur liberté par décision d'une autorité doivent avoir la possibilité de consulter un conseiller légal. Elles doivent dans tous les cas donner leur consentement par écrit. Ce consentement ne peut en aucun cas être lié à un quelconque avantage.

97. L'Académie suisse des sciences médicales est une fondation de droit privé. Elle a acquis, par la

qualité de ses travaux, une autorité morale incontestée et ses Directives sont considérées en Suisse comme une "soft law", certes dépourvue de force normative mais dont le Tribunal fédéral s'inspire en reconnaissant qu'elles correspondent au niveau actuel de la science et répondent aux exigences constitutionnelles.

98. Dans tous les cas, le consentement du sujet est limité par les règles de droit civil protégeant la personnalité contre des engagements excessifs (article 27 du Code civil) et par les principes du droit pénal selon lesquels le consentement du sujet ne peut justifier une atteinte à sa vie ni en principe une lésion corporelle grave.

Mutilations sexuelles

99. Les mutilations sexuelles de type rituel, telle l'excision du clitoris, constituent en droit pénal suisse une lésion corporelle grave poursuivie d'office. En outre, de telles pratiques sont considérées comme des traitements inhumains. Par conséquent, si une étrangère expulsée de Suisse peut faire valoir qu'elle encourt un risque réel et concret de subir pareil traitement, l'autorité renoncera à son renvoi vers le pays concerné (Voir supra par. 92ss).

Enseignement des droits de l'homme à l'attention des responsables de l'application des lois

100. L'enseignement des droits de l'homme, y compris l'interdiction de la torture, fait partie intégrante de la formation du personnel pénitentiaire, des agents de la police et du personnel de l'armée. Les personnes engagées dans un établissement d'exécution des peines et des mesures suivent un enseignement de base et des cours de formation continue au Centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire. La Convention européenne des droits de l'homme, les libertés fondamentales et le droit constitutionnel y sont étudiés.

101. La plupart des corps de police envoient leurs agents suivre les cours qu'organise l'Institut suisse de police, à Neuchâtel. Là aussi, la CEDH figure au programme des cours de perfectionnement. Chaque soldat suisse reçoit un manuel et des cours d'instruction sur les Conventions de Genève. Les instructeurs suivent en outre, dans le cadre de leur formation, des cours de droit international public.

102. Sur le plan européen, la Suisse a participé à l'élaboration des "Règles pénitentiaires européennes" (Recommandation (87) 3, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 12 février 1987), qui sont le pendant de l'Ensemble des règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a jugé qu'il y a lieu de s'inspirer des principes énoncés dans les recommandations du Conseil de l'Europe sur le traitement des détenus lors de l'interprétation et de la concrétisation de la liberté personnelle et qu'il ne faut pas y déroger sans motifs importants. Voir par exemple ATF 111 Ia 341. Cette recommandation a été traduite en allemand et distribuée dans les cantons. Deux autres publications du Conseil de l'Europe, l'une à l'usage "des personnes responsables de la politique de formation du personnel de police, des instructeurs et fonctionnaires de police" et l'autre destinée aux chefs d'établissements pénitentiaires, servent de guides dans l'élaboration des programmes d'enseignement.

Article 8

103. Le droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle et l'article 4 CEDH protègent l'individu contre toute forme d'esclavage ou de servitude. Sur le plan pénal, c'est principalement les dispositions réprimant la contrainte (art. 181 CP) ou la séquestration et l'enlèvement (art. 183 CP) qui trouveront, le cas échéant, application. Les Codes civil et des obligations protègent l'individu contre les engagements excessifs (art. 27 CCS, art. 20 et 21 CO).

104. En outre, la Suisse est partie à la Convention relative à l'esclavage, du 25 septembre 1926, telle qu'amendée par un protocole du 7 décembre 1953, ainsi qu'à la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956. L'on mentionnera encore les Conventions de l'OIT No 29 et No 105, auxquelles la Suisse est également partie et qui concernent des questions liées à l'abolition de l'esclavage et du travail forcé.

105. La question de l'objection de conscience et du service militaire, telle que réservée à l'article 8, alinéa 3 lit. c) du Pacte, est traitée en détail infra dans le chapitre consacré à l'article 18 du Pacte. Relevons que le Tribunal fédéral a eu récemment l'occasion de juger que, pas plus que le service militaire, le service dans la protection civile n'est un travail forcé ou obligatoire au sens de l'article 4 CEDH ATF 118 Ia 341.

106. Conformément aux articles 37ss du Code pénal, les détenus condamnés à des peines de réclusion ou d'emprisonnement sont astreints au travail qui leur est assigné. On leur confiera autant que possible des travaux répondant à leurs aptitudes et leur permettant, une fois remis en liberté, de subvenir à leur entretien. Le régime des arrêts diffère quelque peu dans la mesure où le condamné a la faculté de se procurer lui-même une occupation appropriée. Dans ces cas, l'astreinte au travail répond à des objectifs de réinsertion sociale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la liberté personnelle, une personne se trouvant en détention préventive ne peut en revanche se voir imposer l'obligation de travailler ATF 97 I 51. Enfin, la libération conditionnelle peut s'accompagner de règles de conduite à l'adresse du détenu, notamment quant à son activité professionnelle. De l'avis du Gouvernement suisse, cette réglementation est compatible avec l'article 8, alinéa 3 lit. c) du Pacte.

107. Enfin, le citoyen peut être astreint, sous menace de sanctions, à effectuer un service en cas de force majeure ou de catastrophe menaçant la collectivité nationale, cantonale ou locale. Les obligations de caractère civique entraînent parfois de pareilles charges (obligation de siéger en tant que juré; service de milice dans le corps de service du feu) Arrêt du Tribunal fédéral du 10 octobre 1986, in ZBI 88/1987, p. 306..

108. Le problème de la traite des femmes et des mineurs à des fins de prostitution ne manque pas d'inquiéter les autorités suisses. Le Code pénal, récemment révisé sur ce point, réprime spécifiquement la traite d'êtres humains de la réclusion ou de l'emprisonnement (art. 196 CP). Il en va de même du fait de pousser une personne à la prostitution en profitant d'un rapport de dépendance, dans le but de tirer un avantage patrimonial ou lorsqu'il s'agit d'un(e) mineur(e) (art. 195 CP).

109. L'application de ces dispositions n'apporte cependant pas de solution à tous les problèmes qui peuvent se poser en pratique. C'est notamment le cas de l'obtention abusive de permis de séjour à durée limitée au titre d'artiste pour des entraîneuses et hôtesse de boîtes de nuit ("gogo-girls"). L'article 13 lit. c) chiffre 3) de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre d'étrangers Cette ordonnance ainsi que la législation relative au statut des étrangers est décrite infra, ad article 12 du Pacte. permet en effet de délivrer en dehors des contingents de main-d'oeuvre étrangère des permis de séjour d'une durée maximale de huit mois par année civile aux étrangers désirant exercer une activité lucrative en qualité de "danseurs de cabaret se produisant dans un spectacle à caractère musical et artistique". Par voie de Directives, l'Office fédéral des étrangers a précisé aux polices cantonales des étrangers que cette disposition ne concernait que les artistes qui présentent sur scène un programme artistique et non les personnes engagées uniquement pour divertir la clientèle (entraîneuses, hôtesse de boîtes de nuit, "gogo-girls" etc.). Afin d'assurer au mieux la protection des artistes, l'Office fédéral des étrangers a posé dans ses Directives les règles suivantes :

110. Toute demande présentée par un employeur doit être accompagnée de deux exemplaires du contrat de travail signé par les parties. Pour éviter des abus, celui-ci doit obligatoirement respecter

les clauses du contrat-type de l'Association suisse des cafés-concerts, cabarets, dancings et discothèques (ASCO), approuvé par l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail ^{Une} copie de ce contrat type se trouve dans les annexes au présent rapport. Il incombe à l'agence de placement et à la direction de l'établissement de veiller à ce que l'artiste pour qui le contrat ne serait pas rédigé dans sa langue maternelle ait pris connaissance des clauses de l'accord et les ait comprises. Le contrat doit notamment mentionner les points suivants :

La nature exacte de l'activité (par exemple : genre de spectacle, nombre de passages sur scène, etc.);

Le temps de travail et les congés;

Le salaire brut convenu, avec le détail de toutes les retenues exigibles (impôts, cotisations sociales, taxes de placement à verser à l'agence de placement ainsi que toute autre retenue sur le salaire);

Les frais de voyage;

Les dispositions prises en matière de logement ^{Ce contrat type vise à assurer que l'artiste étranger(ère) ne soit pas attiré(e) en Suisse par la perspective d'un salaire alléchant duquel il ne percevrait qu'une faible partie après déduction des frais de logement, voyage, nourriture, etc., ce qui peut entraîner une situation poussant à la prostitution.}

Enfin, les autorités cantonales doivent s'assurer, par des contrôles, que les clauses du contrat sont respectées, que le personnel de ces établissements possède les autorisations nécessaires et que l'activité exercée correspond à celle mentionnée dans le contrat de travail.

111. Il s'agit d'un domaine délicat, dans lequel il n'existe guère de solution miracle. Les autorités fédérales et cantonales compétentes se réservent donc la possibilité de prendre des mesures supplémentaires si cela s'avère nécessaire; le cas échéant, une modification du droit en vigueur pourrait être envisagée.

112. Par ailleurs, des instructions ont aussi été données aux représentations suisses à l'étranger, afin que l'artiste soumis à l'obligation du visa se présente personnellement pour recevoir son visa auprès de la représentation suisse compétente à raison de son domicile légal.

113. Le Gouvernement suisse cherche également à lutter contre le "tourisme sexuel" vers les pays en voie de développement et, dans une moindre mesure, d'Europe centrale et orientale. Un groupe de travail sur le trafic des femmes, le tourisme sexuel et la prostitution, placé sous la direction du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes et réunissant des représentantes des Offices concernés ainsi que des expertes d'organisations privées, mène dans ce domaine une vaste campagne d'information. Ainsi, une brochure traitant des causes et conséquences du tourisme sexuel et destinée aux touristes au départ de la Suisse, a été réalisée en 1991. Le Conseil fédéral a été chargé par le Parlement d'étudier une modification du Code pénal devant permettre de poursuivre pénalement des personnes résidant en Suisse et ayant commis des actes sexuels avec des enfants ou pratiqué la traite des enfants, cela même si ces délits ne sont pas punissables dans les pays où ils ont été commis.

114. Bien que les autorités suisses ne connaissent pas sur leur territoire de cas d'enfants victimes de trafics à des fins de transplantations d'organes, elles observent l'évolution dans ce domaine avec attention, en Suisse et dans le monde. La ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, fournira à la Suisse un instrument supplémentaire dans la lutte contre la pratique du prélèvement d'organes sur des enfants.

Article 9

Alinéa 1er

Généralités

115. Il est peut-être utile de rappeler d'emblée qu'aux termes de l'article 64 bis, alinéa 2, de la Constitution fédérale, les cantons sont compétents en matière d'organisation judiciaire ainsi que de procédure civile, pénale et administrative. L'article 343 du Code pénal ne fait que reconnaître cette compétence constitutionnelle des autorités cantonales de poursuivre et juger "conformément aux dispositions de procédure des lois cantonales, les infractions prévues par le présent Code". Chacun des 26 cantons connaît donc sa propre législation en matière de procédure pénale et en ce qui concerne la police. La jurisprudence constitutionnelle fédérale relative aux libertés fondamentales établit toutefois des principes et en impose le respect aux cantons. Malgré le nombre important de procédures pénales, civiles et administratives distinctes, le présent rapport tentera de donner un aperçu succinct des solutions adoptées par les cantons dans les domaines d'application du Pacte.

116. La liberté et la sécurité de l'individu sont garanties, dans l'ordre juridique suisse, par le droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle, dont le texte de la Constitution fédérale de 1874 ne protège expressément que certains aspects, en interdisant la détention pour dettes (art. 59 al. 3), la condamnation à mort pour cause de délit politique (art. 65 al. 1), de même que les peines corporelles (art. 65 al. 2). Selon la jurisprudence, la liberté personnelle fait partie du droit constitutionnel non écrit de la Confédération, parce qu'elle constitue la condition de l'exercice de toutes les autres libertés et qu'elle est donc un élément indispensable de l'ordre public suisse ^{Par exemple ATF 89 I 98.} La possibilité d'apprécier une situation donnée et de se déterminer en conséquence étant également une condition à l'exercice de nombreux droits constitutionnels, l'intégrité psychique de l'être humain est elle aussi protégée par la liberté personnelle ^{ATF 90 I 36.} Il s'agit d'un droit fondamental de la personne humaine, imprescriptible et inaliénable, duquel sont titulaires tant les personnes physiques suisses qu'étrangères. Il ne peut faire l'objet de restrictions que pour des motifs prévus par la législation (voir infra) et dans le respect des procédures applicables. Les mineurs capables de discernement ainsi que les interdits peuvent, de manière indépendante, invoquer leur liberté personnelle par la voie du recours de droit public ^{ATF 65 I 268.}

117. Dans la mesure où elle concerne la garantie de la liberté et de la sécurité de la personne ainsi que l'interdiction de toute arrestation arbitraire (liberté de mouvement), la garantie de la liberté personnelle est complétée par l'article 5 CEDH.

Types de détention

118. L'article 5 ch. 1 CEDH énumère exhaustivement les cas dans lesquels un individu peut se voir priver de liberté. La CEDH faisant partie intégrante de l'ordre juridique suisse, le Tribunal fédéral fait application de cette énumération ainsi que de la jurisprudence des organes de la Convention lorsqu'il concrétise le contenu du droit constitutionnel non écrit ^{ATF 108 la 67; 105 la 29.} Comme l'article 9 du Pacte, l'article 5 CEDH est applicable à toutes les formes de détention, quels que soient leurs motifs. Ceci vaut également pour les arrêts disciplinaires fondés sur le Code pénal militaire ^{FF 1977 I 1138ss. Affaire Eggs c. Suisse, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 mars 1978, DR 15, p. 35.} Certaines lois cantonales de procédure pénale prévoient en outre une détention de courte durée comme sanction du refus de témoigner lors d'un procès (arrêts coercitifs). Cette réglementation est en principe conforme à l'article 5 CEDH, cependant, une loi cantonale prévoyant de façon systématique de tels arrêts dans toute affaire pénale et pour tout témoin récalcitrant n'est, dans cette forme générale, pas conforme à la liberté personnelle ^{ATF 98 la 424.}

119. Il a été jugé qu'une arrestation par la police (ou rétention policière) d'une durée de quatre à six heures aux fins d'identification constitue certes une restriction à la liberté personnelle mais non une privation de liberté au sens de l'article 5 CEDH ATF 107 la 140. Il en va de même du fait d'emmener une personne au poste de police pour un contrôle d'identité ou une fouille. Par contre, une détention en cellule pendant quatre heures constitue une telle privation de liberté ATF 113 la 178.

120. La loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale RS 351.1. prévoit que tout étranger peut être arrêté aux fins d'extradition, soit en vertu d'une demande émanant d'un bureau central national d'Interpol ou du ministère de la justice d'un autre Etat, soit en vertu d'un signalement international dans un fichier de recherche (art. 44 de la loi). Le mandat d'arrêt est décerné par l'Office fédéral de la police. Celui-ci peut renoncer à l'arrestation, notamment s'il apparaît que la personne poursuivie ne se soustraira pas à l'extradition et n'entravera pas l'instruction ou si un alibi peut être fourni sans délai (art. 47). L'Office fédéral peut également substituer d'autres mesures à l'arrestation si la personne poursuivie ne peut subir l'incarcération ou si d'autres motifs le justifient (art. 47, al. 2). La durée d'une telle arrestation est limitée à 18 jours (40 jours si des raisons particulières le justifient). La détention est maintenue pendant la procédure d'extradition lorsque les pièces déposées à l'appui de la demande ne font pas apparaître celle-ci comme manifestement inadmissible (art. 51 de la loi). Enfin, la personne poursuivie peut demander en tout temps sa mise en liberté (art. 50).

121. Le Code civil suisse, dans son chapitre VI (De la privation de liberté à des fins d'assistance) prévoit qu'une "personne majeure ou interdite peut être placée ou retenue dans un établissement approprié lorsque, en raison de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle ne peut lui être fournie d'une autre manière".

122. Un tel placement dans des établissements appropriés, qu'il appartient aux cantons d'établir, requiert cependant une expertise psychiatrique préalable (sauf urgence et uniquement dans les cas de maladie psychique, cf. art. 397e, ch. 5, CCS), de laquelle la nécessité de la mesure doit ressortir clairement ATF 106 la 33. Pareille expertise doit être renouvelée lors de chaque décision prolongeant l'internement Arrêt du Tribunal cantonal vaudois, in JdT 1987 III 115..

123. La législation en matière de séjour et d'établissement des étrangers ainsi que celle relative à l'asile prévoient deux formes de privation de liberté : la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (article 14 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, ci-après LSEE) et l'internement (art. 14 d LSEE, voir toutefois ci-dessous, par. 125).

124. Une détention peut être prononcée si le renvoi ou l'expulsion d'un étranger est exécutoire et s'il y a de fortes présomptions que celui-ci entend se soustraire au renvoi. Cette mesure est prise par les autorités cantonales de police des étrangers pour une durée maximale de 48 heures. Elle ne peut être prolongée que sur ordre d'une autorité judiciaire. Dans tous les cas, elle ne saurait dépasser 30 jours.

125. L'internement, qui était une mesure applicable lorsque le renvoi ou l'expulsion n'est ni possible, ni raisonnablement exigible (art. 14a LSEE) et que l'étranger compromet gravement la sûreté du pays, d'un canton ou met gravement en danger l'ordre public par sa présence, est aboli à compter du 1er février 1995. En effet, les législations en matière de police des étrangers et d'asile ont récemment fait l'objet d'une procédure de révision portant notamment sur les questions de privation de liberté. Ainsi, une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de police des étrangers a été approuvée en votation populaire le 4 décembre 1994 et est entrée en vigueur le 1er février 1995. Le contenu et la portée de cette nouvelle loi seront indiqués à l'occasion de la présentation orale du présent rapport.

Alinéa 2

126. La majorité des lois cantonales de procédure prévoient que la personne arrêtée se voit présenter lors de son interpellation un mandat d'arrêt écrit indiquant les faits qui lui sont reprochés ainsi que les raisons de son arrestation (art. 46 PPF; art. 108 CPP uranais; art. 27 CPP schwyzois; art. 62 CPP obwaldien; art. 59 CPP nidwaldien; art. 11 CPP fribourgeois; art. 43 CPP soleurois; art. 55 CPP de Bâle-ville; art. 29 CPP de Bâle-campagne; art. 153ss CPP de Schaffhouse; art. 99 CPP d'Appenzell Rhodes-extérieures; art. 93 CPP St. Gallois; art. 83 CPP grison; art. 69 CPP argovien; art. 117 CPP thurgovien; art. 35 CPP tessinois; art. 67 CPP valaisan et art. 36 CPP genevois). Le cas de flagrant délit, impliquant que le mandat soit établi postérieurement, doit être réservé. D'autres cantons prévoient l'information du détenu lors de son premier interrogatoire, tel est le cas à Zurich, Lucerne, Glaris, Zoug, Appenzell Rhodes-intérieures et Neuchâtel. D'autres enfin prescrivent la notification écrite de l'infraction reprochée lors de l'arrestation puis l'indication des circonstances motivant l'arrestation lors du premier interrogatoire (Berne, Vaud et Jura).

127. Le Conseil fédéral, dans sa prise de position relative au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), n'a pas manqué de souligner que :

"toute personne arrêtée par la police a le droit, découlant en particulier de la liberté personnelle garantie par la Constitution fédérale et de l'article 8 CEDH, d'informer sans délai ses proches, ou des tiers en tenant lieu, de son arrestation. La personne arrêtée devrait être immédiatement informée de son droit. Les exceptions à ce principe devraient être clairement déterminées et les décisions exceptionnelles motivées. Lorsqu'il n'y a pas de danger de collusion, la personne placée en garde à vue a généralement la faculté de prendre contact elle-même avec un proche, voire avec un tiers" "Prise de position du Conseil fédéral suisse relative au rapport du CPT, établi suite à sa visite effectuée en Suisse du 21 au 29 juillet 1991", annexé, p. 10.

128. Il n'existe cependant pas, en général, de dispositions expresses de droit cantonal habilitant la personne appréhendée dans les conditions ci-dessus évoquées à informer un proche ou un tiers de son arrestation ou à prendre contact avec un avocat. Le droit d'accès à un avocat n'est en principe garanti qu'après la première audition du détenu par le juge ^{Soit entre 24 et 48 heures après l'arrestation.} Cet accès est alors libre, sauf restrictions justifiées par les besoins de l'enquête et spécifiquement prévues par le droit cantonal. Quant au droit à l'information des proches, il n'est lui aussi expressément réglementé qu'à compter de la mise en détention provisoire, c'est alors en principe le magistrat instructeur qui a le devoir d'informer les proches du détenu ^{Par exemple art. 115 CPP bernois; art. 63 CPP zurichois et art. 128 CPP vaudois.}

129. Si, malgré le défaut de dispositions expresses en ce sens, la pratique veut que le détenu ait un droit d'informer immédiatement ses proches, le Conseil fédéral a cependant estimé, dans sa prise de position susmentionnée, qu'il serait paradoxal d'autoriser l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue, pour les premiers interrogatoires de police, alors que les procédures cantonales l'excluent par la suite jusqu'au terme de la première audition par un juge. Selon le Conseil fédéral, cette exclusion est conforme à la Constitution et à la jurisprudence des organes de la CEDH ^{"Prise de position du Conseil fédéral suisse relative au rapport du CPT, établi suite à sa visite effectuée en Suisse du 21 au 29 juillet 1991", annexé, p. 10 et 11, No 40.}

Alinéa 3

130. La détention préventive ne peut, de façon générale, être ordonnée que s'il existe de forts soupçons que le prévenu a commis un acte punissable et s'il y a des dangers de fuite ou de collusion ATF 102 la 304. Certains cantons admettent aussi le motif de détention fondé sur le danger de réitération; lors de l'examen des motifs permettant de penser que le détenu va commettre de

nouveaux délits, il faut alors poser des exigences très sévères, car le motif de détention fondé sur le danger de récidive comporte des risques d'abus ATF 105 Ia 30.

131. La jurisprudence du Tribunal fédéral est relativement stricte en ce qui concerne la détention préventive motivée par un risque de fuite. Elle a notamment posé les principes suivants :

La gravité de la sanction encourue peut certes constituer un indice du risque de fuite, elle ne peut cependant constituer la seule motivation de la détention. Celle-ci doit se fonder sur les circonstances concrètes du cas d'espèce, en particulier la conduite du prévenu et sa situation matérielle (personnalité; liens dans le pays et à l'étranger; situation professionnelle, etc.) ATF 117 Ia 70, 108 Ia 67, Haefliger, A. : "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz", Berne, Stämpfli, 1993, p. 90.,

Pour prévenir le risque de fuite, il faut en premier lieu avoir recours à des mesures moins graves que la détention, telle l'obligation de se présenter aux autorités à intervalles réguliers ATF 117 Ia 70.,

La possibilité d'une libération sous caution exprime le principe de la proportionnalité. Le montant de la caution ne doit pas être prohibitif, il convient de tenir compte des moyens financiers du prévenu et de ses proches ^{105 Ia 187.},

La caution doit garantir la comparution, elle ne doit pas revêtir un caractère de sanction accessoire RSDIE 1982, p. 170.

Ces principes sont en général repris par les lois cantonales. L'on peut, à titre d'exemple, se référer aux articles 53ss de la loi fédérale de procédure pénale du 15 juin 1934 (PPF), qui traitent de la mise en liberté sous caution.

132. Conformément à l'article 5, alinéa 3 CEDH, les Codes cantonaux de procédure pénale prévoient que la personne arrêtée doit être entendue par l'autorité compétente Par quoi il faut entendre un "magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires" au sens de l'article 5, alinéa 3 CEDH, c'est-à-dire un magistrat impartial et indépendant, statuant selon une procédure judiciaire. Haefliger, A.: op.cit., p. 93. RSDIE 1990, p. 199; 1989, p. 273. Ainsi, l'audition par un fonctionnaire de police ne suffit-elle pas : ATF 102 Ia 385. dans un délai qui varie entre 24 et 48 heures à compter de l'arrestation (l'article 47 PPF prévoit que l'audition a lieu "au plus tard le premier jour ouvrable qui suit celui où il [le détenu] est amené"). La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que ce droit à être présenté sans délai à l'autorité ne vaut que lors de l'arrestation et non lors d'une décision de prolongation de la détention préventive Arrêt du Tribunal fédéral du 30 janvier 1990, in RSDIE 1990, p. 197.. L'autorité compétente doit avoir le pouvoir de libérer le détenu, le cas échéant sous caution, ou de le maintenir en détention par une décision motivée. L'intéressé peut demander sa mise en liberté au magistrat saisi de l'affaire, avec une possibilité de recours (voir par exemple les articles 47ss PPF et infra par. 135).

133. Tout détenu placé en détention préventive a, aux termes de l'article 5 CEDH comme de l'article 9 du présent Pacte, un droit à être jugé dans un délai raisonnable ou à être libéré. Il est parfois difficile en pratique de juger du caractère raisonnable de la durée de la détention préventive. Les lois de procédure pénale prescrivent en général la libération du détenu "dès que la détention ne se justifie plus" (voir, par exemple, l'article 50 PPF). Il convient de mettre en balance l'intérêt du détenu à recouvrer la liberté et l'intérêt public à l'efficacité de la procédure. Les circonstances particulières à chaque espèce jouent ici un rôle prépondérant. Pour décider si la détention préventive a dépassé une durée raisonnable l'on tiendra compte de la difficulté de l'enquête, de la manière dont l'instruction a été menée ainsi que de l'attitude du prévenu ATF 107 Ia 256.. Ces critères peuvent amener à considérer comme raisonnables des détentions relativement longues. Ainsi, dans deux affaires déjà anciennes

concernant la Suisse, la Commission européenne des droits de l'homme, eu égard à la complexité des espèces, au nombre de recours intentés par les intéressés (pas moins de 17 dans l'un des cas) et à la diligence des autorités d'instruction, n'a pas considéré comme excessives des détentions de respectivement 34 et 30 mois *Affaire Bonnechaux c. Suisse*, rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 5 décembre 1979, DR 18, p. 100; *Affaire Schertenleib*, rapport du 11 décembre 1980, DR 23, p. 137.. Très récemment, la Cour européenne des droits de l'homme est arrivée à la même conclusion s'agissant d'une détention d'une durée de quatre ans et trois jours dans une affaire d'infractions économiques extrêmement complexes. S'agissant de la conduite de cette procédure tout a fait exceptionnelle, la Cour a notamment rappelé que :

"la célérité particulière à laquelle un accusé détenu a droit dans l'examen de son cas ne doit pas nuire aux efforts des magistrats pour accomplir leur tâche avec le soin voulu. Or, la Cour ne discerne aucune période pendant laquelle les enquêteurs n'aient pas procédé aux recherches avec la promptitude nécessaire, ni aucun ralentissement dû à un éventuel manque d'effectifs ou d'équipements. En conséquence, la longueur de la détention incriminée se révèle imputable, pour l'essentiel, à l'exceptionnelle complexité de l'affaire et au comportement du requérant. Celui-ci n'avait certes pas l'obligation de coopérer avec les autorités, mais il doit supporter les conséquences que son attitude a pu entraîner dans la marche de l'instruction" *Cour Eur. D.H., affaire W c. Suisse*, arrêt du 26 janvier 1993, Série A 254. Cette détention était valablement motivée par le risque de collusion et le danger de fuite..

134. Le Tribunal fédéral applique un dernier critère à l'examen de la durée d'une détention préventive : selon sa jurisprudence et quand bien même aucun reproche de lenteur ne pourrait être formulé à l'encontre des autorités d'instruction, une détention d'une durée proche de la peine vraisemblablement encourue par le prévenu ne peut être considérée comme raisonnable ^{ATF 107 Ia 256; 116 Ia 147.}

Alinéa 4

135. En matière pénale, la possibilité de recourir contre une détention ou arrestation est prévue dans l'ensemble des procédures cantonales. La majorité des cantons ouvrent un recours direct devant un tribunal *Berne* (art. 128); *Lucerne* (art. 81); *Uri* (art. 117); *Schwyz* (art. 28); *Obwald* (art. 62 et 70); *Nidwald* (art. 163ss); *Glaris* (art. 57); *Zoug* (art. 80); *Fribourg* (art. 29); *Soleure* (art. 206); *Bâle-ville* (art. 73ss); *Schaffhouse* (art. 159 et 161); *Appenzell Rhodes-extérieures* (art. 108); *Appenzell Rhodes-intérieures* (art. 58); *Grisons* (art. 138); *Argovie* (art. 76); *Tessin* (art. 226ss); *Vaud* (art. 295); *Valais* (art. 72 et 166ss); *Neuchâtel* (art. 233); *Genève* (art. 156ss); *Jura* (art. 129). Voir aussi l'article 52 PPF. Certains connaissent cependant un système en vertu duquel le détenu doit d'abord en appeler à l'autorité ayant ordonné la mesure puis, en cas de décision négative, recourir au tribunal (*Bâle-campagne*; *St. Gall* et *Thurgovie*). Enfin, certains cantons de même que la Confédération (art. 47, al. 1 PPF) ont institué un juge spécialement chargé de tels recours ("Hafrichter"). Ces recours sont également ouverts contre toute décision prolongeant la détention préventive ^{ATF 105 Ia 41.} ainsi qu'en cas de réincarcération après une mise en liberté. Mentionnons enfin que la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale prévoit un recours à la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral contre toute arrestation en vue d'extradition, dans les 10 jours suivant l'arrestation.

136. En matière civile, les privations de liberté aux fins d'assistance, au sens du Code civil, doivent être exécutées dans le respect des règles suivantes (art. 397a à 397f CCS) :

La personne en cause ou un proche peut en appeler par écrit au juge, dans les 10 jours suivant la communication de la décision d'internement (ou de prolongement de celui-ci) par les autorités compétentes (en principe les autorités tutélaires). Elle doit être informée

des motifs de la décision et de son droit d'en appeler au juge. Cette information doit être réitérée lors de l'entrée dans l'établissement ou du rejet d'une demande de libération;

La demande de décision judiciaire doit être transmise immédiatement au juge compétent, lequel statue selon une procédure cantonale qui doit être simple, rapide et comprendre l'audition de la personne en première instance ^{Cette audience n'a cependant pas à être publique : ATF 114 la 182.}

Au besoin, le juge accorde à la personne en cause une assistance juridique.

En outre, la libération doit intervenir, indépendamment de toute requête, dès que l'état de la personne concernée le permet (art. 397a CCS) ^{A titre d'exemple des législations cantonales en matière de privation de liberté à des fins d'assistance, voir Weber, P. C. : "La loi genevoise sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, du 7 décembre 1979".}

137. En matière de police des étrangers et d'asile et selon la législation cantonale, un recours est ouvert contre la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. En dernière instance, c'est le Tribunal fédéral, saisi lorsque les conditions d'un recours de droit administratif sont remplies, qui se prononce. En matière d'internement, le recours de droit administratif doit être déposé auprès du Tribunal fédéral.

138. Aux termes de l'article 9, alinéa 4, du Pacte, le tribunal saisi d'un recours contre une détention ou d'une demande de mise en liberté doit statuer sans délai. La Cour européenne des droits de l'homme, et à sa suite le Tribunal fédéral, considèrent que, suivant les circonstances de l'espèce et dans des cas peu complexes, des délais de 46, 41, 30, voire 15 jours ne respectent pas cette exigence ^{Cour Eur. D.H., affaire Sanchez-Reisse c. Suisse, arrêt du 21 octobre 1986, Série A 107. ATF 114 la 88; 117 la 375. Haefliger, A. op. cit., p. 109.}

Alinéa 5

139. L'individu victime d'une arrestation illégale a droit, en vertu de l'article 5 CEDH, à une réparation. Tel n'est en revanche pas le cas de celui qui, soupçonné d'avoir commis un délit grave puis innocenté au terme de l'instruction, a été légalement placé en détention préventive (par exemple en raison d'un risque de fuite) ^{ATF 105 la 131.} Cependant, la quasi-totalité des cantons prévoient une forme de dédommagement dans ces cas également ^{ATF 110 la 142.} Voir par exemple l'article 67 du CPP ^{vaudois.}, ce qui place le droit suisse en conformité avec l'article 9, alinéa 5, du Pacte, même si les garanties de cette disposition doivent être interprétées comme allant au-delà de celles de l'article 5 CEDH. L'article 15 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale prévoit une indemnisation selon le droit cantonal ou fédéral pour toute détention injustifiée prononcée au cours d'une procédure menée en Suisse conformément à cette loi ou à l'étranger sur demande d'une autorité suisse.

140. Pour prétendre à une réparation couvrant le dommage matériel (perte de gain, frais de procédure) ainsi que le tort moral, il faut avoir subi une atteinte d'une certaine importance, ce qui sera pratiquement toujours le cas en matière de détention illégale ou injustifiée. Le Tribunal fédéral a cependant jugé qu'une détention ayant duré quatre heures ne donnait pas droit à la compensation d'un dommage matériel non démontré ^{ATF 113 la 182.} En l'espèce une indemnité pour tort moral a en revanche été octroyée.

141. A l'instar d'autres pays, la jurisprudence suisse permet d'exclure toute indemnisation lorsque la victime a fautivement provoqué son arrestation ou son maintien en détention ^{Par exemple en taisant un}

alibi qui aurait permis sa mise en liberté immédiate. Sur la notion de comportement fautif supprimant le droit à l'indemnisation, voir l'ATF 112 Ib 446.

. Notons que le fait de refuser de répondre aux questions des enquêteurs n'est en général pas considéré comme un comportement fautif.

Article 10

Alinéas 1er et 3

Généralités

142. En vertu du système fédéraliste de la Suisse, la mise en oeuvre de l'exécution des peines et des mesures privatives de liberté est du ressort des cantons. Cela signifie que chacun des 26 cantons a sa propre autorité d'exécution, en ce qui concerne les privations de liberté fondées tant sur la loi civile que pénale. Les autres motifs de privation de liberté décrits supra, ad article 9 du Pacte (détention préventive ou internement des étrangers), ne sont pas explicitement traités ici. Ils sont cependant soumis au régime commun décrit dans le présent chapitre.. Les paragraphes qui suivent tenteront de décrire les différents régimes de privation de liberté et de donner une image de la manière dont est assuré un traitement humain et digne aux personnes privées de liberté. Ils se réfèrent aux exigences des alinéas 1er et 3 de l'article 10 du Pacte.

La privation de liberté fondée sur le Code pénal

143. La Suisse ne dispose que depuis 1942 d'un droit pénal unifié pour l'ensemble du pays. Bien que la procédure et l'exécution des peines soient en premier lieu du ressort des cantons, le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 et les ordonnances qui s'y rattachent contiennent aussi des dispositions-cadre touchant l'exécution des peines, en particulier sur les objectifs et les tâches de l'exécution, les diverses sanctions, les divers types d'établissements, ainsi que sur les modalités essentielles de l'exécution. La Confédération exerce en outre un droit de haute surveillance sur l'exécution des peines, en vertu duquel elle examine d'office les dispositions cantonales et peut intervenir lorsque, par une application incorrecte du droit fédéral, d'importants intérêts publics sont notablement lésés ou menacés (art. 392 CP). Cette surveillance s'ajoute au droit des détenus de recourir au Tribunal fédéral contre une décision cantonale de dernière instance. Enfin, la Confédération exerce une influence directe sur l'exécution des peines par l'octroi de subventions, que ce soit en matière de construction ou de rénovation d'établissements d'exécution des peines pour adultes ou de maisons d'éducation pour mineurs, en matière d'exploitation de ces maisons pour mineurs ou de projets pilotes menés dans ce domaine.

144. Le Code pénal suisse connaît trois formes de peines privatives de liberté : les arrêts, l'emprisonnement et la réclusion (Titre troisième, chap. 1er, art. 35ss CP). Les arrêts vont d'un jour au moins à trois mois au plus, l'emprisonnement de trois jours à trois ans en principe et la réclusion d'un an à vingt ans; dans certains cas la réclusion peut cependant être prononcée à vie. Le juge peut assortir du sursis les peines ne dépassant pas 18 mois.

145. L'exécution d'une peine de réclusion ne diffère en rien, dans la pratique, de celle d'une peine d'emprisonnement. En revanche, les arrêts ne peuvent être exécutés avec d'autres peines ou mesures privatives de liberté. Le condamné aux arrêts a en outre le privilège de pouvoir se procurer lui-même un travail. Cf. supra, ad article 8 du Pacte..

146. A certaines conditions, le juge peut dans le jugement décider de suspendre l'exécution de la peine et ordonner en lieu et place une mesure de durée indéterminée. Le Code pénal suisse, s'agissant

des délinquants adultes, connaît en effet les mesures suivantes : le traitement des délinquants anormaux, des alcooliques et des toxicomanes ainsi que l'internement des délinquants d'habitude (Titre troisième, chap. 1er, art. 42ss CP) et l'éducation au travail pour les jeunes adultes (de 18 à 25 ans; Titre cinquième, art. 100 bis ss)

147. Les mesures concernant les délinquants anormaux, alcooliques et toxicomanes (art. 43 et 44 CP) sont, pour simplifier, toujours prononcées lorsqu'une expertise médicale fait apparaître que le condamné a, d'une part, besoin d'un traitement et, d'autre part, est apte à recevoir ce traitement. Les conditions suivantes doivent en outre être réunies : l'infraction doit avoir un rapport direct ou indirect avec l'anormalité et l'alcoolisme ou la toxicomanie de l'auteur doivent être d'une certaine gravité.

148. L'autorité compétente examine d'office si et quand la libération conditionnelle ou à l'essai de la mesure doit être ordonnée. Elle se doit aussi d'examiner au moins une fois l'an si un délinquant doit être libéré d'un établissement pour délinquants anormaux, pour alcooliques ou pour toxicomanes au sens des articles 43 et 44 CP (art. 45, chap. 1er CCS). Dans tous les cas, les mesures doivent être levées dès l'instant où leur cause a disparu. Le juge décide alors si et dans quelle mesure la peine prononcée à l'origine doit encore être exécutée, ce qui en pratique se produit plutôt rarement. Les mesures sont en général exécutées dans des établissements pour alcooliques ou pour toxicomanes, voire dans des cliniques psychiatriques, c'est-à-dire des institutions publiques ou privées servant en premier lieu au traitement de non-délinquants. Exceptionnellement, ces mesures peuvent aussi être exécutées dans un établissement pénitentiaire et, dans certains cas particuliers, le juge peut même ordonner un traitement ambulatoire, lequel suspend ou non l'exécution de la peine.

149. L'internement des délinquants d'habitude, tel que prévu par l'article 42 CP, est avant tout une mesure de sûreté. Sauf exception, sa durée s'élève au moins aux deux tiers de la peine prononcée, mais en tout cas à trois ans. Ces délais passés et si un pronostic favorable peut être émis, la mesure peut être levée. En cas de réintégration, le nouvel internement durera en règle générale au moins cinq ans. La mesure est en général exécutée dans un établissement pour récidivistes.

150. Les délinquants de 18 à 25 ans peuvent bénéficier d'une mesure particulière, l'éducation au travail (art. 100ss CP). Cette mesure dure un an au minimum et quatre au maximum. Elle frappe de jeunes adultes qui, quoi que perturbés dans le développement de leur personnalité, sont susceptibles d'être rééduqués. La mesure est exécutée exclusivement dans une maison d'éducation au travail séparée des autres établissements d'exécution des peines et mesures. Parallèlement à la formation professionnelle, on s'efforce de développer globalement la personnalité des jeunes adultes, ce qui suppose l'emploi de méthodes sociopédagogiques et thérapeutiques.

151. Il existe cinq maisons d'éducation au travail pour jeunes adultes, pour un total d'environ 195 places. Deux de ces établissements disposent d'une section fermée, effectivement exploitée comme telle dans l'un de ceux-ci, mais en principe, ils sont aussi ouverts que les maisons d'éducation pour mineurs Sur le régime de la privation de liberté des mineurs, voir infra.

152. Le droit fédéral impose aux cantons de prendre des mesures pour disposer d'établissements répondant aux exigences de la loi en fonction des sanctions ou mesures qui doivent y être exécutées (art. 382ss CP). Pour certaines mesures particulières, des établissements privés sont autorisés (art. 384 CP). En ce qui concerne les établissements réservés aux femmes et ceux du canton italoophone du Tessin, le Conseil fédéral peut admettre des exceptions au principe de la séparation des divers établissements (art. 397 bis, al. 2 et 3 CP). A ce jour, le Conseil fédéral a émis des réglementations dérogeant aux principes de séparation entre établissements figurant aux articles 37, 39, 42 et 100 bis du Code pénal dans le seul cas des établissements réservés aux femmes. De telles exceptions sont liées à certaines conditions et soumises à l'approbation du Département fédéral de justice et police (art. 1er de l'Ordonnance 2 du Code pénal suisse).

153. Ainsi, la Suisse compte-t-elle plus de 100 maisons d'arrêts, qui sont le plus souvent associées à

une prison préventive et comptent rarement plus de 50 places. Ces établissements offrent au total environ 3 000 places pour l'exécution de courtes peines et la détention préventive. Ils sont, dans la mesure du possible, équipés de cellules à un lit avec eau courante et toilettes, les établissements les plus grands disposant également de quelques cellules à deux et trois lits.

154. S'agissant de l'exécution des peines des délinquants primaires, c'est-à-dire de ceux qui n'ont pas subi de condamnation dans les cinq années précédentes, il existe 10 établissements, pour un total de 1 200 places environ. Ils sont dans la règle exploités en régime ouvert ou semi-ouvert. On y compte un collaborateur à plein temps pour deux ou trois détenus. Les chiffres relatifs au personnel comprennent l'ensemble de celui-ci, et non seulement celui affecté à la prise en charge des détenus. Quelque six établissements assurent l'exécution des peines infligées aux récidivistes et peuvent accueillir 1 500 détenus environ. Ils sont exploités en régime fermé. On y dénombre un collaborateur à plein temps pour environ deux détenus. Il existe enfin cinq établissements à régime plus libéral qui servent à la préparation à la libération (régime de fin de peine), où les détenus travaillent en général à l'extérieur. Ceux-ci disposent de 10 à 40 places chacun.

155. Aux termes du Code pénal (art. 37) "la réclusion et l'emprisonnement seront exécutés de manière à exercer sur le détenu une action éducative et à préparer son retour à la vie libre". Les moyens les plus importants à disposition pour atteindre ce but sont décrits ci-dessous. Il convient cependant de préciser qu'ils ne sont que partiellement applicables aux courtes peines.

156. Système des étapes. Le détenu passe par plusieurs étapes d'exécution qui lui laissent progressivement plus de libertés. La première phase est la détention cellulaire. Elle est rare en pratique et ne dure en général que quelques heures ou quelques jours, voire quelques semaines dans de rares cas. Durant cette période, qui a pour but de préparer l'exécution, le détenu n'a aucun contact avec les autres détenus; il habite et travaille dans sa cellule. Durant la deuxième étape, celle de la détention collective, qui peut durer jusqu'à la fin de la peine, il ne passe que le temps du repos et une partie de celui des loisirs dans sa cellule. Les temps de travail, loisirs et repas sont en principe vécus en commun. Il arrive que durant cette phase, le détenu soit autorisé à exercer une activité ou à suivre des cours à l'extérieur de l'établissement. La troisième étape de l'exécution est celle de la semi-liberté, dans un établissement de fin de peine, elle commence en principe une fois la moitié de la peine subie. Enfin, la libération conditionnelle avec délai d'épreuve peut intervenir après l'exécution des deux tiers de la condamnation.

157. L'assistance postpénitentiaire (art. 379 CP) est assurée par des services de patronage qui ont pour tâche de suivre l'évolution du détenu libéré. Ces services peuvent être publics ou privés. Ils interviennent dès le début de l'incarcération et disposent d'un libre droit de visite dès la détention préventive et jusqu'à la libération.

158. Normalisation. Il s'agit du concept central de la politique pénitentiaire. Il faut entendre par là l'adaptation de la vie pénitentiaire quotidienne à la vie libre par la mise en place d'exigences conformes à la réalité. L'objectif minimal à atteindre étant que le détenu ne soit pas moins capable de vivre en société après sa libération qu'au moment où il a été incarcéré.

159. Travail. Etant donné l'importance fondamentale du monde du travail pour l'intégration sociale de tout citoyen, le travail représente un pilier de l'exécution des peines en Suisse. Le Code pénal prescrit que le détenu est astreint au travail qui lui sera assigné : "On lui confiera autant que possible des travaux répondant à ses aptitudes et lui permettant, une fois remis en liberté, de subvenir à son entretien". Tous les établissements d'exécution des peines de moyenne et longue durée disposent en conséquence d'ateliers dotés en principe d'un équipement moderne dans lesquels les détenus peuvent suivre des apprentissages. Les ateliers travaillent aux tarifs usuels surtout pour des clients privés. Si leur travail et leur comportement sont satisfaisants, les détenus reçoivent un pécule qui s'élève, dans le meilleur des cas, à environ 30 francs par jour. En principe, les détenus peuvent disposer librement du tiers de cette somme, un tiers étant déposé sur un compte d'achats (congés, perfectionnement) et

un dernier tiers demeurant bloqué pour être versé au détenu à sa libération.

160. Thérapie et entraînement social. Les divers établissements affectés à l'exécution de peines de moyenne et longue durée sont, dans ce domaine, très différents les uns des autres. Tous offrent cependant de tels programmes dont l'application et le contenu sont fixés de cas en cas avec l'accord du détenu. Pour tous les établissements, des psychiatres et/ou des psychologues sont à disposition.

161. Contacts avec le monde extérieur. En Suisse, personne ne conteste l'importance du maintien des contacts du détenu avec l'extérieur. Les relations des détenus avec leurs familles et le cercle de leurs amis sont l'objet d'une attention particulière. Le but de l'exécution, l'ordre et les exigences de sécurité mettent toutefois des limites à ces contacts. Ainsi, par exemple, le régime de haute sécurité et le régime disciplinaire impliquent des restrictions considérables aux contacts du détenu : celui-ci passe alors 23 heures dans sa cellule où il travaille, ses contacts avec l'extérieur (visites, presse, courrier) peuvent être limités et, en cas de sortie (promenade quotidienne, etc.) il est accompagné de plusieurs gardiens. Contre la décision le plaçant en isolement ou au régime de haute sécurité le détenu dispose de voies de recours, en dernière instance au Tribunal fédéral.

162. Les détenus ont droit à des visites régulières. Celles-ci sont accordées par l'autorité cantonale compétente à une fréquence définie par le règlement de l'établissement. Elles requièrent une autorisation écrite. Les visites du défenseur sont libres sous réserve de l'accord de l'autorité compétente. Les directions des établissements s'efforcent d'intégrer autant que possible le monde extérieur dans la vie pénitentiaire (rencontres sportives, pièces de théâtre réunissant comédiens et détenus). La forme de contact avec le monde extérieur la plus importante, et par ailleurs la plus contestée, est l'octroi de congés. Ceux-ci peuvent être de deux sortes : les congés circonstanciels (à l'occasion de baptêmes, enterrements, pour motifs de santé ou professionnels, etc.) et les congés relationnels. Ces derniers ne sont octroyés qu'en cas de bonne conduite, de travail satisfaisant et dans la mesure où on peut penser que le détenu n'abusera pas du congé. Le détenu primaire doit avoir purgé au moins un sixième de sa peine et séjourné deux mois dans l'établissement pour en bénéficier (pour le récidiviste ces délais sont un tiers et trois mois). Le congé dure au maximum 54 heures tous les deux mois. Selon les statistiques disponibles, seuls 1 à 2 % des détenus ne regagnent pas l'établissement dans les délais. Cependant, l'existence de délits commis pendant un congé, surtout lorsqu'il s'agit d'infractions graves, inquiète la population et fait s'élever des voix en faveur d'une réglementation plus sévère.

163. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de respect de la liberté personnelle en milieu carcéral a permis de préciser certains principes. Ainsi, la Cour fédérale a-t-elle par exemple estimé que celui qui est détenu à titre préventif depuis plus d'un mois a un droit étendu à recevoir des visites des membres les plus proches de sa famille ^{Un droit de visite limité à 20 minutes par semaine ne suffit pas :} ATF 106 la 136. ou que le droit à un minimum de possibilité de mouvement (une heure de promenade à l'air libre quotidiennement après un mois de détention et auparavant, au moins une demi-heure) ne peut être subordonné à l'acceptation par le détenu d'une exécution anticipée de peine ^{ATF 105 la 26.} Plus généralement, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de règlements de prisons, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler qu'une mesure d'incarcération doit reposer sur une base légale, être dans l'intérêt public et se conformer au principe de la proportionnalité; qu'une fois incarcérés, les intéressés sont soumis aux restrictions qui découlent de la mesure de contrainte qui leur est imposée (privation de liberté; règlement disciplinaire, etc.), mais qu'il n'en demeure pas moins que ces restrictions n'ont pas à aller au-delà de ce qu'exigent le but de l'incarcération et les exigences raisonnables propres à assurer le fonctionnement normal de l'établissement de détention, et elles doivent respecter le principe de la proportionnalité ^{Voir par exemple ATF 106 la 277; 116 la 421; 118 la 64.} Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral s'est penché sur la constitutionnalité de points précis de règlements pénitentiaires relatifs à la possibilité de prendre en cellule des effets personnels, aux cadeaux de tiers, aux promenades et activités corporelles, à la correspondance et à la possibilité de prendre en cellule des appareils de radio, etc.

164. S'agissant des ensembles de règles minima pour le traitement des prisonniers adoptées par les Nations unies ou par le Conseil de l'Europe Cf. notamment : Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus (1957); Ensemble de principes pour la protection des personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (1988); Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (1985); Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (1990); Code de conduite pour les responsables de l'application des lois (1979); Recommandation du Conseil de l'Europe (87) 3 "Règles pénitentiaires européennes", etc., il ressort de la jurisprudence fédérale que, si ces textes n'ont pas de caractère juridiquement contraignant, ils constituent des lignes directrices de la politique pénitentiaire qu'il convient de prendre en compte au moment d'interpréter le droit constitutionnel à la liberté personnelle ATF 118 la 64.

165. Malgré le souci de donner à la détention un caractère humain favorable à la réinsertion sociale, l'exécution des peines, en Suisse comme ailleurs, n'est pas exempte de problèmes. Cette situation est accentuée par l'accroissement constant du nombre de personnes détenues qui a parfois nécessité des adaptations peu satisfaisantes (transformations de salles de séjour en cellules, baraquements provisoires, etc.).

166. Le nombre de détenus étrangers a également fortement augmenté au cours des 10 dernières années. Aujourd'hui, environ 45 % des détenus sont étrangers et dans certains établissements, plus de 40 nationalités sont représentées. Cela n'est pas à mettre sur le compte d'une augmentation de la criminalité des étrangers installés en Suisse mais de l'accroissement du nombre d'arrestations d'étrangers venus dans le pays pour y commettre des infractions. Il va de soi que ces détenus posent de nombreux problèmes de sécurité et compliquent une exécution des peines axée sur la réinsertion.

167. Un autre problème important est celui posé par l'augmentation importante du nombre de détenus toxicomanes (près d'un détenu sur trois). En effet, lorsque ceux-ci refusent un traitement dans un centre de réhabilitation, le juge ne peut prononcer aucune mesure appropriée et le délinquant est donc incarcéré dans un établissement pénitentiaire. Ces détenus posent des problèmes de sécurité et entraînent la nécessité de contrôles systématiques pour prévenir le trafic de drogue dans les établissements. Enfin, vu leur état physique et psychique, les toxicomanes ne peuvent souvent pas être mis au travail comme les autres ou intégrés dans les activités de loisirs de l'établissement.

168. Suite à sa visite de quatre établissements pénitentiaires suisses en juillet 1991, le Comité européen pour la prévention de la torture a adressé un rapport au Conseil fédéral, dans lequel il relève certaines insuffisances relevant du champ d'application de l'article 10 alinéa 1er du présent Pacte (exercice en plein air, hygiène et santé, conditions matérielles de la détention, relations entre personnel et détenus, etc.). Dans la mesure du possible, il a été tenu compte de ces observations et remédié à ces carences. Il serait cependant illusoire de penser que des mauvais traitements ou des conditions de détention insatisfaisantes n'ont plus jamais cours en Suisse. Les autorités fédérales se sont engagées, dans l'exercice de la haute surveillance sur l'exécution des peines et en collaboration avec les cantons, à élucider les allégations de mauvais traitements et, le cas échéant, à y remédier. Le rapport du Comité européen contre la torture ainsi que les observations du Conseil fédéral suisse figurent en annexe au présent rapport, dans lequel ils n'ont pas été reproduits par souci de concision. Leur consultation est cependant recommandable car ils donnent une image représentative des difficultés rencontrées dans la pratique de l'exécution des peines et mesures et du traitement des détenus en Suisse. Suite à la visite du Comité européen contre la torture et aux recommandations qu'il a adressées aux autorités suisses, celles-ci lui ont communiqué un rapport de suivi.

Le régime applicable aux mineurs

169. Les paragraphes suivants décrivent le régime applicable aux mineurs délinquants et se réfèrent

aux alinéas 2 b) et 3 de l'article 10 du Pacte.

170. Celui qui n'a pas 7 ans révolus échappe complètement en Suisse à l'application de la loi pénale; celui qui n'a pas encore atteint 18 ans est considéré comme mineur au sens du droit pénal. Bien qu'intégré dans le Code pénal, le droit pénal des mineurs est assez largement autonome de celui qui est applicable aux adultes (Titre quatrième du Livre premier et Titre septième du Livre troisième du Code).

171. En droit suisse, le juge des mineurs doit d'abord examiner si le mineur délinquant a besoin d'une mesure éducative particulière (qu'il prononce alors) ou d'un traitement spécial (il ordonne la mesure qui s'impose). Aucune de ces conditions n'est-elle réunie, le juge inflige alors une peine. Les peines qu'il peut infliger aux enfants (de moins de 15 ans) sont la réprimande, l'astreinte à un travail et les arrêts scolaires. Pour les adolescents, s'y ajoutent l'amende et la détention, les arrêts scolaires n'étant plus prévus. La détention peut durer en théorie jusqu'à une année, en pratique elle est de quelques semaines en moyenne. Les mesures de traitement sont des mesures ambulatoires ou institutionnelles d'ordre médical ou thérapeutique. Les mesures éducatives comprennent l'assistance éducative (soutien de la famille dans l'éducation du mineur par des spécialistes) et le placement familial ou dans une maison d'éducation. Ces institutions, gérées pour la plupart par des organismes privés mais subventionnées par les Services de placement cantonaux et par la Confédération, qui exerce ainsi un contrôle, accueillent en majorité des mineurs renvoyés en vertu du droit civil (art. 314a et 405a CCS. Voir infra les paragraphes consacrés à la privation de liberté fondée sur le droit civil). Elles sont généralement ouvertes et s'inspirent de principes sociopédagogiques.

172. On relèvera encore que l'article 88 CP permet au juge de renoncer, le cas échéant, à toute sanction. En 1993 par exemple, environ 7 930 infractions commises par des mineurs ont été sanctionnées (une condamnation pouvant porter sur plusieurs délits). Pour la plupart, il s'agissait d'infractions au Code pénal (6 450). Les infractions au Code pénal étaient presque toujours des délits contre le patrimoine (5 010) Voir en annexe le document intitulé "Jugements pénaux des mineurs 1993", établi par l'Office fédéral de la statistique, qui contient des statistiques détaillées sur les condamnations et mesures prononcées., 2 852 délits touchaient la loi sur la circulation routière et 972 la législation en matière de stupéfiants.

173. Le Code pénal mentionne expressément les types suivants de foyers pour enfants (7-14 ans), adolescents (15-17 ans) et jeunes adultes (18-25 ans) :

La maison d'éducation pour enfants (art. 84 CP) et adolescents (art. 91 CP);

La maison de thérapie et la maison de rééducation pour adolescents particulièrement difficiles (art. 93 ter CP);

La maison d'éducation au travail pour jeunes adultes (art. 100 bis et 93 bis CP).

Il y a actuellement 170 foyers reconnus ou provisoirement reconnus par l'Office fédéral de la justice pour un total avoisinant 3 900 places.

La privation de liberté fondée sur le droit civil

174. Les articles 397a à 397f du Code civil traitent de la privation de liberté à des fins d'assistance. Les conditions de ces internements non volontaires ainsi que les garanties procédurales et judiciaires qui les accompagnent ont été évoquées dans le chapitre du présent rapport consacré à l'article 9 du Pacte. Les considérations qui suivent ont pour objet la délicate problématique du respect de la dignité de l'individu dans le cadre de ces internements, singulièrement en cas de traitement psychiatrique imposé.

175. Aux termes de l'article 397a CCS "une personne majeure ou interdite peut être placée dans un établissement approprié lorsque, en raison de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'alcoolisme, de toxicomanie ou de grave état d'abandon, l'assistance personnelle nécessaire ne peut être fournie d'une autre manière".

176. Ne constituent des "établissements" au sens de la loi civile que les institutions dont les pensionnaires subissent des entraves à leur liberté d'action qui dépassent les restrictions d'autonomie découlant de toute forme de vie communautaire. Mais pour qu'il y ait "privation de liberté" il suffit que la personne ne puisse pas quitter l'établissement sans y être autorisée; point n'est besoin qu'il s'agisse d'un établissement fermé. L'exigence contenue dans l'adjectif "approprié" laisse une large place à l'interprétation des autorités cantonales. Cependant, les carences en institutions appropriées ne sauraient justifier que l'on considère tout lieu de détention comme étant approprié. La question de savoir si un établissement est approprié ou non doit s'apprécier en fonction des besoins et circonstances particulières liées au placement d'une personne déterminée. Autrement dit, il s'agit d'un examen in concreto Stettler, M. : "Droit civil I, Représentation et protection de l'adulte", 3ème éd., Ed. Universitaires, Fribourg, 1993, p. 211. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'"un établissement est approprié lorsque l'organisation et le personnel dont il dispose normalement lui permettent de satisfaire les besoins essentiels de celui qui y est placé pour recevoir soins et assistance. Cela peut, tout à fait exceptionnellement, être le cas d'un établissement pénitentiaire" ATF 112 II 486.

177. L'un des problèmes les plus délicats qui se pose dans le cadre du traitement des personnes privées de leur liberté à des fins d'assistance concerne le recours à des traitements psychiatriques ou autres sans le consentement ou contre la volonté de l'interné On relèvera toutefois que parmi les patients psychiatriques, seule une petite minorité (que l'on peut estimer à environ 2 %) ne sont pas des patients volontaires. Cf. Finzen, A.: "Fürsorgerischer Freiheitsentzug und Zwangsmedikation", in "La législation sociopsychiatrique. Un bilan", M. Borghi éd., Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg, 1992, p. 152..

178. En principe, la règle générale selon laquelle un traitement ne peut être entrepris qu'avec le consentement éclairé du patient est également valable dans ce contexte Voir supra, ad art. 7 du Pacte.. Il est cependant reconnu qu'il convient de donner à la notion de traitement forcé une acception très large, englobant par exemple l'enfermement d'un patient dans sa chambre Borghi, M. : "Les limites posées par l'Etat de droit au traitement forcé psychiatrique" in Revue du droit de tutelle, 1991, p. 85.. La possibilité juridique de recours à des traitements forcés est donc admise et doit être réglementée. Cependant, il apparaît que rares sont encore les cantons à disposer de lois régissant en détail cette question (seuls le canton du Tessin et celui de Genève connaissent de telles règles). La jurisprudence du Tribunal fédéral a donc ici une importance fondamentale, l'on peut en dégager les principes et orientations suivants : La volonté du patient est décisive, à moins que le médecin n'exécute la décision d'une autorité fondée sur une loi ATF 99 IV 211. Cette décision doit concerner spécifiquement le traitement médical en cause, il ne peut donc s'agir de la décision d'internement proprement dite Borghi, M. : op. cit., p. 89 et 90.. Une exception est également admise en cas d'urgence, mais ce terme est d'interprétation restrictive L'administration forcée de médicaments n'est possible qu'en cas d'urgence, lorsque la gravité de la situation l'exige et pour une brève durée. Un traitement ou une thérapie ainsi imposés à plus long terme seraient en effet contraires à la Constitution (Arrêt du Tribunal fédéral du 7 octobre 1992, non publié). et la volonté présumée du patient est alors le critère décisif. Ainsi, pour le Tribunal fédéral, le fait de souffrir de maladie mentale n'entraîne pas la présomption automatique d'absence de discernement; au contraire, le discernement, qui se définit comme "la faculté d'agir raisonnablement, de se rendre compte de la portée de ses actes et résister d'une façon normale à ceux qui tentent d'influencer sa volonté" ATF 90 II 9, s'apprécie in concreto.

179. Comme tout autre individu, le malade psychique a droit, qu'il soit ou non capable de discernement, à une information objective sur la thérapie envisagée, même en cas de traitement forcé

(en pareil cas cela permet notamment de réduire ses appréhensions). En cas d'incapacité de discernement, le consentement au traitement doit être obtenu auprès du représentant légal^{ATF 114 la 362/363.}. Ce dernier ne peut consentir à des thérapies de nature à porter atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé. Le cas d'une personne privée de discernement mais n'ayant pas de représentant légal n'a pas encore fait l'objet de jurisprudence s'agissant des traitements forcés. En doctrine, deux opinions sont défendues : d'aucuns subordonnent le traitement à la nomination préalable d'un représentant légal habilité à consentir pour son protégé^{Par exemple, Tercier, P. : "Le nouveau droit de la personnalité" Schulthess, Zurich, 1984, p. 90.}, alors que pour les autres, le consentement des proches est suffisant^{Borghini, M., op. cit., p. 94.}.

Alinéa 2 a)

180. Les codes de procédure pénale prescrivent la séparation des prévenus des autres condamnés (voir par exemple l'article 48 PPF). Le régime qui leur est applicable tient compte de leur statut de personnes non condamnées. Ainsi qu'on l'a vu, le prévenu en détention préventive n'est pas soumis à l'obligation de travail. De manière générale, le régime applicable aux prévenus est plus strict que celui dont bénéficient les condamnés; leur correspondance ainsi que les visites peuvent être limitées pour les besoins de l'enquête et ils ne bénéficient pas de congés. Ils n'ont pas accès aux mêmes possibilités en matière de loisirs et de formation.

181. Rappelons que la détention préventive constitue l'exception et qu'en règle générale l'on recourt à d'autres moyens pour assurer la comparution d'un inculpé. Le Tribunal fédéral vérifie librement la constitutionnalité des règlements régissant la détention préventive, il a relevé qu'"un règlement de prison relatif à la détention préventive doit offrir des garanties particulières, qui préviennent toute pratique anticonstitutionnelle. Dans ce but, il doit contenir une réglementation suffisamment détaillée et sa rédaction doit être claire"^{ATF 106 la 136.}.

Alinéa 2 b)

182. Les codes cantonaux de procédure pénale ne prescrivent pas tous la séparation des prévenus mineurs d'avec les adultes. De fait, une telle séparation n'est pas toujours assurée pendant la détention préventive. Les questions touchant à la procédure étant en principe de la compétence des cantons et non de la Confédération, le Conseil fédéral a formulé une réserve lors de la ratification du Pacte, aux termes de laquelle "la séparation entre jeunes prévenus et adultes n'est pas garantie sans exception".

183. Dans le cadre de la révision en cours de la partie générale du Code pénal, il est notamment prévu de séparer complètement le droit pénal des mineurs (personnes âgées de moins de 18 ans) de celui des adultes par l'adoption d'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs. Actuellement au stade de l'avant-projet, cette loi contient pour l'heure la disposition suivante :

Détention avant jugement :

1. La détention avant jugement ne peut être ordonnée que si le but visé n'est pas atteignable par une mesure protectrice provisoire.
2. La détention est exécutée dans un lieu séparé des adultes et accompagnée d'un encadrement approprié. Si le mineur n'a pas encore 15 ans révolus ou si la détention dure plus de sept jours, il doit être placé dans une institution spécialisée.
3. La procédure doit être menée avec diligence.

184. Lorsque cette loi entrera en vigueur, le droit fédéral imposera aux cantons la séparation entre

prévenus mineurs et adultes et la réserve correspondante pourra être levée. La procédure législative devrait cependant durer encore plusieurs années.

Remarques finales

185. Ainsi qu'on vient de l'évoquer, la Partie générale du Code pénal suisse fait actuellement l'objet d'une procédure de révision dans le but de l'adapter à l'évolution de la société et aux besoins actuels. A ce jour, une commission d'experts a élaboré un avant-projet qui, à bien des égards, précise de façon expresse les garanties dont doivent bénéficier les détenus. Les avant-projets de la commission d'experts concernant la partie générale du Code pénal ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs ont été soumis à la consultation du Tribunal fédéral, des cantons, des partis politiques et des milieux intéressés. Sur la base des résultats de cette consultation, le Conseil fédéral prendra vraisemblablement en 1995 une décision sur la suite à donner aux travaux législatifs. Le Comité sera informé de l'évolution législative dans ce domaine dans le cadre des prochains rapports périodiques.

Article 11

186. L'article 59, alinéa 3, de la Constitution fédérale de 1874 abolit la contrainte par corps. L'article 42 de la loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption du service militaire punit certes des arrêts celui qui ne paie pas, fautivement ^{ATF 116 IV 386.}, une créance fondée sur cette loi; il s'agit cependant là d'un domaine non contractuel, auquel le libellé de l'article 11 du Pacte indique clairement que celui-ci ne s'applique pas.

Article 12

Généralités

187. L'article 45 de la Constitution fédérale a la teneur suivante :

"Tout citoyen suisse peut s'établir en un lieu quelconque du pays. Aucun citoyen suisse ne peut être expulsé du pays."

188. La liberté d'établissement a été proclamée en Suisse avec la Constitution de 1874 et la création de l'Etat fédéral. Elle a été progressivement élargie par des amendements de la Constitution, le libellé actuel de l'article 45 datant de 1983. La notion d'établissement comprend le fait de se constituer un domicile ainsi que la liberté de séjourner en un endroit quelconque du pays. Ainsi, la liberté d'établissement garantit le droit de pouvoir demeurer personnellement en un point quelconque du pays, quelle que soit la durée du séjour ^{ATF 108 la 249.}.

189. Si l'expulsion d'un citoyen est interdite, son extradition pour des motifs pénaux est compatible avec l'article 45 Cst. En effet, la Suisse n'extrade ses nationaux qu'aux Etats qui accordent la réciprocité et pour autant que l'acte punissable constitue un crime ou un délit au sens du droit suisse. Enfin, un citoyen suisse ne pourra être extradé qu'avec son accord (art. 7 de la loi fédérale sur l'entraide pénale internationale).

190. L'article 47 de la Constitution prévoit qu'une loi fédérale déterminera la différence entre l'établissement et le séjour et fixera les règles auxquelles seront soumis les Suisses en séjour quant à leurs droits politiques et civils. Cette législation n'a jamais vu le jour; les cantons conservent donc le pouvoir de légiférer dans ce domaine. Ils sont cependant tenus de respecter les principes de la Constitution fédérale et tout particulièrement celui de l'égalité de traitement entre les citoyens du

canton et les autres confédérés. Généralement, les lois cantonales prévoient une obligation de s'annoncer lorsqu'une personne entend prolonger son séjour au-delà d'une certaine durée (dans certains cantons, la réglementation est déléguée aux communes). Le droit fédéral permet aux cantons d'exiger du citoyen désirant s'établir sur leur territoire le dépôt de l'acte d'origine ou d'une pièce d'identité équivalente ^{Ordonnance du Conseil fédéral du 22 décembre 1980 sur l'acte d'origine (RS 143.12)}. La liberté d'émigrer est également garantie, conformément à l'article 12, alinéa 2, du Pacte. Elle implique l'obligation pour la collectivité d'établir et remettre, le cas échéant, l'acte d'origine et, si l'intéressé part pour l'étranger, les pièces d'identité nécessaires ^{ATF 110 la 69}. La législation relative à la taxe d'exemption du service militaire prévoit des exceptions pour assurer le paiement de la taxe.

191. Le droit constitutionnel de s'établir en un lieu quelconque du pays n'appartient qu'aux Suisses. En outre, seules en bénéficient les personnes physiques, les personnes morales obéissant aux règles du droit civil lorsqu'elles veulent transférer leur siège.

192. S'agissant des étrangers, le constituant a créé aux articles 69 ter et 70 Cst. les bases nécessaires pour pouvoir déroger au principe de la liberté d'établissement dans une réglementation applicable aux étrangers. L'article 69 ter partage les compétences entre la Confédération et les cantons de la façon suivante :

La Confédération a le droit de légiférer sur l'entrée, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers.

Les cantons décident, d'après le droit fédéral, du séjour et de l'établissement. Dans certains cas, l'approbation fédérale est réservée.

193. Se fondant sur cette compétence, la Confédération a notamment édicté les dispositions suivantes :

Loi fédérale sur l'asile du 5 octobre 1979 (RS 142.31) et ses ordonnances d'application;

Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142.20);

Règlement d'exécution du 1er mars 1949 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RSEE; RS 142.201);

Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (RS 823.21);

Arrêté du Conseil fédéral du 10 avril 1946 concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée des étrangers (RS 142.211).

194. A ces textes législatifs viennent s'ajouter diverses conventions internationales et des directives d'application.

195. La LSEE de 1931 est une loi-cadre qui contient des principes généraux en matière de police des étrangers. Se fondant sur cette loi, le Conseil fédéral définit sa politique en matière d'immigration et la concrétise dans une ordonnance limitant le nombre des étrangers. Les objectifs en sont les suivants :

Assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente;

Créer des conditions favorables à l'intégration des travailleurs et résidents étrangers;

Améliorer la structure du marché du travail et assurer un équilibre optimal en matière d'emploi.

196. Le droit interne ne fait pas de distinction entre ressortissants étrangers se trouvant légalement sur le territoire national quelle que soit leur appartenance ethnique, raciale ou nationale quant au règlement de leur conditions de séjour. Un traitement préférentiel, fondé sur des traités internationaux bilatéraux ou multilatéraux (par exemple une convention d'établissement) est admis à l'égard des ressortissants de certains Etats et comme tel n'est pas contraire au but du Pacte.

Situation des étrangers en Suisse

197. En droit suisse, l'étranger ne peut se prévaloir d'aucun droit à l'octroi, au renouvellement et à la prolongation de son autorisation de séjour (art. 4 LSEE), sous réserve des conventions internationales ou de dispositions particulières de droit interne.

198. Tout étranger entré légalement en Suisse peut y résider sans autorisation spéciale jusqu'à l'expiration du délai dans lequel il est tenu de déclarer son arrivée ou, lorsqu'il a fait régulièrement cette déclaration, jusqu'à la décision sur sa demande d'autorisation de séjour ou d'établissement qu'il doit présenter en même temps. Les autorités compétentes peuvent déroger à cette règle par des décisions d'espèce (art. 1er RSEE).

199. L'entrée en Suisse est considérée comme légale lorsque l'étranger s'est conformé aux prescriptions concernant la production de pièces de légitimation, le visa, le contrôle à la frontière, etc., et qu'il n'a pas contrevenu à une défense personnelle telle qu'une expulsion ou une interdiction d'entrée.

200. Un séjour sans activité (tourisme; visite, etc.) peut s'effectuer sans autorisation de police des étrangers dans la mesure où il n'excède pas trois mois; après trois mois, il doit être interrompu. Le séjour est considéré comme effectivement interrompu lorsque l'étranger a séjourné au minimum un mois à l'étranger. Les séjours sans autorisation ne peuvent dépasser, au cours d'une période de 12 mois, le total de 6 mois.

201. L'étranger qui a besoin d'une autorisation doit, pour la requérir, déclarer son arrivée à l'autorité compétente de son lieu de résidence avant l'expiration du délai prescrit par la législation. L'autorisation est établie en principe par la police cantonale des étrangers, le cas échéant après achèvement de la procédure devant les autorités du travail. L'étranger peut effectuer la procédure d'obtention de son autorisation avant d'entrer en Suisse. Dans certains cas, il y est même obligé. Il est en outre tenu de déclarer son arrivée même si, avant d'entrer en Suisse, il a reçu une assurance d'autorisation de séjour ou un visa.

202. La LSEE distingue, en matière de police des étrangers, deux catégories d'autorisations de résider en Suisse : l'autorisation de séjour et l'autorisation d'établissement.

203. L'autorisation de séjour (art. 5 LSEE) est limitée, révocable, ne vaut que pour le canton qui l'a délivrée et peut être assortie de conditions. L'Ordonnance du Conseil fédéral du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE) distingue différentes formes d'autorisations de séjour :

Les étrangers reçoivent en général une autorisation de séjour à l'année.

Il existe également des autorisations de séjour de courte durée.

Des autorisations de stagiaires sont accordées dans les limites des conventions bilatérales y relatives.

Les autorisations saisonnières sont octroyées pour neuf mois au maximum, et le saisonnier doit passer à l'étranger trois mois au moins par année civile.

204. L'autorisation d'établissement est conçue pour les étrangers qui désirent s'établir à demeure en Suisse (art. 6 LSEE). Elle est illimitée et inconditionnelle. Les autorités l'accordent en général après un séjour ininterrompu de 10 ans. Leur marge d'appréciation est cependant réduite par une série de conventions d'établissement qui fixent, les unes à 5, les autres à 10 ans la durée du séjour donnant droit à l'autorisation d'établissement et par les articles 7 et 17 LSEE.

205. Outre les deux types d'autorisations susmentionnés, des autorisations frontalières peuvent être accordées aux étrangers domiciliés dans la zone frontalière d'un Etat limitrophe et qui travaillent en Suisse. Elles confèrent le droit de travailler en Suisse mais non d'y habiter. Le frontalier doit ainsi regagner tous les jours son domicile.

206. Lors de la ratification du Pacte, la Suisse a déposé une réserve dont la teneur est la suivante :

"Le droit de circuler et de choisir librement sa résidence est applicable sous réserve des dispositions de la législation fédérale sur les étrangers, selon lesquelles les autorisations de séjour et d'établissement ne sont valables que pour le canton qui les a délivrées."

207. Cette réserve a été rendue nécessaire par le principe (ancré à l'article 8 LSEE) selon lequel les autorisations de police des étrangers ne sont valables que pour le canton qui les a délivrées. Si en règle générale cette législation limite le libre choix de résidence de l'étranger sur le territoire suisse, il n'existe pas de restriction à la libre circulation à l'intérieur d'un canton.

208. On précisera encore que l'étranger peut, sans autorisation supplémentaire à son autorisation de séjour ou d'établissement, séjourner jusqu'à trois mois dans un autre canton sans y exercer d'activité lucrative ou y travailler jusqu'à huit jours. En cas de séjour ou d'activité lucrative d'une durée supérieure et avant de prendre un emploi, il devra demander l'assentiment de ce canton, qui tient alors lieu d'autorisation complémentaire.

209. L'étranger qui se déplace dans un autre canton (c'est-à-dire y transfère le centre de ses intérêts personnels) est tenu de se procurer une nouvelle autorisation. Il doit déclarer son arrivée dans les huit jours à la police des étrangers de son nouveau domicile. S'il ne possède pas l'établissement, il ne peut prendre un emploi que s'il a obtenu l'autorisation préalable de la police des étrangers (art. 3, al. 3, et 8, al. 3 LSEE). L'étranger au bénéfice d'une autorisation d'établissement sera, en principe, autorisé à changer de canton. S'il est ressortissant d'un Etat avec lequel la Suisse a conclu un traité d'établissement, il aura droit à la mobilité intercantonale et un changement de canton ne pourra lui être refusé que s'il existe des motifs légaux d'expulsion.

Restrictions à la liberté d'établissement des requérants d'asile

210. Aux termes de l'article 12b, alinéa 4, de la loi sur l'asile, le requérant d'asile est tenu de se tenir, durant toute la procédure, à la disposition des autorités fédérales et cantonales compétentes en matière d'asile et de police des étrangers. Ceci ne signifie toutefois pas qu'il soit limité dans sa liberté de mouvement. Il ne peut toutefois changer de commune de résidence sans autorisation.

211. Lors des phases initiales de la procédure, des mesures sensiblement plus strictes sont applicables : durant les premiers jours suivant le dépôt de sa demande d'asile, le requérant est logé dans l'un des Centres fédéraux d'enregistrement qu'il ne peut quitter qu'avec l'assentiment des responsables. En cas d'irrespect de cette obligation, il pourra lui être reproché une violation de son devoir de collaboration avec les autorités qui pourront alors, dans les cas les plus graves, ne pas entrer en matière sur la requête. En pareil cas, l'autorité se limitera à examiner si un renvoi de Suisse contreviendrait au principe du non-refoulement ou à l'article 3 CEDH.

212. Durant la procédure d'asile, le requérant se voit attribuer un lieu de résidence. Il conserve toutefois sa pleine liberté de mouvement en Suisse. Le requérant d'asile ne peut se rendre à l'étranger pendant la procédure, il doit en effet déposer ses papiers d'identité avec sa demande. Si l'étranger se rend malgré tout hors des frontières, son retour sera autorisé dans le cadre des obligations internationales contractées par la Suisse.

Autres restrictions à la liberté d'établissement

213. La liberté d'établissement peut faire l'objet de restrictions à condition que, comme pour les autres droits fondamentaux, l'intérêt public justifie une telle atteinte, qu'il existe une base légale suffisante et que le principe de la proportionnalité soit respecté ^{ATF 106 la 28.}

214. La loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires prévoit, à l'instar des lois cantonales, une obligation de résidence pour les fonctionnaires. Le Tribunal fédéral admet la constitutionnalité de ces réglementations cantonales (selon l'article 113 Cst., il ne peut vérifier la constitutionnalité d'une loi fédérale), notamment pour des motifs fiscaux ou tendant à assurer une certaine proximité entre fonctionnaires et citoyens ^{ATF 106 la 28; 103 la 457.} Ces lois prévoient cependant des possibilités de dérogations, lesquelles sont assez largement accordées en pratique.

Article 13

215. La législation suisse en matière de police des étrangers distingue deux types principaux de mesures d'éloignement des étrangers : le renvoi et l'expulsion.

Le renvoi

216. Le renvoi peut intervenir à la fin d'une procédure formelle de demande d'autorisation de séjour. En cas de décision négative, un délai est imparti à l'étranger pour quitter le territoire du canton dans lequel la demande a été déposée. Si la décision négative est le fait d'une autorité fédérale, c'est alors le territoire suisse que l'étranger devra quitter (art. 12, al. 3 LSEE; art. 17, al. 2 RSEE). Les décisions susmentionnées sont rendues par écrit, motivées et indiquent les voies de recours.

217. Un étranger se trouvant en Suisse sans être au bénéfice d'aucune autorisation peut être tenu de quitter le territoire en tout temps sans qu'une procédure spéciale doive être observée (art. 12, al. 1 LSEE et art. 17 RSEE). Dans la pratique, cette possibilité de renvoi est toutefois appliquée avec une très grande retenue et dans la plupart des cas les autorités prononcent des décisions formelles avec indication des voies de recours existantes. Par ailleurs, l'obligation de rendre des décisions formelles découle également des lois de procédure, excepté certains cas d'extrême urgence.

L'expulsion

218. Le droit suisse connaît trois types de décisions d'expulsion :

Celle rendue à la suite d'un jugement pénal, telle que prévue aux articles 55 du Code pénal et 40 du Code pénal militaire;

Celle fondée sur l'article 10 LSEE (expulsion administrative);

Celle prise pour des raisons politiques ayant trait à la sécurité de l'Etat (art. 70 Cst.).

219. L'expulsion prononcée par le juge pénal est une peine accessoire applicable aux seuls étrangers condamnés à la réclusion ou à l'emprisonnement. Elle peut être prononcée pour une durée de 3 à 15

ans. En cas de libération conditionnelle, l'expulsion peut être différée à titre d'essai.

220. Il convient de relever que l'expulsion prévue par le Code pénal et celle qui est prononcée par les autorités administratives sont indépendantes. Si les perspectives de réinsertion du condamné sont un élément prépondérant pour le juge pénal lorsqu'il s'agit de prononcer une éventuelle expulsion, les autorités de police des étrangers ont, quant à elles, le souci primordial de l'ordre et de la sécurité publics. Le Tribunal fédéral admet dès lors que ces dernières puissent prononcer l'expulsion administrative d'un étranger sans être liées par un jugement pénal ne prévoyant pas l'expulsion judiciaire ou ne la prononçant qu'avec sursis ATF 114 Ib 1. Zünd. A. : "Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen", in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, vol. 129, 1993, p. 73ss..

221. Contre une expulsion prononcée par le juge pénal, les voies de recours ordinaires en matière pénale sont ouvertes au condamné (Tribunal cantonal de cassation; Tribunal fédéral. Pour la description de ces voies de recours, voir le document de base formant la partie générale du présent rapport, HRI/CORE/1/Add.29).

222. L'expulsion administrative est prévue à l'article 10 de la LSEE. Cette disposition prévoit qu'un étranger ne peut être expulsé de Suisse ou d'un canton que pour l'un des motifs suivants :

- a) S'il a été condamné par une autorité judiciaire pour un crime ou délit Ceci indépendamment de l'éventuel prononcé d'une expulsion pénale, cf. *supra* par. 219 et note précédente.;
- b) Si sa conduite, dans son ensemble, et ses actes permettent de conclure qu'il ne veut pas s'adapter à l'ordre établi dans le pays ou qu'il n'en est pas capable;
- c) Si, par suite de maladie mentale, il compromet l'ordre public;
- d) Si lui-même, ou une personne aux besoins de laquelle il est tenu de pourvoir, tombe de manière continue et dans une large mesure à la charge de l'assistance publique.

223. L'expulsion ne sera prononcée, quel qu'en soit le motif, que si elle paraît appropriée au vu de l'ensemble des circonstances (art. 11 LSEE et 16 RSEE).

224. Contre une décision d'expulsion administrative l'étranger a un droit de recours qui découle de la LSEE et de la loi fédérale d'organisation judiciaire. Ainsi, la décision d'expulsion doit être prise par l'autorité cantonale compétente en matière de police des étrangers (art. 15, al. 2 LSEE) et, si la décision de première instance n'est pas le fait d'une autorité supérieure (tel le gouvernement cantonal par exemple), une voie de recours cantonale doit exister (art. 19 LSEE). En outre, les décisions d'expulsion doivent être motivées par écrit et indiquer le délai et l'autorité de recours. Le recourant ou son représentant ont le droit de consulter le dossier, à moins que l'ordre et la sécurité publics ne s'y opposent (art. 19 LSEE). Après épuisement des voies de recours cantonales, le recourant peut encore saisir le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif (art. 97, 98, 100 et 103 de la loi d'organisation judiciaire fédérale).

225. L'article 70 de la Constitution fédérale dispose que "la Confédération a le droit de renvoyer de son territoire les étrangers qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse". Il s'agit là d'une mesure de police prise dans l'intérêt de la politique intérieure ou étrangère de la Confédération, et non d'une peine. La sûreté intérieure est compromise par un comportement mettant gravement en cause les orientations politiques, les bases constitutionnelles du pays ou l'ordre public. Menace la sûreté extérieure tout comportement affaiblissant la Suisse dans ses moyens de défense ou nuisant gravement à ses relations avec l'étranger. La personne expulsée peut se rendre dans le pays de son choix, il ne s'agit en effet pas d'une extradition.

226. L'expulsion selon l'article 70 Cst. est prononcée par le Conseil fédéral, son exécution incombe aux cantons. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Son application est tout à fait exceptionnelle.

227. L'article 1er du Protocole No 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, en vigueur pour la Suisse depuis le 1er novembre 1988, dispose notamment qu'"un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir faire a) valoir les raisons qui militent contre son expulsion; b) faire examiner son cas; et c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité". Selon cette disposition, l'étranger expulsé conformément à l'article 70 Cst. devrait être autorisé à exercer ces droits. Toutefois, le Conseil fédéral a considéré que cela est peu compatible avec une décision prise pour des motifs de sécurité nationale. Il a estimé que si, après examen approfondi, les autorités pensent que l'expulsion est indispensable à la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse, l'audition de l'intéressé n'est plus nécessaire. C'est pourquoi la Suisse a émis une réserve sur ce point lors de la ratification du Protocole No 7. Compte tenu du fait que l'article 13 du présent Pacte réserve les "raisons impérieuses de sécurité nationale", une telle réserve n'était pas nécessaire à son endroit, l'article 70 Cst. respectant pleinement les exigences de cette disposition.

228. Ajoutons qu'un étranger ne peut pas être expulsé vers un pays où il risque d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants (principe du non-refoulement, voir ATF 111 Ib 70 et supra, ad article 7 du Pacte). De plus, dans certains cas, le Tribunal fédéral considère qu'une expulsion peut violer le droit au respect de la vie familiale tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ^{Sur l'article 8 CEDH, voir infra, ad article 17 du Pacte et les références citées..}

Article 14

Alinéa 1er

229. L'alinéa 1er de l'article 14 du présent Pacte contient, à l'instar de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), un condensé des principes fondamentaux garantissant un procès équitable. En Suisse, si les cantons sont souverains en matière de procédure et d'organisation judiciaire, le Tribunal fédéral n'en examine pas moins le respect par les normes cantonales des principes dégagés des articles 4 (droit à l'égalité) et 58 (droit au juge naturel) de la Constitution fédérale ainsi que de la CEDH.

Le champ d'application

230. L'article 14, alinéa 1er, étant applicable aux accusations en matière pénale ainsi qu'aux contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, il convient d'emblée de préciser le sens de ces notions en droit suisse.

231. Conformément à la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, ces termes ne doivent pas s'interpréter par simple référence au droit national; ils ont au contraire une portée autonome, précisée par la jurisprudence relative à l'article 6 CEDH.

232. En ce qui concerne les contestations de caractère civil, le Tribunal fédéral a rappelé, dans sa jurisprudence récente ^{ATF 117 la 528, 115 Ia 68.}, les principes posés par la Cour européenne des droits de l'homme, selon lesquels les termes "contestations sur des droits et obligations" ne doivent pas être entendus dans une acception trop technique mais requièrent une définition matérielle plutôt que formelle ^{Cour Eur. D.H.; affaire Benthem, arrêt du 23 octobre 1985, Série A 97; affaire Le Compte et autres, arrêt du 23 juin 1983, Série A 43.}. La contestation doit être réelle et sérieuse, elle peut porter aussi bien sur

l'existence d'un droit que sur son étendue ou sur les modalités de son exercice. Elle peut concerner tant des points de fait que de droit. Un différend répondant à ces critères ne sera cependant qualifié de "contestation" que si son objet porte sur des faits et des droits susceptibles de contrôle juridictionnel. Tel n'est par exemple pas le cas d'examens de type universitaire. Voir Cour Eur. D.H.; affaire Van Marle et autres, arrêt du 26 juin 1986, Série A 101.

233. Les organes de la Convention européenne n'ont jamais donné de définition générale et abstraite de ce qu'il faut entendre par "caractère civil". Leur démarche interprétative est donc de nature casuistique et reconnaît en général un caractère civil aux droits "privés" (personnes; famille; successions; obligations; sociétés; droits réels et propriété intellectuelle, etc.). En revanche, le caractère public prépondérant de certains droits les exclut du champ d'application de l'article 6 CEDH; tel est le cas du droit de la fonction publique, du droit fiscal, de la police des étrangers et du droit d'asile par exemple.

234. Du fait de l'autonomie de la notion conventionnelle de "droits de caractère civil", certaines causes relevant en Suisse du droit public doivent désormais être considérées comme impliquant des contestations civiles au sens de l'article 6 CEDH. C'est principalement le cas dans les domaines du droit de la construction et de l'aménagement du territoire ou du remembrement foncier (procédures d'expropriation). Dans ce domaine en particulier, le Tribunal fédéral s'inspire largement des jurisprudences européennes. Voir ATF 111 Ib 231; 112 Ib 178; 116 Ib 162 et tout récemment 119 la 88 (arrêt du 24 février 1993). Se référant à la jurisprudence de la Cour européenne, le Tribunal fédéral estime désormais que la sanction disciplinaire de la suspension du droit d'exercer une profession libérale porte atteinte à des droits de caractère civil ATF 109 la 217. De nombreux aspects de la législation en matière de sécurité sociale ont également été considérés comme mettant en cause des droits de caractère civil ATF 115 V 254 et tout récemment Cour Eur. D.H.; affaire Schuler-Zgraggen c. Suisse, arrêt du 24 juin 1993, Série A 263.. Comme on peut le constater, le Tribunal fédéral tient largement compte de l'interprétation des organes de la Convention; le fait que leur jurisprudence soit en constante évolution crée cependant une certaine incertitude s'agissant de la définition et de la portée de la notion de droits et obligations de caractère civil.

235. Les termes "accusation" et "matière pénale" figurent eux aussi dans le texte de l'article 6 CEDH. Ils font également l'objet d'une interprétation autonome. La Cour européenne a défini l'accusation comme "la notification par l'autorité du reproche d'avoir accompli une infraction pénale, ou même, des mesures impliquant un tel reproche et entraînant des répercussions importantes sur la situation du suspect" Voir notamment Cour Eur. D.H. : affaire Deweer; arrêt du 27 février 1980, Série A 35; affaire Oztürk, arrêt du 21 février 1984, Série A 73. Le Tribunal fédéral a repris cette interprétation à son compte ATF 115 la 406. La jurisprudence européenne relative à la matière pénale définit les critères de distinction entre l'infraction pénale et disciplinaire (champ d'application de la norme concernée, nature et gravité de la sanction encourue). En application de ces principes, le Tribunal fédéral a rattaché à la matière pénale une amende administrative prévue par le droit communal des constructions et prononcée par les services administratifs ATF 115 la 406. et une amende similaire pour violation des règles de la circulation routière ATF 115 la 187.

La garantie du procès équitable

236. La première phrase de l'article 14 du Pacte reprend, dans le domaine judiciaire, le principe général de l'égalité, garanti en Suisse par l'article 4 Cst. Les considérations développées relativement à l'article 2 du Pacte sont donc pertinentes dans ce contexte également. S'agissant de la légalité des tribunaux, l'article 58 de la Constitution fédérale a la teneur suivante :

1. Nul ne peut être distrait de son juge naturel. En conséquence, il ne pourra être établi de tribunaux extraordinaires.

2. La juridiction ecclésiastique est abolie.

237. Le but fondamental de cette règle est de garantir que nul ne sera soumis au jugement de tribunaux ad hoc ou ad personam, mais qu'au contraire la procédure judiciaire sera déterminée par des normes générales et abstraites, c'est-à-dire que l'organisation judiciaire sera établie par la loi. L'article 58 Cst. suppose ainsi l'existence d'un ordre de compétences réglé par la loi. Il s'adresse donc en premier lieu au législateur cantonal chargé de créer une organisation judiciaire légale. En effet, et ainsi qu'on l'a déjà indiqué, la compétence en matière d'organisation judiciaire, d'administration de la justice et de procédure appartient aux cantons, tant en matière civile que pénale. L'article 58 protège les personnes physiques et morales, les Suisses comme les étrangers, le demandeur et le défendeur. Par contre, les personnes qui ne sont qu'indirectement concernées par le procès (avocats, témoins, experts, etc.) ne peuvent s'en prévaloir ^{Kölz, A. : "Article 58", in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, vol. 3..}

238. L'interdiction des tribunaux d'exception s'applique également aux cas où un litige est traité exceptionnellement et arbitrairement par un tribunal incompétent ^{ATF 39 I 84. Une Cour, spécialement nommée pour une affaire par le Parlement cantonal et formée de cinq juges sans suppléants, commet un arbitraire lorsque quatre juges décident de la demande de récusation du cinquième (arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 1988, in RSDI, 1988, p. 220ss). ou lors de la composition arbitraire d'un tribunal ordinaire ^{ATF 105 la 178.} Ceci ne signifie pas que les cantons ou la Confédération ne puissent instituer légalement des tribunaux spéciaux avec des compétences limitées à certains domaines spécialisés (tribunaux des baux; tribunaux de commerce, commissions de recours en matière d'asile, d'impôts, etc.). Rappelons que les tribunaux militaires sont de tels tribunaux spéciaux, réglementés généralement et abstraitement, et non des cours d'exception ^{Cf. Document de base formant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29). ATF 117 la 381.}}

239. L'article 58 Cst. garantit notamment le droit à un tribunal impartial et indépendant tant à l'égard des autorités que des parties au procès. Bien que ce droit soit concrétisé par les lois cantonales d'organisation judiciaire, le Tribunal fédéral examine librement si celles-ci suffisent à la garantie constitutionnelle. Ont par exemple été jugés incompatibles avec l'exigence d'indépendance et d'impartialité d'un juge le fait que son époux(se) travaille à l'étude du mandataire de l'une des parties au procès ou soit le mandataire de celle-ci ainsi que la participation au sein du tribunal d'un magistrat ayant préalablement exercé le rôle de juge instructeur (système de l'union personnelle) ^{ATF 112 la 290.} Cette dernière jurisprudence, plusieurs fois confirmée, a été rendue suite à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire De Cubber c. Belgique, du 26 octobre 1984, Série A 53). Le principe de l'union personnelle subsiste toutefois en procédure pénale des mineurs, voir infra, ad article 14, alinéa 4 du Pacte.. Notons qu'à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral considère qu'il n'est pas nécessaire que le juge soit effectivement prévenu pour pouvoir être valablement récusé, il suffit que les circonstances permettent de craindre légitimement un manque d'impartialité ^{ATF 112 la 290; 108 la 51; 115 la 172.} Ce dernier arrêt concerne un juge ayant écrit un article dans la presse à propos de l'affaire soumise à la Cour de cassation dont il était membre. C'est peut-être dans l'interprétation de la notion d'impartialité et d'indépendance des tribunaux que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a eu le plus d'impact sur le droit suisse. Il s'agit là d'un bel exemple d'intégration du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique national.

240. La récusation est régie par les lois de procédure de chaque canton, qui sont tenus, en vertu du droit constitutionnel fédéral, de la prévoir. Il en va de même des conditions d'éligibilité des juges, de la durée de leur mandat, des incompatibilités de fonction, du serment etc. que règlent les lois cantonales (et fédérale) de procédure civile, pénale et administrative. Comme il n'est guère possible de détailler les dispositions pertinentes des codes cantonaux de procédure, l'on donne ci-après, à titre d'exemple, les règles prescrites par la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (annexée) et applicables au Tribunal fédéral :

Article 2

Tout citoyen suisse éligible au Conseil national peut être élu juge ou suppléant.

Les membres de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral et les fonctionnaires nommés par ces autorités ne peuvent être juges ou suppléants.

Article 3

Les juges ne peuvent revêtir aucune autre charge ou fonction publique au service de la Confédération ou d'un canton, ni suivre d'autre carrière ou exercer de profession.

Ils ne peuvent pas non plus occuper un poste de directeur, de gérant ou de membre de l'administration, de l'organe de surveillance ou de l'organe de contrôle d'une société ou d'un établissement ayant un but lucratif.

Article 4

Les parents et alliés en ligne directe, ou jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale, ainsi que les conjoints et les conjoints de frères ou soeurs, ne peuvent exercer simultanément les attributions de juge ou de suppléant du Tribunal fédéral, de juge d'instruction fédéral, de procureur général de la Confédération ou d'autres représentants du ministère public.

Le magistrat ou fonctionnaire qui, en contractant mariage, donne lieu à un cas d'incompatibilité se démet, par ce fait, de ses fonctions.

Article 5

La durée des fonctions des juges et des suppléants est de six ans.

Il est pourvu aux places vacantes à la prochaine session de l'Assemblée fédérale pour le reste de la période.

Article 9

Avant d'entrer en fonctions pour la première fois, les magistrats et fonctionnaires judiciaires fédéraux prêtent serment de remplir fidèlement leurs devoirs.

[...]

Le serment peut être remplacé par une promesse solennelle Le remplacement du serment par la promesse solennelle découle de l'interdiction d'imposer le serment, conformément à la liberté d'opinion religieuse (cf. aussi [infra](#), [ad](#) article 18 du Pacte)..

Article 22

Les juges ou suppléants, le représentant du ministère public de la Confédération, les juges d'instruction, leurs greffiers et les jurés doivent se récuser :

a) Dans une affaire intéressant directement leur personne, leur femme, leur fiancée, leurs parents ou alliés jusqu'au degré indiqué à l'article 4, le mari de la soeur ou la femme du frère de leur femme, des personnes dont ils sont tuteurs ou curateurs ou auxquelles ils

sont liés par adoption;

b) Dans une affaire en laquelle ils ont agi précédemment à un autre titre, soit comme membres d'une autorité administrative ou judiciaire, soit comme fonctionnaires judiciaires, soit comme conseils, mandataires ou avocats d'une partie, soit comme experts ou témoins.

En outre, un juge ou suppléant ou un juré doit se récuser lorsqu'il est parent ou allié en ligne directe, ou jusqu'au deuxième degré en ligne collatérale, du mandataire ou de l'avocat d'une partie.

Article 23

Les juges ou suppléants, le représentant du ministère public de la Confédération, les juges d'instruction et leurs greffiers ou les jurés peuvent être récusés par les parties ou demander eux-mêmes leur récusation :

a) Dans l'affaire d'une personne morale dont ils font partie;

b) S'ils se trouvent avec l'une des parties en cause dans un rapport d'amitié étroite ou d'intimité personnelle, d'obligation ou de dépendance particulière ^{Un rapport d'amitié entre le juge et une personne ayant rédigé un avis de droit pour l'une des parties au procès n'est pas un motif de récusation facultative (ATF 116 la 141).};

c) S'il existe des circonstances de nature à leur donner l'apparence de prévention dans le procès ^{Cette apparence est jugée, conformément à la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, selon des critères objectifs. Pour un aperçu détaillé de la jurisprudence relative à l'apparence de prévention, voir Poledna, T. : "Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention aus schweizerischer Sicht", Schulthess, Zürich, 1993, p. 90ss.}

241. Les actes auxquels a participé un juge ou fonctionnaire qui aurait dû être récusé peuvent être attaqués par chacune des parties (art. 28 OJF).

242. L'article 6§1 CEDH garantit, à l'instar de l'article 14 du Pacte, la publicité de la procédure devant les tribunaux. La jurisprudence fédérale déduit ce droit de l'article 4 de la Constitution fédérale; les lois cantonales et fédérale d'organisation judiciaire le concrétisent (voir, par exemple, art. 17 OJF, art. 50 Cst. du canton de Berne, art. 78 Cst. du canton de Lucerne, etc.).

243. Le principe de la publicité tel que garanti par la CEDH, a donné lieu à de nombreux jugements, dont on donne ci-après un aperçu.

Le principe de la publicité ne bénéficie pas aux seules parties au procès mais également au public en général, en ce qu'il doit exclure toute justice de cabinet (ATF 113 la 416). Il protège l'ensemble des justiciables contre une justice secrète, échappant au contrôle de la population. Il contribue aussi à préserver la confiance des citoyens dans les tribunaux (ATF 115 V 245; 119 la 99);

La publicité des débats assure le contrôle par l'opinion publique de la façon dont la justice est rendue. En ce sens elle est une garantie pour l'accusé ainsi que pour toute partie au procès (ATF 115 V 255; 111 la 244; 119 la 99);

Le principe de la publicité implique la tenue de débats à un échelon au moins de la

procédure (Cour. Eur. D.H., affaire Weber c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990, Série A 177). Lorsqu'un appel est possible, le principe de la publicité des débats est aussi applicable. Il n'est toutefois pas violé si un tribunal de cassation, qui ne possède qu'un pouvoir de cognition restreint, statue en procédure écrite, lorsque des débats ont été tenus en première instance (arrêt du Tribunal de cassation du canton de Zurich, du 17 septembre 1991).

Le principe de la publicité n'est pas violé lorsqu'une partie, s'étant mise fautivement hors d'état de comparaître ou refusant de se présenter, est jugée en son absence (arrêt du Tribunal fédéral du 23 décembre 1991, in RSDIE 1992, p. 508). Il en va de même lorsque la publicité de la procédure n'est pas prévue en toutes circonstances dans la loi mais seulement à la demande d'une partie ou sur décision de l'autorité compétente (ATF 115 V 256).

244. La publicité des débats peut être totalement ou partiellement exclue, aux termes de l'article 17 OJF, dans l'intérêt de la sûreté de l'Etat, de l'ordre public ou des bonnes moeurs, ou lorsque l'intérêt d'une partie ou d'une personne en cause l'exige. Il a ainsi été jugé que le huis clos est admissible en matière d'affaires de moeurs (ATF 111 la 244), de droit pénal des mineurs (ATF 108 la 90) ou de privation de liberté à des fins d'assistance (ATF 114 la 189). De même, il a été jugé admissible de prononcer un huis clos pour la durée de la lecture (détaillée) d'un rapport psychiatrique (arrêt de la Cour de cassation du canton du Valais, du 30 mars 1988) ou de le prononcer, exceptionnellement, à l'intention du public mais non de la presse (ATF 117 la 387). Par contre, la seule prise en compte de l'état de santé physique et psychique du prévenu ne justifie pas le huis clos (arrêt de la Cour de cassation du canton du Valais, du 30 mars 1988). Le public ne peut en principe être exclu des débats dans le seul intérêt de tiers n'ayant pas la qualité de parties à la procédure sauf, en certaines circonstances, s'agissant de témoins ou du lésé (Cour de cassation du canton des Grisons, arrêt du 12 novembre 1986).

245. En adhérant au Pacte, la Suisse a déposé une réserve en matière de publicité des débats. Les raisons pour ce faire, le contenu et la portée de cette réserve sont analysés ci-après.

246. S'agissant de la publicité du prononcé du jugement et conformément à la jurisprudence européenne ^{Cour Eur. D.H.; affaire Sutter c. Suisse, arrêt du 24 février 1984, Série A 75.}, le Tribunal fédéral a jugé que l'absence de prononcé public ne viole pas la Convention européenne des droits de l'homme pour autant que d'autres manières de prendre connaissance du jugement soient mises à la disposition du public (publication des décisions les plus importantes dans des recueils de jurisprudence; possibilité pour toute personne justifiant d'un intérêt légitime de consulter le texte du jugement, etc.) ATF 115 V 245. De plus, le prononcé public n'implique pas que le jugement doive être rendu oralement; il suffit que le texte soit tenu à disposition du public au greffe du Tribunal (Tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt du 11 décembre 1991). La réserve que la Suisse a émise à l'article 14, alinéa 1er du Pacte couvre aussi la publicité du prononcé du jugement. Cette réserve est analysée ci-après (par. 247ss). Ajoutons que certains codes cantonaux de procédure pénale prévoient expressément la publicité du jugement. C'est par exemple le cas des cantons de Vaud (art. 366 à 368), Fribourg (art. 39), Argovie (art. 166), Genève (art. 326), etc.

247. Relativement à l'article 14, alinéa 1er du présent Pacte, la Suisse a déposé la réserve suivante :

"Le principe de la publicité des audiences n'est pas applicable aux procédures qui ont trait à une contestation relative à des droits et obligations de caractère civil ou au bien-fondé d'une accusation en matière pénale et qui, conformément à des lois cantonales, se déroulent devant une autorité administrative. Le principe de la publicité du prononcé du jugement est appliqué sans préjudice des dispositions des lois cantonales de procédure civile et pénale prévoyant que le jugement n'est pas rendu en séance publique, mais est communiqué aux parties par écrit.

La garantie d'un procès équitable, en ce qui concerne les contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, vise uniquement à assurer un contrôle judiciaire final des actes ou décisions de l'autorité publique qui touchent à de tels droits. Par contrôle judiciaire final, on entend un contrôle judiciaire limité à l'application de la loi, tel un contrôle de type cassatoire."

248. Ce texte correspond à celui de la réserve et de la déclaration interprétative de la Suisse à la Convention européenne des droits de l'homme. Des motifs de cohérence dans l'étendue des engagements internationaux consentis ont motivé ce parallélisme. La Cour européenne des droits de l'homme ayant cependant eu l'occasion de se pencher de façon critique sur la validité (au regard de la CEDH) de cette réserve et déclaration interprétative, il convient d'analyser ici ses arrêts pertinents et d'en indiquer les conséquences sur la réserve équivalente à l'article 14 du Pacte.

249. Le 29 avril 1988, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans son arrêt *Belilos* (Série A 132), considéré que la déclaration interprétative de la Suisse relative au contrôle judiciaire final des contestations pénales et civiles n'était pas conforme aux exigences de l'article 64 CEDH, lequel prohibe les réserves de caractère général et impose que toute réserve soit accompagnée d'un "bref exposé de la loi en cause".

250. Le Gouvernement suisse, relevant que l'arrêt *Belilos* concernait le domaine pénal, considéra que sa déclaration interprétative demeurerait applicable en matière de contestations civiles. Il en précisa le texte en conséquence (c'est cette version qui a été reprise dans la réserve relative à l'article 14, alinéa 1er du Pacte) et y ajouta la liste des dispositions fédérales et cantonales visées. Cependant, le Tribunal fédéral, par arrêt du 17 décembre 1992 ^{ATF 118 la 473ss.}, a jugé nulle cette nouvelle déclaration, au motif qu'elle n'avait pas été déposée lors de l'adhésion à la Convention, comme l'exige l'article 64 CEDH.

251. Quant à la réserve faite au principe de la publicité des débats (art. 6§1 CEDH), la Cour européenne des droits de l'homme l'a invalidée par arrêt du 22 mai 1990 dans la cause *Weber c. Suisse* (Série A 177). Il semble donc que tant la déclaration interprétative sur le contrôle judiciaire final que la réserve sur la publicité des débats soient nulles au regard de la CEDH. Quant à la réserve relative à la publicité du jugement, la question de sa validité n'a pas encore été formellement tranchée à ce jour (sur cette dernière, voir infra, par. 253).

252. S'agissant de l'influence de cette évolution sur la validité de la réserve relative à l'article 14, alinéa 1er, du Pacte, l'on constate que l'invalidation par la Cour des réserves faites à la CEDH (sauf de celle concernant la publicité du jugement) est due à l'irrespect des conditions de validité des réserves posées par l'article 64 CEDH. Cet article prescrit notamment que toute réserve doit être déposée lors de la signature de la Convention et être accompagnée d'un bref exposé des lois en cause. Or le présent Pacte ne prévoit pas de conditions équivalentes. De surcroît, les réserves faites par la Suisse à l'article 14, alinéa 1er, du Pacte sont conformes à la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, de sorte que leur validité ne saurait être mise en doute. Cependant et dans la mesure où l'invalidation des réserves à la CEDH a eu et aura une influence directe sur la législation suisse, laquelle devra être adaptée en conséquence, le maintien des réserves équivalentes au présent Pacte n'aura plus de raison d'être une fois cette adaptation réalisée. Celles-ci devraient donc pouvoir alors être retirées.

253. La validité de la réserve relative à la publicité des jugements (aux termes de laquelle il suffit que le jugement soit communiqué aux parties par écrit), n'a pas été mise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme ^{Dans son arrêt *Sutter* c. Suisse}, la Cour a même jugé la pratique suisse conforme au principe de la publicité du jugement, tel que garanti par l'article 6 CEDH. Voir Cour Eur. D.H.; affaire *Sutter* c. Suisse, arrêt du 22 février 1984, Série A 74.. L'on ne peut toutefois en conclure qu'il ne se justifiait pas de la réitérer s'agissant de l'article 14 du Pacte. En effet, dans son Observation générale 13 (21), le Comité des droits de l'homme souligne que "le jugement doit, à

certaines exceptions près qui sont rigoureusement définies, être rendu public". Or il est impossible de préjuger la question de savoir si, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme ^{Dans l'arrêt Sutter, précité.}, le Comité considérera que la simple communication du jugement aux parties, assortie de la publication des jugements les plus importants dans des recueils officiels et de leur communication aux personnes se prévalant d'un intérêt légitime ^{Conformément à la jurisprudence fédérale.} suffit à remplir les exigences de publicité du jugement. Du reste, bien que la pratique suisse en matière de publicité du jugement ait été jugée conforme à la CEDH, elle peut susciter des difficultés dans certains cas particuliers. Les autorités en ont conscience, comme le montre une prise de position récente du Département de la justice du canton de Zurich selon laquelle la publicité de la justice sert des intérêts collectifs, politiques, qui passent avant les convenances de l'accusé, un verdict ne pouvant en conséquence rester secret que pour des motifs liés à la sécurité publique ou à la protection des mineurs ^{Cf. l'article paru dans le "Nouveau Quotidien" du 6 avril 1993 sous le titre "La justice zurichoise ne pourra plus protéger ses notables". Ce journal rapporte que l'intervention du Département cantonal de la justice a suivi le refus par un juge de communiquer une sentence mineure à l'encontre d'un notable (ivresse au volant) à la presse, au motif que cela reviendrait à punir deux fois l'intéressé.}

Alinéa 2

254. Les articles 6 CEDH et 14 du Pacte garantissent tous deux le principe de la présomption d'innocence, en vertu duquel toute personne pénalement poursuivie est censée être innocente aussi longtemps que la preuve de sa culpabilité n'a pas été indiscutablement et légalement établie par un jugement irrévocable. Semblablement, l'insuffisance de la preuve par celui qui est chargé de l'administrer, crée un doute qui profite à l'accusé (*in dubio pro reo*) ^{Le principe de la présomption d'innocence figure explicitement dans certaines constitutions cantonales, voir par exemple art. 8 Cst. du canton de Zoug et art. 4 Cst. du canton de Genève. Dans la mesure où la jurisprudence a déduit de la Constitution fédérale ce même principe, les règles cantonales n'ont pas de portée propre.}

255. Selon la jurisprudence, ce principe entraîne diverses obligations à la charge des autorités étatiques. Ces dernières doivent par exemple conduire la procédure de manière impartiale et sans aucun préjugé quant à la culpabilité du prévenu. Un juge ou un haut fonctionnaire peut certes informer le public des instructions pénales en cours ou des soupçons qui pèsent sur une personne, il doit cependant s'abstenir de donner à penser d'une quelconque façon qu'une personne est coupable avant que celle-ci n'ait été jugée ^{Décision de la Commission européenne des droits de l'homme sur la requête Petra Krause c. Suisse, DR 13, p. 73ss..}

256. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur les rapports entre la présomption d'innocence et des articles de presse manquant d'objectivité dans le compte rendu de procédures pendantes. Il a notamment considéré le danger que de tels articles n'influencent l'autorité de jugement et a jugé que chaque passage d'un article de presse consacré aux reproches à l'encontre d'un prévenu doit être rédigé en des termes qui font clairement apparaître qu'il ne s'agit que de soupçons et qu'une procédure judiciaire est en cours ^{ATF 116 IV 31; 116 la 14.}

257. Le principe de la présomption d'innocence implique que le fardeau de la preuve doit reposer sur l'accusation. En d'autres termes, ce n'est pas à l'inculpé de prouver son innocence. De même, en cas d'insuffisance de la preuve, le doute doit profiter à l'accusé ^{Arrêt du Tribunal fédéral du 7 février 1985, non publié, tel que cité par Piquerez G. : "Précis de procédure pénale suisse", Payot (CJR), Lausanne, 1987, p. 181.}

258. Ce n'est que dans de rares cas que le fardeau de la preuve pèse sur le prévenu. C'est par exemple le cas en matière de diffamation lorsque le prévenu soulève l'exception de vérité (art. 173 CP) ou dans le domaine des faits justificatifs (légitime défense, état de nécessité, etc.). Mais il s'agit là d'une application normale du droit d'être entendu et d'administrer des preuves à décharge.

259. Un autre problème en relation avec la présomption d'innocence se pose relativement à certaines lois cantonales de procédure qui prévoient qu'une personne acquittée ou mise au bénéfice d'un non-lieu peut voir mis tout ou partie des frais de justice à sa charge, lorsqu'elle a fautivement provoqué ou prolongé la procédure à son encontre (ainsi les articles 207 CPP valaisan, 262 CPP bernois, 158 CPP vaudois, etc.). Dans une affaire concernant la Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une telle décision viole la présomption d'innocence si le Tribunal, dans ses considérants relatifs aux frais de justice, donne à penser de façon directe ou indirecte qu'il considère l'individu en cause comme coupable, quand bien même la procédure n'a pas abouti à une condamnation^{Cour Eur. D.H.; affaire Minelli, arrêt du 25 mars 1983, Série A 65 : Mis au bénéfice d'un non-lieu suite à la prescription de la poursuite pénale, le requérant s'était vu mettre les deux tiers des frais de justice à sa charge au motif que, sans la survenance de la prescription, il aurait sans doute été condamné.} En effet, une telle

pratique revient à culpabiliser un individu sans lui permettre de se défendre au cours d'une procédure conforme aux articles 6§1 CEDH et 14 du présent Pacte. Le Tribunal fédéral a suivi cette jurisprudence. Il a ainsi notamment jugé que "le fait de mettre les frais à la charge du prévenu libéré viole la présomption d'innocence non seulement dans le cas où le texte de la décision contient une appréciation négative directe, mais aussi quand l'appréciation négative ressort d'une manière ou d'une autre du texte de la décision" ATF 115 la 309. Voir aussi 114 la 301 et 112 lb 455. L'on ne peut donc mettre les frais à la charge du prévenu libéré qu'au motif qu'il a clairement violé de manière répréhensible une norme légale de comportement (et non, par exemple, une règle d'éthique) résultant de l'ordre juridique suisse et a de ce fait provoqué ou prolongé la procédure^{ATF 116 la 162.} Il est cependant évident que le simple usage des droits de la défense, tel celui de ne pas répondre, n'est pas un comportement répréhensible^{ATF 109 la 167.}

Alinéa 3

260. L'alinéa 3 de l'article 14 prévoit diverses garanties dont doit bénéficier tout individu accusé d'une infraction pénale. En général, ces garanties figurent dans les diverses lois cantonales de procédure pénale (à titre d'exemple, l'on se référera ci-après principalement à la loi fédérale sur la procédure pénale, du 15 juin 1934, ci-après PPF, annexée). Dans la mesure où les garanties octroyées par les ordres juridiques cantonaux seraient insuffisantes au regard des exigences de l'article 14, le Tribunal fédéral, en application des articles 4 de la Constitution et 6 CEDH, comble ces lacunes sur recours de droit public^{Haefliger A. : "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz", Stämpfli, Berne, 1993, p. 176.}

Droit à être informé en matière d'accusation pénale

261. Le droit consacré par l'article 14, alinéa 3 a) du Pacte, tel qu'interprété par le Comité dans l'Observation générale 13 (21), est reconnu en procédure pénale cantonale et fédérale (voir les articles 40 et 41 PPF, 61 CPP valaisan, 138 CPP neuchâtelois). Lorsque cette garantie n'est pas explicite (il n'est en général pas spécifiquement prévu dans les codes cantonaux que l'information doit se faire dans une langue que comprend le prévenu. Par contre, tous les codes cantonaux, à l'exception de celui du canton de Zoug, prévoient la présence d'un interprète), elle est déduite de l'article 4 Cst^{Arrêt du Tribunal fédéral du 12 juin 1979, in RSDI 1980, p. 261.} Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral indique que le droit d'exiger que les documents présentés soient traduits gratuitement n'existe qu'au bénéfice du prévenu qui n'a pas les moyens financiers de payer la traduction..

262. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il ne suffit pas d'énoncer les faits reprochés au prévenu, mais qu'il faut que ceux-ci s'accompagnent de leur qualification juridique^{Arrêt du Tribunal fédéral du 13 septembre 1988, in RSDI 1990, p. 250.} L'inculpé n'a cependant droit, sur demande^{ATF 118 la 462.}, qu'à la traduction des pièces principales (c'est-à-dire, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, celles qui sont nécessaires au déroulement équitable du procès) du dossier s'il

n'est pas à même de payer les frais de traduction Arrêt du Tribunal fédéral du 12 juin 1979, in RSDI 1980, p. 261..

Droit de disposer de temps et de facilités pour préparer sa défense

263. L'ensemble des lois cantonales de procédure pénale ainsi que la loi fédérale sur la procédure pénale (art. 35-38 PPF) prévoient que l'inculpé a le droit d'être assisté par un défenseur de son choix. Lorsque l'inculpé ne fait pas usage de ce droit, il est, dans certaines causes, obligatoirement pourvu d'un défenseur d'office (l'article 104 du CPP vaudois prévoit par exemple un tel défenseur "obligatoire" pour toutes les causes dans lesquelles le ministère public intervient ou lorsque la détention préventive dure depuis

plus de 30 jours). Les conseils doivent en principe être des avocats ou des stagiaires inscrits au tableau cantonal; des avocats d'autres cantons ou étrangers peuvent aussi officier sur la base d'une autorisation.

264. S'il est incarcéré, l'inculpé est autorisé à communiquer avec son avocat dès la fin de sa première audition par le juge. Les codes cantonaux prévoient qu'en principe cette communication est libre, la jurisprudence admet des limitations dans certains cas exceptionnels lorsque la loi le prévoit, l'intérêt public le commande et la mesure est proportionnée ATF 111 la 341. Dans un arrêt du 20 novembre 1986, le Tribunal fédéral a jugé que des soupçons selon lesquels le conseil d'un prévenu lui aurait prêté assistance lors d'une précédente évasion, justifient les limitations à leur libre communication. Le risque de collusion peut aussi entraîner de telles restrictions. Le Tribunal fédéral considère cependant qu'il ne peut être question de limiter la libre communication avec le défenseur durant toute l'instruction ATF 106 la 226. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a, par arrêt du 28 novembre 1991 dans la cause S. c. Suisse, jugé excessives les restrictions imposées aux contacts entre une personne accusée d'actes mettant en danger l'ordre public (attentats à l'explosif) et son avocat. En l'espèce, la correspondance avait été surveillée et parfois interceptée, l'accès au dossier n'avait été que partiellement accordé à l'avocat et certains de ses entretiens avec le prévenu s'étaient déroulés en présence d'un fonctionnaire de police, lequel prenait des notes. La Cour a estimé que ces mesures, qui s'étaient prolongées durant plus de sept mois, étaient disproportionnées par rapport à la gravité (indéniable) de l'infraction et au risque allégué de collusion. Cet arrêt souligne le caractère exceptionnel de toute restriction à la libre communication entre l'avocat et son client. Il pose également le principe du secret inviolable de leurs conversations. Rappelons enfin que, dans les cantons qui connaissent l'institution de la "mise au secret" de certains prévenus, la forte limitation des contacts avec l'extérieur qui en résulte n'empêche pas les contacts avec l'avocat, même si les autorités exercent une surveillance ATF 103 la 293.

265. La partie au procès ou son mandataire ont le droit de consulter le dossier. Ce principe vaut pour toutes les pièces importantes dans l'optique de la préparation de la défense (c'est-à-dire toutes les pièces pouvant servir de fondement à une décision). Des limitations motivées, en vue de la sauvegarde d'intérêts publics ou privés prépondérants (protection des personnes appelées à donner des renseignements, des droits de la personnalité, etc.), sont possibles, mais en pareil cas, une règle similaire à celle posée à l'article 28 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est appliquée : une pièce dont la consultation a été refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves. D'autre part, le droit de consulter le dossier n'est pas garanti à tous les stades de la procédure, il est de règle de l'exclure dans les premiers stades de la procédure.

266. A la question de savoir si, dans un cas d'espèce, un inculpé a bénéficié d'un temps suffisant pour préparer sa défense, il ne peut être répondu de manière générale; il convient au contraire de tenir compte des circonstances de chaque cas, notamment de la complexité du dossier Haefliger A. : "Die

Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz", Stämpfli, Berne, 1993, p. 179, et les références à la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme citées. . Pour le

Tribunal fédéral, les raisons suivantes peuvent justifier un délai de préparation très bref (d'à peine quelques heures) : le danger que le prévenu ne reste en détention préventive au-delà du bref temps de privation de liberté qu'il encourt vraisemblablement, de même que l'absence de gravité des infractions reprochées et de controverses portant sur l'état de fait Arrêts du Tribunal fédéral des 14 novembre et 14 décembre 1990, *in* RSDIE 1991, p. 432ss. .

Droit à être jugé sans retard excessif

267. Contrairement au libellé de l'article 14, alinéa 3 c) du présent Pacte, tant le droit suisse que la Convention européenne des droits de l'homme garantissent le droit à être jugé dans un délai raisonnable également en matière civile. Il est cependant reconnu qu'en matière pénale le principe revêt une importance particulière (singulièrement en cas de détention préventive, cf. article 9, alinéa 3, du Pacte). Certaines constitutions cantonales le prévoient du reste expressément (par exemple, celles de Zurich, Uri, Nidwald et du Jura).

268. L'abondante jurisprudence fédérale et européenne a permis de tracer certaines lignes directrices dans ce domaine; il est ainsi admis qu'en matière pénale, la durée d'une procédure se mesure à partir de la communication officielle à un individu du fait qu'il fait l'objet de reproches de nature pénale jusqu'au jugement de dernière instance Cour Eur. D.H.; affaire König, arrêt du 28 juin 1978, Série A 27; affaire Eckle, arrêt du 15 juillet 1982, Série A 51. .

269. La durée "raisonnable" d'une procédure pénale ne peut être fixée de façon générale; au contraire, il faut en juger selon les circonstances particulières à chaque espèce. La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé certains critères permettant de juger du caractère excessif de la durée d'une procédure (complexité de l'affaire; importance de l'affaire pour les parties; attitude des parties et des autorités) que le Tribunal fédéral a également fait siens. L'on citera, à titre d'exemple, deux décisions, la première jugeant qu'un délai de 12 ans entre le début de la procédure et le jugement de première instance "dépasse de loin ce qui peut être considéré comme raisonnable", la seconde reconnaissant que dans une procédure complexe impliquant plus de 20 sociétés, un délai de sept ans est encore admissible Arrêt du Tribunal de cassation du canton de Zurich du 17 décembre 1990, *in* SJZ 1991, p. 155 et arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 1990, *in* RSDIE 1991, p. 421. La Commission européenne des droits de l'homme a, quant à elle, dit qu'une procédure pénale dans une affaire de criminalité économique ayant duré plus de 12 ans ne violait pas la CEDH car cette durée n'était pas due à l'inactivité des autorités mais à la complexité des infractions et au fait que le requérant avait fait usage de nombreuses voies de droit (décision du 4 décembre 1991 sur la recevabilité de la requête *Oezenc c. Suisse*). .

Droit de se défendre

270. Le droit d'être entendu, déduit de l'article 4 Cst., implique celui d'être présent lors des débats et du jugement pénal, ainsi que celui d'être assisté d'un avocat. Les paragraphes suivants traiteront du régime de l'assistance judiciaire d'une part et de la réglementation du jugement par défaut d'autre part.

271. Dès la communication de son inculpation, le prévenu est informé de son droit de se faire assister du conseil de son choix. L'autorisation de pratiquer le barreau ainsi que la réglementation du barreau relèvent du droit cantonal. Dans tous les cantons, les avocats sont tenus d'accepter des causes d'office et de les traiter avec la même diligence que leurs mandats privés.

272. La jurisprudence du Tribunal fédéral donne à l'inculpé un droit constitutionnel à l'assistance

judiciaire (laquelle est prévue dans les constitutions ou les codes de procédure pénale de nombreux cantons) dans les cas suivants :

L'infraction retenue est d'une certaine gravité (il ne s'agit pas d'un cas "bagatelle") et l'affaire présente des difficultés de fait ou de droit auxquelles l'inculpé n'est pas à même de faire face sans aide;

L'inculpé risque un emprisonnement d'une durée supérieure à 18 mois ou une mesure d'une portée considérable;

Dans d'autres cas d'espèce qui, sans atteindre une telle gravité, présentent des particularités rendant nécessaire l'assistance judiciaire (la détention préventive ou son état de santé empêche le prévenu de préparer sa défense convenablement, le ministère public interviendra dans la cause, etc.).

273. La nomination d'un défenseur d'office n'épuise pas les obligations des autorités, qui doivent veiller à ce que ce dernier remplisse son mandat avec la diligence voulue ^{Arrêt du Tribunal fédéral du 21 mars 1984, in RSDI 1985, p. 271..} A cet égard se pose la question de savoir à partir de quand un inculpé a droit à l'assistance d'un défenseur pour que les garanties d'un procès équitable soient respectées. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la réponse dépend largement des particularités de la procédure et des circonstances de la cause ^{Cour Eur. D.H.; affaire Imbrioscia c. Suisse, arrêt du 24 novembre 1993, Série A 275. .}

274. Dans un arrêt récent ^{Cour Eur. D.H.; affaire Quaranta c. Suisse, arrêt du 24 mai 1991, Série A 205.,} la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la pertinence de ces critères au regard de la CEDH. Elle a toutefois trouvé une violation de la Convention notamment dans le fait que l'assistance judiciaire avait été refusée à l'accusé au motif que la peine qui allait vraisemblablement être prononcée contre lui n'atteignait pas 18 mois d'emprisonnement. La Cour a considéré, entre autres arguments et contrairement à la pratique des instances nationales, que pour déterminer la gravité de la sanction encourue il faut prendre en compte la peine maximale prévue par la loi et non pas la peine qui, selon les circonstances de l'espèce, sera vraisemblablement prononcée. Cet arrêt ne manquera pas de renforcer la tendance à l'assouplissement de l'octroi de l'assistance judiciaire en Suisse.

275. Le droit de se défendre soi-même n'est pas un droit absolu. La notion même de procès équitable impose en certaines circonstances (pour les accusations graves) que l'inculpé soit assisté d'un avocat, même s'il désire se défendre personnellement. En pareil cas, le Tribunal fédéral entre toutefois en matière sur les recours interjetés par le prévenu et non par son défenseur d'office ^{ATF 102 la 27.} Le prévenu ne peut cependant exiger que les démarches et la stratégie de défense de son avocat soient soumises à son approbation préalable ^{ATF 106 IV 88.}

276. Le défenseur nommé d'office est indemnisé par l'Etat et le montant de l'indemnité est comptabilisé au titre de frais de justice. Les frais d'assistance sont, à l'instar des frais de traduction, ajoutés aux frais de justice. Lorsque l'inculpé ayant été assisté par un avocat commis d'office et/ou par un interprète est condamné aux frais de justice, ceux-ci comprennent les honoraires de ces derniers. La Suisse a donc ratifié le présent Pacte avec une réserve aux lit. d) et f) de l'alinéa 3 de l'article 14, aux termes de laquelle la garantie de la gratuité de l'assistance d'un avocat d'office et d'un interprète ne libère pas définitivement le bénéficiaire des frais qui en résultent.

277. Afin de garantir une justice impartiale et soucieuse de la vérité matérielle, les législateurs cantonaux ont tous cherché des moyens d'assurer la comparution du prévenu devant le tribunal (citations adressées au domicile connu; par voie édictale; avis de recherche; moyens de contrainte à l'égard du justiciable récalcitrant). Certains codes cantonaux prévoient même que, si la présence de

l'inculpé semble indispensable, le tribunal doit surseoir à l'audience jusqu'à son arrestation (Jura, Lucerne, Schwyz). Cependant, les législateurs ont souvent prévu la possibilité de prononcer, à certaines conditions, un jugement par défaut.

278. Le jugement par défaut ne doit pas être confondu avec la simple absence du prévenu (par exemple parce qu'il a été autorisé à ne pas comparaître personnellement). Est seul réputé jugé par défaut celui qui, bien que régulièrement cité, ne comparait pas ou n'est pas représenté à l'audience. La régularité de la citation est ainsi une condition sine qua non de la validité du jugement par défaut. En cas de comparution obligatoire, le prévenu doit être cité personnellement et non par le truchement de son avocat ^{ATF 71 I 1}.

279. Pour le surplus, les conditions du jugement par défaut varient d'un canton à l'autre. Argovie exclut, par exemple, le jugement par défaut lorsqu'il existe un moyen de contraindre le prévenu à comparaître. Dans d'autres cantons (par exemple à Genève) l'on ne peut y recourir à l'encontre de mineurs, afin de permettre au juge de statuer en fonction de l'état personnel du mineur au moment du jugement et non de la commission de l'infraction. Du point de vue procédural, on peut dégager deux systèmes : celui où le prévenu absent est jugé selon une procédure sommaire, où le jugement est rendu sans débats et celui où, après un procès instruit en la forme ordinaire, le jugement est rendu en contradictoire ^{Piquerez G. : "Précis de procédure pénale suisse", 2ème éd. revue et augmentée, Payot (CJR), Lausanne, 1994, p. 420ss.}. Certains codes cantonaux excluent la présence d'un défenseur, ce que le Tribunal fédéral n'a pas jugé contraire au droit d'être entendu, vu la possibilité de demander le relevé du défaut ^{JdT 1982 III 121. Piquerez, op. cit., loc. cit., critique cette jurisprudence.} Selon la jurisprudence encore, le prévenu défaillant n'a pas de droit à faire reprendre un procès auquel il s'est volontairement abstenu de participer ^{ATF 106 Ib 400}.

280. Tous les cantons permettent au condamné par défaut de demander à être jugé à nouveau en sa présence par le même tribunal (relevé du défaut), ceci pour autant que la prescription ne soit pas survenue entre-temps. Cependant, certains codes exigent que le défaillant apporte la preuve que son absence est due à des motifs excusables (maladie, etc.), alors que d'autres ne connaissent pas de telles conditions. En général, la demande doit être faite dans les délais légaux, les codes étant assez libéraux en admettant l'examen des oppositions tardives en cas de circonstances exceptionnelles. Les cantons de Berne, du Jura et de Fribourg permettent même une nouvelle demande de relief en cas de défaut excusable lors du procès suivant la première demande de relief. Enfin, plusieurs législations autorisent le cumul du relief et des voies de recours ordinaires (Berne, Jura), voire considèrent comme un motif de révision l'empêchement excusable de comparaître.

Droit de faire comparaître et interroger des témoins

281. Il s'agit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, de l'un des aspects du droit d'être entendu, garanti par les articles 4 de la Constitution

et 6, alinéa 3 d) CEDH. Ainsi, le prévenu a-t-il, indépendamment des prescriptions cantonales de procédure qui existent (voir par exemple les articles 56 et 131 CPP valaisan), un droit constitutionnel à assister au moins en une occasion au cours de la procédure ^{Si la confrontation n'a lieu qu'une seule fois, elle n'est suffisante que si l'inculpé est assisté de son avocat (ATF 116 la 289).}, à l'audition des témoins à charge et à leur poser des questions. S'il ne peut être présent, il a alors le droit de prendre position sur la base du compte rendu écrit des témoignages ^{ATF 113 la 422}. Le prévenu a de même le droit de proposer des moyens de preuve, et donc l'audition de témoins à décharge, dans la mesure où ceux-ci sont pertinents ^{ATF 106 la 161}. Il est admis que le juge peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation des preuves qui lui sont encore proposées, il a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion ^{ATF 103 la 490}. Un recours (conformément aux règles

cantonaux de procédure) est ouvert contre le refus d'administrer une preuve ainsi requise.

282. Dans une récente affaire concernant la Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme s'est penchée sur le problème du témoignage de policiers hors de la présence de l'accusé et sans possibilité pour ce dernier ou son conseil d'interroger les témoins (il s'agissait d'une affaire de trafic de stupéfiants dans laquelle le témoignage d'un "agent infiltré" avait été déposé uniquement par écrit). Les autorités nationales justifiaient le refus de permettre l'interrogatoire du témoin par la défense par le souci de conserver son anonymat et de lui permettre ainsi de continuer ses enquêtes. Toutefois, la Cour devait considérer que :

"Ni le magistrat ni les juridictions ne purent ou ne voulurent ouïr Toni (l'agent infiltré) et procéder à une confrontation destinée à comparer les déclarations de celui-ci avec les allégations de M. Lüdi (l'inculpé); en outre, ni ce dernier ni son conseil n'eurent à aucun moment de la procédure l'occasion de l'interroger et de jeter un doute sur sa crédibilité. Il eut été possible pourtant de le faire de manière à prendre en compte l'intérêt légitime des autorités de police, dans une affaire de trafic de stupéfiants, à préserver l'anonymat de leur agent pour pouvoir non seulement le protéger mais aussi l'utiliser encore à l'avenir" Cour eur. D.H.; affaire Lüdi c. Suisse, arrêt du 15 juin 1992, Série A 238. ."

283. Suite à cet arrêt, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence en conséquence, jugeant inadmissible le témoignage d'un agent infiltré lorsque l'inculpé n'a pu lui être confronté et l'interroger Arrêt du Tribunal fédéral du 7 août 1992 (ATF 118 la 327). Ce principe vaut également pour l'audition de dénonciateurs : ATF 118 la 457.

Droit à l'assistance d'un interprète

284. Ainsi qu'on l'a mentionné précédemment (voir supra), les codes cantonaux de procédure pénale prévoient tous la présence d'un interprète lorsque le prévenu ne comprend pas (ou comprend mal) la langue du for. Conformément à la réserve déposée par la Suisse à l'article 14, alinéa 3 f) du Pacte, les frais d'interprète peuvent être ajoutés aux frais de justice et mis à la charge du condamné.

285. Il revient au prévenu qui désire être assisté d'un interprète à l'audience ou obtenir la traduction des pièces qui y sont produites d'en faire la demande expresse ATF 118 la 462. En règle générale le droit d'obtenir une

traduction du jugement n'est pas reconnu, à moins que cela n'apparaisse nécessaire à la régularité de la procédure (par exemple si la traduction est indispensable au dépôt efficace d'un recours) ATF 115 la 65, 118 la 462.

Droit à ne pas témoigner contre soi-même ou s'avouer coupable

286. L'article 41 PPF, qui a son équivalent dans les constitutions ou les procédures pénales cantonales (par exemple art. 74 Cst. bernoise, art. 4 Cst. nidwaldienne, art. 62 et 63 CPP valaisan), prescrit que le juge ne doit se permettre aucune contrainte, menace ou promesse, aucune indication contraire à la vérité, ni aucune question captieuse. Il lui est notamment interdit de recourir à de tels moyens pour chercher à provoquer un aveu. En tout état de cause, l'inculpé a le droit de refuser de répondre aux questions (ce droit est expressément consacré par certains textes, comme les codes bernois ou jurassien de procédure pénale). En pareil cas, la procédure est poursuivie nonobstant ce refus.

287. Si l'inculpé accepte de répondre, il n'est pas tenu de dire la vérité ATF 106 IV 372. Son attitude, qui prolonge l'enquête, peut toutefois être une cause du refus d'imputer la détention préventive sur la

peine prononcée ATF 86 IV 184, 103 IV 8.

288. Les commentaires consacrés aux dispositions permettant de déclarer irrecevables en justice les aveux ou autres témoignages obtenus par la torture (supra, ad article 8 du Pacte) sont également pertinents ici; il peut y être utilement renvoyé.

Alinéa 4

289. Les articles 82 à 99 et 369 à 373 du Code pénal fédéral imposent aux cantons certaines normes essentielles sur l'organisation des juridictions et la procédure à suivre à l'égard des enfants et des adolescents, même si les cantons restent libres de confier à des autorités judiciaires ou administratives le jugement des infractions commises par les mineurs.

290. Les articles 83 et 90 CP obligent notamment l'autorité compétente (à désigner par chaque canton) à constater les faits et, au besoin, à prendre des informations sur la conduite, l'éducation et la situation du mineur, ainsi qu'à requérir des rapports ou des avis d'experts sur son état physique et mental. Ce n'est en effet pas l'acte commis, mais - à l'occasion de cet acte - l'examen de la personnalité de l'enfant ou de l'adolescent (situation matérielle et morale, antécédents, caractère, état physique et mental, entourage, etc.) qui doit dicter et déterminer la décision que l'autorité compétente est appelée à rendre. Selon le résultat de cet examen, le juge devra décider si le mineur est normal ou pas et, en fonction du résultat auquel il arrivera, il classera le jeune délinquant dans l'une des trois catégories suivantes : les enfants et les adolescents qui ont besoin de soins éducatifs particuliers (art. 84 et 91 CP); ceux qui sont des malades physiques ou psychiques et qui ont besoin d'un traitement spécial (art. 85 et 92 CP) et enfin ceux qui ne sont ni en péril moral, ni anormaux ou malades.

291. Cette enquête préalable revêt une grande importance. D'une part, elle doit, comme toute enquête pénale, permettre d'établir les faits pour déterminer les éléments constitutifs de l'infraction et, d'autre part, d'individualiser le traitement, c'est-à-dire de classer le prévenu en vue d'ordonner une mesure adéquate. Toutes les informations nécessaires sur la conduite, l'éducation et la situation du mineur doivent être réunies. Des rapports ou des expertises sur son état physique et mental doivent être établis, le cas échéant. Enfin, les articles 83 et 90 CP permettent à l'autorité cantonale d'ordonner la mise en observation du mineur ou de l'adolescent.

292. En matière d'organisation judiciaire et de procédure applicable aux mineurs, les cantons sont compétents. Tous ont mis en place des tribunaux exclusivement chargés de juger les mineurs. L'on peut, de manière générale, dégager les principes communs suivants :

- a) Les principes de la procédure pénale ordinaire sont applicables à titre subsidiaire, dans la mesure où le législateur cantonal n'y a pas dérogé;
- b) Les principes éducatifs et sociaux, qui sont à la base du droit pénal des mineurs, doivent aussi bien apparaître au cours de l'enquête et du jugement que lors de l'exécution des peines ^{voir au sujet de} l'exécution des peines applicables aux mineurs supra, ad article 10 du Pacte.;
- c) Dans l'intérêt du mineur, la publicité des débats peut être réduite et le droit du prévenu de consulter certaines pièces du dossier peut être supprimé. Le mineur peut en outre être invité à se retirer pendant tout ou partie des débats;
- d) La défense d'office doit être accordée dans une plus large mesure que pour les adultes et dès la phase de l'instruction (ATF 111 la 81);
- e) Dans tous les cantons on veille à conduire des instructions séparées dans les affaires impliquant des coïnculpés majeurs et mineurs.

293. Traditionnellement et compte tenu des objectifs pédagogiques et d'aide sociale de la procédure applicable aux mineurs, les cantons connaissent le principe dit de l'union personnelle, selon lequel c'est le même juge qui conduit l'instruction, prononce le jugement et a compétence en matière d'exécution des peines.

294. Cette pratique a été critiquée sous l'angle de la garantie du juge impartial, telle que prévue à l'article 6§1 CEDH Voir par exemple Hotelier, M. : "Le droit des mineurs d'être jugés par un tribunal impartial au sens de l'article 6§1 CEDH", in *La Semaine judiciaire*, 1989, p. 133ss.. Un Tribunal genevois a jugé en 1988 que la règle de la séparation entre juge d'instruction et juge du fond devait également s'appliquer en procédure des mineurs Arrêt de la Cour de cassation du canton de Genève du 29 avril 1988. La pratique dans les autres cantons n'a cependant pas été modifiée en ce sens, ce qui semble conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a récemment refusé de déclarer contraire à l'article 6§1 CEDH le fait que le même juge ait décidé de la mise en détention préventive d'un jeune Hollandais, mené l'instruction et conduit le procès Cour Eur. D.H., affaire Nortier c. Pays-Bas, arrêt du 24 août 1993, Série A 267..

Alinéa 5

295. Les recours dont dispose une personne reconnue coupable d'une infraction pénale sont mentionnés dans le document de base formant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29), auquel il est ici renvoyé. Ces recours répondent aux exigences de l'article 14, alinéa 5 du Pacte. L'on ajoutera cependant, s'agissant des voies de recours en matière pénale, les précisions suivantes. Une fois épuisées les voies de recours prévues dans les lois de procédure cantonales, le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral est ouvert à l'accusé ou ses ayants cause, à l'éventuel plaignant, ainsi qu'à l'accusateur public du canton pour violation du droit fédéral. Le recours de droit public pour violation des droits constitutionnels est réservé (art. 269 PPF). Le pourvoi s'exerce par le dépôt d'une déclaration, dans les 10 jours dès la communication selon le droit cantonal de la décision attaquée, auprès de l'autorité qui l'a prise. Le pourvoi doit être motivé dans les 20 jours suivant la réception de la décision écrite. Par la suite, un ou plusieurs échanges d'écritures peuvent être ordonnés, exceptionnellement des débats sont autorisés (art. 276 PPF). En cas d'admission du pourvoi, la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouveau jugement (art. 277 ter PPF). Dans le cadre du pourvoi en nullité, la cognition du Tribunal fédéral est cependant limitée à l'application du droit; il ne s'agit donc vraisemblablement pas d'un véritable appel au sens de l'article 14, alinéa 5 du Pacte Cf. Novak, M. : "CCPR Commentary", Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1993, p. 268. Il a été mentionné dans le cadre du présent rapport par souci d'exhaustivité.

296. Le principe du double degré de juridiction ne peut être appliqué lorsqu'une personne est condamnée, en première instance, par le Tribunal fédéral, conformément aux articles 340ss CP et 7 à 12 PPF. C'est la raison pour laquelle la Suisse a ratifié l'article 14, alinéa 5, du Pacte en réservant la législation fédérale en matière d'organisation judiciaire sur le plan pénal, qui prévoit une exception au droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation, lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction, soit le Tribunal fédéral.

Alinéa 6

297. Dans l'ordre juridique fédéral comme dans celui des cantons, l'erreur judiciaire qui a entraîné la révision d'une décision de condamnation donne un droit à réparation à celui qui en a été victime (par exemple art. 237 PPF, 357 CPP bernois, 332 CPP jurassien). Ce droit est aussi garanti par l'article 3 du Protocole No 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, en vigueur pour la Suisse depuis le 1er novembre 1988.

298. Si certains cantons (Berne, Bâle-campagne, Appenzell Rhodes-extérieures, Glaris, Lucerne,

Valais, Genève, Fribourg, Jura) reconnaissent la liberté d'appréciation des autorités compétentes pour octroyer le versement d'une indemnisation, d'autres, ainsi que les lois fédérales, accordent à la personne condamnée à tort un droit à réclamer une telle indemnisation lorsque des conditions légales sont remplies. Cantons et Confédération prévoient une indemnisation non seulement pour le cas où l'erreur judiciaire serait découverte au cours d'une procédure de révision, mais également en cas de non-lieu ou d'acquiescement. Dans ces cas, la personne injustement condamnée obtient la réintégration dans tous ses droits, les amendes et les frais payés lui étant restitués. Elle a en outre droit au remboursement de ses frais de défense et, selon la jurisprudence fédérale, peut réclamer une indemnité pour le préjudice matériel et moral subi. Seuls deux cantons (Zoug et Appenzell Rodes-intérieures) limitent ce droit à indemnisation aux seuls dommages matériels découlant de la privation de liberté. sauf

comportement fautif ayant causé sa condamnation injustifiée ATF 84 IV 46. Piquerez G. : "Précis de procédure pénale suisse", Payot (CJR), Lausanne, 1987, p. 483.

299. En Suisse, les erreurs judiciaires sont corrigées par la voie de la révision, en cas de présentation d'un fait nouveau ou nouvellement révélé, et non, comme dans d'autres Etats, par la voie de la grâce. En effet, dans la conception suisse, la grâce n'annule pas le jugement, contrairement à la révision, mais en supprime l'exécution ATF 80 IV 11. Aussi, en Suisse, aucune demande d'indemnisation ne pourra-t-elle être formulée sur la base de l'article 14 du Pacte suite à l'octroi d'une grâce.

Alinéa 7

300. La règle selon laquelle nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif (ne bis in idem) est l'un des effets du principe de l'autorité de la chose jugée. Elle a en droit suisse un caractère d'ordre public et de droit fédéral (ATF 56 I 75, 86 IV 50). L'exception de chose jugée est soulevée d'office, à n'importe quel stade du procès. Pour que la règle s'applique il faut toutefois une identité de personne, d'objet et de cause dans le second procès Piquerez, G. : "Précis de procédure pénale suisse", Payot (CJR), Lausanne, 1987, p. 472 et 473.

301. La condition de l'identité de cause en particulier interdit que l'individu jugé dans les formes légales soit à nouveau poursuivi, à raison du même fait, sous une qualification différente. Cependant, pour le Tribunal fédéral, "la décision rendue par une autorité pénale ne jouissant que d'un pouvoir d'examen limité ratione materiae ne donne lieu à l'application de la règle ne bis in idem que dans le cadre restreint de la sphère de compétence de cette autorité. Elle n'empêche pas qu'un nouveau jugement soit rendu à raison des mêmes faits, lorsque ceux-ci constituent également une autre infraction, qu'il appartient à une autorité différente de sanctionner" ATF 112 II 79. Il s'agissait en l'espèce de la possibilité pour l'autorité judiciaire de poursuivre un automobiliste pour lésions corporelles par négligence, alors que sa conduite avait déjà été sanctionnée d'une contravention par l'autorité administrative compétente en matière de respect des règles de la circulation.

302. Notons enfin que le Code pénal suisse applique le principe de l'interdiction de la double condamnation et renonce à une nouvelle poursuite, ou impute la peine subie à l'étranger lorsque l'auteur d'une infraction a déjà été jugé par un tribunal étranger pour la même infraction et qu'il est à nouveau poursuivi en Suisse pour le même acte (art. 3 à 7 CP). Le Protocole No 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, en vigueur pour la Suisse depuis le 1er novembre 1988, contient une garantie comparable au présent alinéa 7.

Article 15

303. L'adage nulla poena sine lege trouve sa traduction dans l'article 7 CEDH comme dans les articles 1er du Code pénal et du Code pénal militaire suisses qui prévoient que "nul ne peut être puni

s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi". La place donnée par le législateur à ce principe souligne l'importance qu'il octroie à son respect absolu. Si ces articles ne sont directement applicables qu'au niveau fédéral, le Tribunal fédéral en a étendu la portée aux rares domaines encore réservés au droit pénal cantonal en en déclarant le contenu partie intégrante des libertés publiques garanties par la Constitution. L'article 335 du Code pénal fédéral laisse aux cantons la compétence de légiférer sur les contraventions de police qui ne sont pas l'objet de la législation fédérale, ainsi que sur les contraventions aux prescriptions cantonales d'administration, de procédure ou fiscales. (cf. ATF 112 la 112).

304. Il ressort de la jurisprudence que le principe nulla poena sine lege est violé lorsqu'un citoyen est poursuivi pénalement pour un acte non sanctionné par la loi pénale ou lorsque un juge prétend interpréter la loi pénale de façon à l'appliquer à un acte qui, selon les règles d'interprétation communément admises en matière pénale, ne saurait en relever (cf. ATF 112 Ia 107). Il a ainsi été jugé, par exemple, que l'abus d'usage d'une carte de crédit, non spécifiquement sanctionné, ne pouvait être puni que par le législateur et non pas par l'interprétation judiciaire d'autres dispositions du Code pénal (cf. ATF 112 IV 82).

305. Le principe de la lex mitior, également inclus dans l'article 15 du Pacte, figure lui aussi dans le Code pénal (art. 2) et le Code pénal militaire (art. 8). La personne en cours de jugement au moment du changement de loi en bénéficie. En outre, l'article 336 CP précise, s'agissant de l'exécution des jugements rendus en conformité de lois pénales antérieures à l'entrée en vigueur du Code pénal, que la peine ne pourra plus être exécutée si le présent code ne réprime pas l'acte à raison duquel la condamnation est intervenue (art. 336 lit. a CP). Cet article avait pour objet principal de régler le passage des codes pénaux cantonaux au Code pénal fédéral unifié. Dans le cadre de la révision de la Partie générale du Code pénal, il est prévu d'adapter cette disposition aux besoins actuels. Celle-ci ne s'appliquera désormais plus seulement aux peines, mais également aux mesures. L'avant-projet d'article 336 CP a la teneur suivante : "Si un jugement a été rendu en conformité d'une loi antérieure, la peine ou la mesure ne peut plus être exécutée si le présent code ne réprime pas l'acte en raison duquel la condamnation est intervenue".

Article 16

306. La reconnaissance absolue de la personnalité juridique de l'individu découle, en droit constitutionnel suisse, de la liberté personnelle. Celle-ci est un droit constitutionnel non écrit consacré par le Tribunal fédéral en 1963 et qui protège, ainsi qu'on l'a déjà indiqué, "toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine" ATF 109 la 273, spéc. 279. A ce titre, elle est garantie aux Suisses comme aux étrangers.

307. L'article 11 du Code civil suisse dispose que toute personne jouit des droits civils et qu'en conséquence chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations. La personnalité juridique est protégée de la naissance à la mort; l'enfant conçu jouit des droits civils à la condition qu'il naisse vivant (article 31 du Code civil).

308. Si la jouissance des droits civils, et donc la reconnaissance de la personnalité juridique de chacun, ne souffre aucune exception, l'exercice des droits civils, c'est-à-dire la capacité de s'obliger par ses propres actes, est soumis à diverses conditions telles la capacité de discernement, la majorité civile et l'absence d'interdiction au sens des articles 369ss du Code civil qui prévoient certains cas (ivrognerie, prodigalité, faiblesse d'esprit, demande de la personne concernée) dans lesquels un tuteur est nommé.

309. L'article 27 du Code civil prescrit que nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils. En ce qui concerne l'exercice des droits civils, il convient toutefois de réserver le cas de l'interdiction volontaire au sens de l'article 372 du Code civil, lorsque les conditions en sont remplies (faiblesse

sénile, infirmité ou inexpérience). De même,

aux termes de l'article 49, alinéa 4, de la Constitution, l'exercice des droits civils et politiques ne peut être restreint par des prescriptions ou des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse.

Article 17

Généralités

310. L'article 17 du présent Pacte protège contre toute immixtion illégale ou arbitraire dans la vie privée, la famille, le domicile et la correspondance. Il prohibe aussi les atteintes illégales à l'honneur et à la réputation.

311. Dans l'ordre juridique suisse, ces garanties sont prévues par diverses normes de rang constitutionnel, parfois non-écrit. Il convient de mentionner les articles 4 (égalité), 36, alinéa 4, (secret des postes) et 34 quinquies (politique familiale) de la Constitution fédérale, ainsi que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui contient des prescriptions semblables à celles de l'article 17 du Pacte. Toutefois, c'est la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a fait du droit au respect de la vie privée et familiale un aspect du droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle ATF 102 la 516 et ATF 109 la 279.

Le droit au respect de la vie privée

En général

312. La garantie constitutionnelle du respect de la vie privée interdit à l'Etat, sauf exceptions prévues par la loi et proportionnées au but poursuivi, de s'immiscer dans la sphère intime de l'individu, à l'intérieur de laquelle celui-ci peut développer sa personnalité. La sphère intime comprend notamment la santé, les convictions philosophiques et religieuses, les relations professionnelles ou privées (et notamment sexuelles) avec autrui. En cas d'immixtions illégales ou arbitraires de l'Etat ou de tiers dans sa vie privée, l'individu dispose de diverses actions civiles (articles 28ss du Code civil sur la protection de la personnalité) ou pénales (articles 173ss du Code pénal, relatifs aux infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé).

Aspects particuliers

313. Fouilles et perquisitions. Les fouilles et perquisitions ne sont possibles que si elles sont prévues par la loi (les codes de procédure pénale et les règlements pénitentiaires contiennent des dispositions réglementant les conditions des perquisitions, fouilles et fouilles corporelles. Voir à titre d'exemple les articles 67 à 73 de la loi de procédure pénale fédérale, annexée).

314. S'agissant des contrôles d'identité, le Tribunal fédéral considère qu'une personne ne pouvant justifier de son identité peut être contrainte de se rendre au poste de police pour vérification, pour autant qu'il existe un état de fait justifiant une telle mesure (présence en un lieu où un acte criminel vient d'être perpétré, ressemblance avec une personne recherchée, etc.).

315. Les règlements pénitentiaires et, parfois, les codes cantonaux de procédure pénale prescrivent que la fouille corporelle doit être faite par une personne du même sexe. La jurisprudence du Tribunal fédéral l'impose en tout état de cause, même en l'absence de règles spécifiques ATF 109 la 154. Des exceptions ne sont tolérables que dans des cas particuliers et pour des exigences impératives de sécurité (même arrêt).

Un projet de révision de la partie générale du Code pénal suisse prévoit expressément que les fouilles corporelles ne peuvent être effectuées que par une personne du même sexe.

316. La nouvelle loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5, annexée) contient des dispositions visant à préserver la vie privée et l'intimité de la victime au cours de la procédure pénale (voir notamment les articles 5 et 6 de la loi).

317. Protection des données. Entrée en vigueur le 1er juillet 1993, la nouvelle loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données personnelles (ci-après LPD, annexée) regroupe et complète les normes en la matière, lesquelles étaient jusqu'ici lacunaires et disséminées dans divers textes légaux. Cette loi contient des principes applicables tant à l'administration publique qu'aux particuliers.

318. A la même date que la LPD sont également entrées en vigueur :

Une modification du 19 juin 1992 du Code pénal établissant les bases légales fondant les échanges d'informations entre la Confédération et les cantons en matière de poursuite pénale. Il s'agit des dispositions relatives au système de recherche informatisé RIPOL (art. 351 bis), aux échanges de données par INTERPOL (art. 351 ter à 351 sexies), au service d'identification du Ministère public de la Confédération (art. 351 septies), ainsi qu'à la communication de renseignements concernant des procédures pénales en cours (art. 363bis);

Une modification du 19 juin 1992 de la procédure pénale fédérale permettant d'ancrer les bases légales de la protection des données dans le domaine des recherches de la police judiciaire et de créer des bases légales précises concernant les mesures de contrainte ordonnées par la police judiciaire;

Une modification du 19 juin 1992 du Code pénal introduisant un article 321 bis régissant le secret professionnel en matière de recherche médicale et permettant la levée du secret médical à des fins de recherche médicale, ainsi qu'un article 179 novies sanctionnant la soustraction de données personnelles;

Une modification du Code des obligations prévoyant que l'employeur ne peut, dans le cadre du contrat de travail, réunir que les données relatives à son employé qui sont indispensables aux rapports de travail (art. 328, lit b CO);

Une modification du 19 juin 1992 de la loi fédérale sur le droit international privé réglant le for en matière d'actions en exécution du droit d'accès et le droit applicable;

Une modification du 19 juin 1992 de la loi fédérale d'organisation judiciaire (art. 100);

L'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD);

L'ordonnance du 14 juin 1993 concernant le traitement des données personnelles lors de l'application de mesures préventives dans le domaine de la protection de l'Etat;

L'ordonnance du 14 juin 1993 concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale (OALSP).

319. La loi fédérale sur la protection des données s'applique à tout traitement de données personnelles effectué par des organes fédéraux ou des personnes privées (physiques ou morales). Elle suit une approche non technologique et couvre ainsi aussi bien les traitements automatisés que les traitements manuels de données personnelles. Elle protège la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques et des personnes morales au sujet desquelles des données personnelles sont traitées. Certaines exceptions sont prévues quant au champ d'application et en particulier la loi ne s'applique en principe pas aux traitements de données personnelles effectués par

des organes cantonaux. La loi leur est néanmoins applicable lorsqu'ils ne sont pas soumis à des dispositions cantonales de protection des données et qu'ils traitent des données en exécution du droit fédéral.

320. La loi définit des principes généraux applicables au traitement des données et qui constituent le noyau dur de la LPD : licéité de la collecte, bonne foi, proportionnalité, finalité du traitement, exactitude des données, garantie des droits de la personnalité lors de communication à l'étranger, sécurité des données. En outre, la LPD énonce des règles matérielles régissant le traitement des données personnelles.

321. Dans le secteur privé, ces règles sont calquées sur les dispositions du droit de la personnalité du Code civil suisse (art. 28); ainsi, quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées. La LPD précise en particulier qu'il y a une atteinte illicite à la personnalité lorsque des données sont traitées en violation des principes généraux du traitement ou contre la volonté expresse de la personne concernée, ou lorsque des données sensibles ou des profils de la personnalité sont communiqués à des tiers, pour autant que celui qui traite ou communique ces données ne puisse pas faire valoir un motif justificatif. La LPD énonce trois motifs justificatifs : le consentement de la personne concernée, l'intérêt prépondérant privé ou public ou la loi. Elle énonce également certains cas où le traitement de données personnelles peut constituer un intérêt prépondérant: le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat, le traitement s'inscrit dans un rapport de concurrence économique actuel ou futur avec une autre personne (sans communication à des tiers), les données sont traitées en vue d'évaluer le crédit d'une personne (ne porte pas sur des données sensibles ou des profils de la personnalité) et ne sont communiquées à des tiers que s'ils en ont besoin pour conclure ou exécuter un contrat, les données sont traitées à des fins ne se rapportant pas à des personnes (notamment statistiques), les données sont traitées en vue d'une publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique, les données concernant une personnalité publique, dans la mesure où ces données se réfèrent à son activité publique. Enfin, il n'y a pas atteinte illicite à la personnalité si la personne concernée a rendu ses données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée au traitement.

322. Dans le secteur public, la LPD est bâtie sur le principe de l'interdiction du traitement de données personnelles sauf si celui-ci repose sur une base juridique conformément au principe de la légalité de l'activité administrative. En particulier, le traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité doit être en principe expressément régi par une loi au sens formel (lois fédérales et arrêtés fédéraux de portée générale sujets au référendum, résolutions d'organisations internationales contraignantes pour la Suisse et traités de droit international approuvés par l'Assemblée fédérale, comportant des règles de droit). La LPD régit également spécialement certaines phases du traitement, telles que la collecte, la communication et la destruction/conservation des données. Ainsi, la communication de données personnelles par des organes fédéraux ne peut, en règle générale, intervenir que s'il existe une base juridique ou si le destinataire a, en l'espèce, absolument besoin de ces données pour accomplir sa tâche légale. Elle peut également avoir lieu si la personne concernée y a consenti ou si les circonstances permettent de présumer un tel consentement, si la personne concernée a rendu ses données accessibles à tout un chacun ou si le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes.

323. La LPD aménage également les droits des personnes concernées. En particulier, elle garantit le droit d'accès selon lequel toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données le concernant sont traitées. Celui-ci doit lui communiquer toutes les données qui la concernent et qui sont contenues dans le fichier, ainsi que le but et la base juridique du traitement, les catégories de données traitées, de participants au fichier et de destinataires des données. Le droit d'accès n'est pas absolu et peut dans certains cas définis par la loi (notamment loi au sens formel, intérêt prépondérant d'un tiers, intérêt public prépondérant, intérêt prépondérant du maître de fichier privé,

compromission d'une instruction pénale ou d'une procédure d'instruction) être refusé, restreint ou différé. La personne concernée a également le droit de faire rectifier ou détruire les données inexactes et illicites, de faire valoir ses droits devant les autorités judiciaires ou encore de s'opposer, dans une certaine mesure, au traitement ou à la communication de données personnelles.

324. Les maîtres de fichier doivent en outre remplir certaines obligations. En particulier, ils doivent annoncer leurs fichiers au préposé fédéral à la protection des données pour enregistrement dans le registre des fichiers. Ce registre est public. Les organes fédéraux doivent annoncer tous leurs fichiers de données personnelles, alors que les privés doivent uniquement les annoncer lorsqu'ils traitent régulièrement des données sensibles ou des profils de la personnalité ou lorsqu'ils communiquent régulièrement des données à des tiers. Ce devoir d'annonce tombe si le maître de fichier privé est tenu, en vertu d'une obligation légale, de traiter ou de communiquer les données ou si la personne concernée a connaissance du traitement ou de la communication. Les maîtres de fichier doivent également annoncer le transfert de fichiers à l'étranger dans les cas où la communication ne découle pas d'une obligation légale et qu'elle a lieu à l'insu des personnes concernées. Les maîtres de fichier doivent, de plus, garantir la protection des données en prenant des mesures techniques et organisationnelles appropriées (sécurité des données) qui sont précisées dans l'OLPD en termes d'objectifs à atteindre.

325. Enfin, la LPD prévoit des organes chargés de surveiller l'application des dispositions fédérales de la protection des données. Il s'agit tout d'abord du préposé fédéral à la protection des données, qui est un organe de conseil et de contrôle autonome ne disposant pas d'un pouvoir de décision. Toutefois, il peut émettre des recommandations lorsqu'un organe fédéral traite des données personnelles en violation des dispositions légales. Il peut également émettre des recommandations à l'encontre des personnes privées qui traitent des données personnelles lorsqu'une méthode de traitement est susceptible de porter atteinte à la personnalité d'un grand nombre de personnes (erreur de système), lorsque des fichiers doivent être enregistrés ou des communications à l'étranger doivent être déclarées. Le préposé fédéral dispose d'un pouvoir d'investigation étendu. Parmi ses différentes attributions légales, figure le devoir d'informer régulièrement le Conseil fédéral de ses activités et constatations. Ces rapports sont publiés. Le préposé doit également conseiller les personnes privées ou les organes publics en matière de protection des données et peut informer le public de ses constatations et recommandations lorsqu'il en va de l'intérêt général. Le second organe spécifique chargé de la surveillance de l'application des dispositions fédérales de la protection des données est la Commission fédérale de la protection des données. Il s'agit d'une commission d'arbitrage et de recours.

326. On peut encore signaler que, parallèlement à l'entrée en vigueur de la LPD, le Conseil fédéral a décidé d'entamer la procédure de ratification de la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, de 1981. Le message correspondant à l'adresse du Parlement fédéral est en préparation de sorte qu'une ratification peut être envisagée au début de la prochaine législature.

327. En ce qui concerne les cantons, 14 d'entre eux disposent d'une loi sur la protection des données. Il s'agit des cantons de Genève, Vaud, Neuchâtel, Valais, Jura, Berne, Tessin, Thurgovie, Lucerne, Bâle-campagne, Bâle-ville, Uri, Schaffhouse et Zurich. D'autres disposent de réglementations sous forme d'ordonnance ou de directives (par exemple Schwyz, Grisons, Soleure, Appenzell Rhodes-externes, Zoug). Enfin plusieurs cantons s'approprient dans les deux ou trois ans à venir à adopter une telle loi (par exemple Fribourg, Glaris, Soleure).

Protection de la vie familiale

En général

328. En Suisse, la reconnaissance de la famille en tant qu'élément fondamental de la société ainsi que

sa protection par l'Etat sont ancrées dans les articles 54 et 34 quinquies de la Constitution fédérale. Le premier protège le droit au mariage alors que le second prescrit à la Confédération de tenir compte, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés, des besoins de la famille. Il convient d'y ajouter les articles 12 et 8 CEDH qui protègent respectivement le droit au mariage librement consenti et la vie privée et familiale.

329. Il n'existe pas dans l'ordre juridique suisse une définition "standard" de la famille. Au contraire, la notion est mouvante et peut englober des situations différentes suivant qu'il s'agit de droit privé, de droit fiscal, de police des étrangers ou de législation sociale, par exemple. Ainsi, la notion de famille pourra englober un cercle plus ou moins large de personnes en fonction des buts de la réglementation considérée. S'il faut néanmoins dégager une définition de la famille, l'on retiendra celle proposée par un groupe d'experts fédéraux en 1982 :

"Groupe social, fondé sur les relations entre parents et enfants et reconnu comme tel par la société, c'est-à-dire institutionnalisé" Cf. "La politique familiale en Suisse", Rapport final présenté au Chef du Département fédéral de l'intérieur par le Groupe de travail "Rapport sur la famille", 1982, p. 7.

330. Selon cette définition, la principale caractéristique de la famille est la présence d'enfants. Elle permet de prendre en considération toutes les formes de la famille, y compris celles qui sont composées d'une mère ou d'un père seuls pour élever leurs enfants, ou celles dont les enfants vivent à l'extérieur pour les besoins de leur éducation. Elle n'est toutefois pas limitative ni juridiquement contraignante. Ainsi, par exemple, l'absence d'enfants n'empêche pas un couple d'étrangers mariés d'obtenir en Suisse le regroupement familial (sur ce sujet voir infra).

331. L'on peut enfin mentionner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la notion de "vie familiale" (reprise en principe par le Tribunal fédéral), selon laquelle les liens protégés s'étendent en tout cas à la parenté "jouant un rôle déterminant dans la famille" Sur la notion de "vie familiale" telle qu'elle découle de la jurisprudence de la Cour européenne et du Tribunal fédéral, voir notamment Mock, P. : "Mesures de police des étrangers et respect de la vie privée et familiale", in Revue de droit suisse, 1993, No 2 et les références citées.. Ce principe, susceptible d'interprétations très souples, permet de tenir compte des hypothèses et besoins particuliers de chaque domaine de l'application du droit.

Aspects particuliers

332. Le droit au respect de la vie familiale implique principalement que les membres d'une famille sont libres de vivre ensemble. Ce droit n'est toutefois pas absolu et tolère des limitations dont les principales sont évoquées ci-dessous.

333. Des dispositions de droit civil (Code civil, troisième partie "de la tutelle"; art. 296ss "de l'autorité parentale") règlent en détail les conditions et la forme des ingérences de l'autorité civile dans la vie familiale lorsque l'intérêt de l'enfant requiert que des mesures soient prises (curatelle, tutelle, retrait du droit de garde ou de l'autorité parentale, etc.). Il en va de même en matière d'attribution du droit de garde et de l'autorité parentale ainsi que du droit de visite suite à un divorce Voir aussi infra, ad articles 23 et 24 du Pacte..

334. Les Etats ont en principe le droit souverain de décider de l'entrée et du séjour des étrangers sur leur territoire. L'exercice de ce droit souverain est notamment limité en certaines circonstances par le droit au respect de la vie familiale Voir en ce sens l'Observation générale du Comité 15 (27) "Situation des étrangers au regard du Pacte", spécialement le paragraphe 5. Les paragraphes suivants sont consacrés à la réglementation suisse en matière de regroupement familial des ressortissants étrangers.

335. Il existe deux dispositions de droit fédéral conférant un droit au regroupement familial. Il s'agit des articles 7 et 17 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (ci-après LSEE, annexée). L'article 7, alinéa 1, LSEE confère un droit au conjoint étranger d'un ressortissant suisse à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour, même si les époux ne font pas ménage commun. Ces droits s'éteignent s'il existe un motif d'expulsion ou en cas de mariage blanc (même article). S'agissant du conjoint d'un ressortissant étranger au bénéfice d'une autorisation d'établissement en Suisse ^{Sur les divers types d'autorisation de séjour en Suisse, voir supra, ad article 12.}, il a également un droit à l'autorisation de séjour aussi longtemps que les époux vivent ensemble. Ce droit s'étend aux enfants célibataires âgés de moins de 18 ans pour autant qu'ils vivent avec leurs parents. Le droit s'éteint lorsque l'intéressé enfreint l'ordre public (art. 17 LSEE). Cependant, dans la pratique, seule une infraction grave peut entraîner une perte du droit.

336. Les autres étrangers voient leur regroupement familial réglé dans l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre d'étrangers (ci-après OLE, annexée), laquelle ne confère pas un droit au regroupement familial. En règle générale, les étrangers dont le séjour en Suisse n'est que temporaire (saisonniers; stagiaires; étudiants, etc.) ne peuvent prétendre au regroupement familial (art. 38, al. 2, OLE). Toutefois, les membres de leur famille ont la possibilité de séjourner auprès d'eux dans le cadre de séjours de visite (soit deux fois trois mois par an). Selon l'article 38, alinéa 1, OLE, un étranger au bénéfice d'une autorisation de séjour annuelle peut être autorisé à faire venir en Suisse son conjoint et ses enfants de moins de 18 ans dont il a la charge. Cette possibilité est subordonnée à plusieurs conditions : un séjour et, le cas échéant, une activité lucrative paraissant suffisamment stables, une vie en communauté avec sa famille dans un logement convenable et des ressources financières suffisantes. Ces conditions, aussi longtemps qu'elles ne sont pas remplies, peuvent restreindre la possibilité pour les personnes touchées par ces prescriptions de vivre en famille.

337. Ainsi qu'on l'a relevé plus haut, il n'existe pas en droit suisse de définition générale de la "famille". En matière d'immigration et de regroupement familial la famille ne comprend en principe que le conjoint et les enfants célibataires âgés de moins de 18 ans ^{Articles 7 et 17 LSEE, article 38 OLE.} Toutefois, selon les obligations bilatérales contractées par la Suisse envers l'Italie, l'Espagne et le Portugal, l'âge limite permettant le regroupement familial a été élevé à 20 ans pour les ressortissants de ces pays.

338. Compte tenu de l'interprétation donnée à l'article 8 CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence du Tribunal fédéral a cependant évolué pour admettre que, dans certaines circonstances particulières, un enfant majeur peut se prévaloir de son droit au respect de sa vie familiale aux fins d'obtenir le droit de rejoindre ses parents en Suisse ^{ATF 115 lb 1.} Il s'agissait en l'espèce d'une jeune italienne âgée de 21 ans, handicapée et que ses parents, après l'avoir confiée à une école spécialisée en Italie, souhaitaient voir la rejoindre en Suisse. ^{A la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Cour Eur. D. H.; Affaire Berrehab, arrêt du 21 juin 1988, série A 138.}, le Tribunal fédéral a également modifié sa jurisprudence et entre désormais en matière sur les recours fondés sur l'article 8 CEDH en cas de refus d'une autorisation de séjour à un enfant ou à celui de ses parents auquel l'autorité parentale n'a pas été attribuée ^{ATF 115 lb 97.} Il faut cependant que la relation familiale soit intacte, effectivement vécue et que l'un des intéressés ait le droit de s'établir en Suisse ^{Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral réserve toutefois l'abus de droit.}

339. Prise à la lettre, la législation suisse n'accorde pas le regroupement familial aux concubins. Dans la pratique cependant, les autorités peuvent accorder, à titre d'exception, un permis de séjour lorsque la relation de concubinage est stable et que les concubins ont un enfant commun ou qu'un obstacle légal s'oppose à la conclusion du mariage.

340. Les homosexuels vivant en couple sont exclus du champ d'application des règles suisses sur le regroupement familial, ainsi que de la protection de la vie familiale offerte par les articles 8 CEDH et 17 du Pacte. Dans la pratique, un permis de séjour peut, dans un cas personnel d'extrême gravité, être

accordé à titre exceptionnel.

Protection du domicile

341. Au sens du Code civil suisse, le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'établir (art. 23 CCS). Ce n'est toutefois pas dans ce sens strict qu'il convient ici d'interpréter le terme domicile; au contraire, il convient d'y englober le lieu où une personne a sa résidence habituelle (y compris une résidence de vacances) et celui où elle exerce sa profession habituelle ^{Observation générale du Comité No 16 (32), paragraphe 5.}, pour autant toutefois que des relations de type personnel y soient nouées (études d'avocats par exemple) ou qu'il soit difficile de distinguer les activités professionnelles et privées de l'intéressé. Le domicile ainsi défini est protégé contre les immixtions illégales ou arbitraires, qu'elles soient le fait de l'Etat ou de particuliers.

342. S'agissant d'atteintes portées par des particuliers, les dispositions du Code pénal réprimant les atteintes au domaine privé ou secret, en particulier les articles 179 bis à 179 septies, rendent notamment punissables l'enregistrement de conversations non publiques et leur mise en circulation ainsi que la violation du domaine privé au moyen d'appareils de prises de vues ou l'abus du téléphone. La législation en matière de police des constructions, de protection de l'environnement et le droit civil (relations de voisinage) contribuent également à protéger le domicile contre les atteintes causées par des tiers.

343. En ce qui concerne les atteintes au droit à la protection du domicile portées par l'Etat, il s'agit principalement des cas de fouilles domiciliaires ou de surveillance ordonnées dans le cadre d'enquêtes pénales. Ces atteintes sont soumises aux obligations générales de légalité et de proportionnalité (voir à titre d'exemple les articles 66ss de la loi fédérale de procédure pénale, annexée). Ainsi l'article 179 octies CP prescrit-il que n'est pas punissable celui qui, en vertu d'une autorisation expresse de la loi, ordonne des mesures officielles de surveillance de la correspondance postale, téléphonique ou télégraphique de personnes déterminées ou prescrit l'utilisation d'appareils techniques de surveillance, à condition qu'il demande immédiatement l'autorisation du juge compétent. Cette approbation peut être donnée aux fins de poursuivre ou de prévenir un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie l'intervention.

Protection de la correspondance

344. L'article 36, alinéa 4, de la Constitution garantit l'inviolabilité du secret des lettres et des télégrammes. C'est un droit constitutionnel spécifique protégeant la personnalité de l'individu ^{ATF 109 la 280.} S'agissant du champ de protection, le mode de transmission et la technique adoptée ne sont pas déterminants, les transmissions téléphoniques ou par télécopie sont donc également protégées. Ainsi qu'on l'a relevé plus haut, les articles 179ss du Code pénal rendent punissables la violation des plis et colis fermés ainsi que l'écoute et l'enregistrement de conversations privées.

345. Le secret des postes peut toutefois subir certaines restrictions, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles soient d'intérêt public et qu'elles répondent au principe de la proportionnalité. De façon générale, l'on peut dire que les mesures de surveillance requièrent une base légale tant en droit des postes et télégraphes qu'en droit pénal et de procédure pénale. En principe une surveillance n'est autorisée que si la poursuite pénale a pour objet un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité le justifie, des faits déterminés rendent la personne à surveiller suspecte d'être l'auteur de l'infraction ou d'y avoir participé et si, à défaut de surveillance, les investigations nécessaires étaient notablement plus difficiles à mener ou si d'autres actes d'instruction n'ont pas donné de résultat. Les organes de surveillance sont tenus de se borner aux éléments qui justifient une surveillance spécifique. Il est donc aussi nécessaire de requérir l'approbation du juge compétent (art. 179 octies CP). En outre, ils doivent veiller à ce que les éléments recueillis ne parviennent pas à la connaissance de tiers et, sauf exceptions fondées principalement sur la sécurité intérieure ou extérieure du pays, à informer postérieurement la personne concernée des motifs, de la

durée et du mode de la surveillance effectuée (voir à titre d'exemple les articles 66 à 66 quinquies de la loi fédérale de procédure pénale, annexée).

346. S'agissant de la correspondance des personnes se trouvant en détention préventive ou en prison, voir ci-dessus les chapitres consacrés aux articles 9 et 10 du Pacte ainsi que et surtout les commentaires consacrés plus loin à l'article 19, alinéa 3, du Pacte. Il est généralement admis que si les détenus ont les mêmes droits qu'une personne libre au respect de leur correspondance, les exigences normales et raisonnables de la détention sont toutefois pertinentes pour évaluer la justification de toute ingérence dans ce droit (limitation du nombre de lettres hebdomadaires que peut écrire un détenu, contrôle ou rétention de la correspondance).

Protection contre les atteintes illégales à la réputation

347. Toute personne à la réputation de laquelle il a été porté atteinte, soit par un particulier soit par un représentant de l'Etat ^{Dans ce cas, il faudra au préalable requérir, le cas échéant, l'autorisation de poursuivre. Cf. supra, ad article 2, alinéa 3, du Pacte.}, dispose des actions civiles (art. 28ss CCS, en particulier, s'agissant des atteintes par voie de presse, art. 28 lit. g ss CCS instituant un droit de réponse) et pénales (diffamation, calomnie et injure, art. 173 à 177 CP).

Article 18

Alinéas 1 à 3

348. En Suisse, la liberté de conscience et de croyance est inviolable. Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse, de suivre un enseignement religieux, d'accomplir un acte religieux, ni encourir de peines de quelque nature qu'elles soient pour cause d'opinion religieuse (article 49 de la Constitution). Cette garantie, qui oblige l'Etat à une neutralité religieuse ^{ATF 113 I 307.}, protège toutes les convictions ou opinions religieuses, même très minoritaires comme c'est le cas en Suisse des mormons, des scientologues, des témoins de Jéhovah ou des méthodistes ^{Même arrêt.} Voir aussi l'arrêt de la 2ème Cour de droit public du Tribunal fédéral du 18 juin 1993, dans la cause A. et M. contre Conseil d'Etat du canton de Zurich, précisant que la garantie constitutionnelle protège aussi les convictions minoritaires au sein d'une religion (ATF 119 la 178). Il n'existe pas de statistiques sur le nombre des adeptes de ces religions très minoritaires. Sur la répartition confessionnelle de la population résidente en Suisse, voir le document de base formant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29). La liberté de pensée, de conscience et de religion est en outre garantie par l'article 9 CEDH.

349. Les cantons sont libres de déterminer leurs rapports avec les églises. Ils peuvent en particulier et dans le respect de la liberté de conscience et de croyance, en désigner une ou plusieurs comme "églises officielles", et se charger par exemple de la rémunération de leurs ministres, les subventionner ou leur permettre de lever des impôts. La pratique des cantons a été jugée conforme au principe général d'égalité ^{Voir en annexe la réponse du Gouvernement suisse aux questions du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur l'intolérance religieuse (Rés. 1990/27 du 2 mars 1990 de la Commission).}

350. La Constitution protège également le droit de changer de religion, donc de quitter une église dont on est membre. Si le Tribunal fédéral permet aux églises de prévoir une procédure spéciale permettant à l'un de leurs membres de les quitter, cette dernière ne doit pas constituer un obstacle à la volonté de l'intéressé ^{ATF 104 la 84.}

351. La liberté de conscience interdit également d'imposer le serment; que ce soit devant les tribunaux ou lors de la nomination à une charge publique, les textes pertinents et la pratique

autorisent son remplacement par une promesse solennelle.

352. L'opinion religieuse ne saurait à elle seule affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique, tel le service militaire, le refus de servir étant sanctionné de la peine de l'emprisonnement par le Code pénal militaire (les peines prononcées vont, selon les cas, de quelques jours à 10 mois d'emprisonnement). Depuis le 15 juillet 1991 cependant, l'article 81 de ce code a été modifié. Désormais, il est possible pour celui qui rend vraisemblable, en se fondant sur des valeurs éthiques fondamentales (qui peuvent être d'ordre religieux), qu'il ne peut concilier le service militaire avec les exigences de sa conscience, d'effectuer un travail d'intérêt général en lieu et place de l'emprisonnement. Cette astreinte au travail pour une durée correspondant en principe à une fois et demie celle de la totalité du service refusé, mais ne pouvant dépasser deux ans, ne figure pas dans le casier judiciaire de l'intéressé. Pour les années 1994 et 1993, les statistiques en la matière se présentent comme il suit. Pour 239 refus de servir en 1994 (409 en 1993), 162, soit 68 % (268, soit 65 %) ont été valablement motivés par un conflit avec des valeurs éthiques fondamentales; il a été prononcé 77 (140) peines d'emprisonnement, 153 (249) astreintes à un travail d'intérêt général et, dans 9 (19) cas le soldat a été admis à servir sans arme ^{Voir la statistique des cas de refus de servir en 1993 et 1994, établie par le Département militaire fédéral.}

353. Le peuple et les cantons ont accepté le 17 mai 1992 la proposition qui leur était faite pour la troisième fois d'introduire un service civil de remplacement. L'article 18 de la Constitution prévoit désormais, à côté de la règle de l'obligation de servir, le principe d'un service civil qu'il incombe au législateur de concrétiser. Cette décision démocratique a institué la base constitutionnelle permettant l'introduction d'un service civil. Le Conseil fédéral a donc préparé un projet de loi sur le service civil, qu'il a adopté sous forme de Message au Parlement fédéral, le 22 juin 1994. Ce projet ne prévoit pas d'alternative à l'obligation de servir. A l'avenir également, cette obligation restera la règle : l'individu n'aura pas un droit à choisir librement entre services militaire et civil. Celui qui rend vraisemblable devant une commission civile qu'il ne peut concilier l'obligation du service armé avec sa conscience pourra cependant effectuer un service civil de remplacement. La procédure de consultation relative à ce projet de loi est terminée, ce dernier étant actuellement examiné par une commission du Conseil national. L'on peut prévoir que la loi pourrait entrer en vigueur au début de 1996. A ce moment, l'actuel travail d'intérêt général sera supprimé tandis que la possibilité de servir sans arme sera probablement maintenue.

354. L'article 49, alinéa 6, de la Constitution précise encore que nul n'est tenu de payer des impôts dont le produit est spécialement affecté aux frais de culte d'une communauté à laquelle il n'appartient pas. Cette disposition ne permet toutefois pas d'obtenir la déduction de la quote-part d'un impôt général éventuellement affectée à des frais de culte de l'une des principales églises d'un canton, à laquelle le contribuable en cause n'appartient pas.

355. Selon la jurisprudence, les personnes morales ne peuvent se prévaloir de la liberté de conscience et croyance pour échapper à un impôt, au motif qu'elles n'ont précisément ni conscience ni croyance ^{ATF 102 la 481.}, il n'en va autrement que dans le cas de personnes morales poursuivant, conformément à leurs statuts, un but religieux ou ecclésiastique ^{ATF 97 I 120.}

356. Le droit de manifester sa religion par le culte est garanti par l'article 50 de la Constitution, celui de manifester une conviction morale ou autre l'est par la liberté d'expression ^{Sur ce point, voir infra, ad article 19 du Pacte..} En conformité avec l'alinéa 3 de l'article 18 du Pacte, ces manifestations ne peuvent être restreintes qu'en vertu d'un intérêt public prépondérant et compte tenu du principe général de la proportionnalité. Ainsi, confronté au refus de la direction d'une prison d'organiser un service religieux collectif pour les détenus de confession musulmane alors qu'elle le faisait pour les adhérents des églises officielles du canton, le Tribunal fédéral a jugé que "la reconnaissance d'une communauté religieuse comme église officielle ne peut être un critère pour l'admissibilité d'un service divin collectif. Dans la mesure où la décision de refuser aux détenus islamiques de célébrer

leur prière du vendredi se base sur le fait que la communauté islamique ne jouit pas du statut de droit public, elle se révèle contraire à l'article 50 Cst."

Alinéa 4

357. Cet alinéa trouve son pendant aux articles 49, alinéa 3, de la Constitution et 303 du Code civil qui prescrivent que le détenteur de l'autorité parentale ou tutélaire dispose librement, sous réserve du principe que nul ne peut se voir imposer une religion, de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à 16 ans, âge à partir duquel l'enfant a le droit de choisir lui-même sa religion.

358. Conformément à l'article 27 de la Constitution, c'est aux cantons de pourvoir à l'instruction primaire dans les écoles publiques; celle-ci doit être laïque, obligatoire et gratuite. Les écoles publiques doivent en outre pouvoir être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir dans leur liberté de conscience et croyance. Le Tribunal fédéral prend cette exigence de laïcité très au sérieux et a jugé contraire à l'article 27 Cst. l'apposition de crucifix sur les murs des salles de classes publiques ^{ATF 116 la 252.} De même, dans un arrêt récent, il a admis le recours formé par le père d'une jeune fille de religion musulmane, à laquelle les autorités cantonales avaient refusé une dispense de cours de natation (suivis en commun par garçons et filles), en considérant qu'aucun intérêt public prépondérant ne prévalait sur l'intérêt privé à une telle dispense Arrêt de la 2ème Cour de droit public du Tribunal fédéral du 18 juin 1993, dans la cause A. et M. contre Conseil d'Etat du canton de Zurich (ATF 119 la 178). Les autorités publiques font preuve du même souci en faisant en sorte, dans la mesure du possible, que parents et enfants puissent accomplir ensemble les rites de leur religion. Toutefois, l'école obligatoire étant un devoir civique, un élève ne peut se prévaloir de la liberté de conscience pour obtenir des congés ^{ATF 66 I 158.} Un arrêt récent précise que la dispense d'enseignement religieux doit cependant être effective et qu'il n'est pas conforme à la Constitution d'obliger l'élève dispensé des cours d'histoire biblique à rester dans le local où cet enseignement est donné. Arrêt de la 2ème Cour de droit public du Tribunal fédéral du 19 janvier 1993, les intéressés pouvant toujours choisir l'enseignement dans une école privée proche de leurs convictions. De telles écoles s'organisent librement, conformément à la liberté constitutionnelle du commerce et de l'industrie, ainsi que, le cas échéant, sur la base de la liberté de conscience et de croyance; ce qui n'exclut pas une procédure cantonale d'autorisation dans le but d'assurer que le niveau de l'enseignement privé corresponde au standard des écoles publiques Cf. Plotke, H. : "Schweizerisches Schulrecht", chap. 6, Paul Haupt Verlag, Berne, 1979. Enfin, la laïcité de l'école publique n'interdit pas un enseignement religieux fondé sur les préceptes de la confession dominante dans le canton, mais sur une base facultative ^{ATF 23 II 1368.}

Article 19

Alinéa 1er

359. En 1965, le Tribunal fédéral a consacré la liberté d'expression en tant que "droit constitutionnel non-écrit de la Confédération" ATF 91 I 485 et 96 I 586. La Constitution fédérale garantit expressément, à son article 57, le droit de pétition, lequel appartient aussi aux étrangers. La jurisprudence englobe dans ce droit la liberté de se former une opinion, d'avoir sa propre opinion et celle de la communiquer à autrui. Ainsi, par exemple, le Tribunal fédéral a-t-il jugé qu'un office cantonal du travail ne saurait priver un assuré de la qualité nécessaire pour obtenir une indemnité de chômage au motif qu'il était membre d'une association de défense des prisonniers. Il y a vu en effet une sanction indirecte et illicite d'une opinion protégée par un droit fondamental (ATF 109 V 276).

360. Dans le contexte de la démocratie directe, le droit à se former librement une opinion revêt une importance particulière. Il va de soi que l'autorité publique n'a pas le droit d'imposer de quelque manière que ce soit une opinion à un particulier; c'est pourquoi le Tribunal fédéral tient pour

contraire à la liberté d'opinion la création d'une radio ou d'une télévision d'Etat ZBI 1982, p. 222. (sur le régime de la presse, voir *infra*). De même, si elle admet qu'une collectivité publique puisse apporter son soutien à une thèse au cours d'une campagne référendaire, notre haute Cour lui enjoint de n'émettre que des avis objectifs et scientifiques et de ne pas consacrer plus d'argent à la campagne que ne le font communément les groupes rivaux ATF 108 la 155.

Alinéa 2

361. A l'instar de la liberté d'opinion, la liberté d'expression occupe une place prédominante dans l'ordre constitutionnel suisse, comme le démontre la citation suivante d'un arrêt du Tribunal fédéral :

"Mais la liberté d'expression n'est pas seulement, comme d'autres libertés expresses ou implicites du droit constitutionnel fédéral, une condition de l'exercice de la liberté individuelle et un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine; elle est encore le fondement de tout Etat démocratique : permettant la libre formation de l'opinion, notamment de l'opinion politique, elle est indispensable au plein exercice de la démocratie. Elle mérite dès lors une place à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la Constitution et un traitement privilégié de la part des autorités" ATF 96 I 592, précité.

362. La liberté d'expression protège toutes les formes de communication entre les personnes, que celles-là s'établissent par l'échange oral, écrit ou symbolique (banderoles, badges, etc.). Elle englobe la liberté d'information (voir *infra*), ainsi que celle de l'art et de la science. Selon la jurisprudence, elle n'a pour objet que des contenus de nature idéale. Toute déclaration visant principalement un but commercial relève de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 Cst.). Comme la liberté d'opinion, elle appartient à tout individu. Elle n'a cependant pas le même caractère absolu et son usage peut être soumis à des restrictions particulières (sur ce point voir *infra*).

363. La liberté d'expression inclut celle de recevoir et de communiquer des informations. On relèvera à cet égard que l'article 55 de la Constitution garantit expressément la liberté de la presse et que l'article 55 *bis* protège l'indépendance de la radio et de la télévision, qui doivent en contrepartie présenter fidèlement les événements et refléter équitablement la diversité des opinions. Pour assurer au mieux le respect de ces objectifs, la radio et la télévision font l'objet d'un régime de concession, dont l'octroi relève de l'autorité fédérale. Ce régime, qui déroge aux principes de la libre concurrence, s'explique notamment par le souci de maintenir, dans un petit pays plurilingue, la diffusion de programmes nationaux dans les trois langues officielles et d'éviter une concentration excessive de ces médias entre les mains de groupes puissants; il n'entraîne aucune intervention étatique dans l'autonomie des entreprises de radio-télédiffusion. Toute personne qui estime que la radio ou la télévision ont violé leur devoir d'objectivité peut s'en plaindre à une autorité indépendante de recours, puis auprès du Tribunal fédéral, par la voie du recours de droit administratif (articles 57ss de la loi fédérale sur la radio et la télévision, du 21 juin 1991).

364. Un autre droit compris dans la liberté d'expression est celui de "s'informer à des sources accessibles à tous" ATF 108 la 277 et 107 la 305. La notion de "sources accessibles à tous" n'englobe cependant pas, sauf règle légale contraire, les actes de l'administration. La jurisprudence en la matière est du reste plutôt restrictive Elle est fort critiquée en doctrine, notamment par Rossinelli, M., "Les libertés non écrites" Payot, Lausanne, 1987, p. 163ss et Barrelet, D., "Droit suisse des mass media", 2ème éd. Staempfli, Berne, 1987, p. 44ss. et n'admet un droit à l'information que dans quatre hypothèses : l'information a été déclarée librement accessible, elle a été livrée librement par l'autorité Qui dans ce cas est liée par le principe de l'égalité de traitement (ATF 107 la 312)., l'exercice d'un droit politique est en jeu ou enfin un individu est personnellement concerné par le document qu'il demande à consulter.

Alinéa 3

365. Conformément à cet alinéa, ainsi qu'à l'article 10 CEDH, seuls une base légale et un intérêt public prépondérant permettent une restriction à la liberté d'expression. De façon générale, il s'agira d'opérer une balance, parfois délicate, entre l'intérêt public au maintien de l'ordre et l'intérêt privé de la personne en cause mais aussi l'intérêt public à la libre expression.

366. Le Code pénal prévoit notamment les restrictions suivantes à la libre expression :

Interdiction de la dénonciation calomnieuse (art. 303);

Interdiction de la violation de secrets commerciaux, relevant du domaine privé, de fonction, professionnel ou militaire (art. 162, 179 et 179 quater, 320, 321 et 329);

Interdiction de l'abus du téléphone (art. 170 septies);

Interdiction de la provocation publique au crime et à la violence (art. 259);

Interdiction de l'atteinte à la paix des morts (art. 262) ou aux emblèmes suisses (art. 270);

Interdiction de la représentation de la violence (art. 135);

Interdiction de porter atteinte à la liberté de croyance et des cultes (art. 261);

Interdiction de l'incitation à la violation de devoirs militaires (art. 276);

Interdiction de la propagande étrangère subversive (art. 275 bis);

Interdiction d'outrager un Etat étranger ou une institution interétatique (art. 296 et 297);

Interdiction de la discrimination raciale, ethnique ou religieuse (art. 261 bis, entrée en vigueur au 1er janvier 1995).

367. Il convient d'y ajouter les dispositions protégeant l'honneur (art. 173ss) ou réprimant certaines infractions contre l'intégrité sexuelle (par exemple, pornographie "dure").

368. Les articles 28ss du Code civil protègent la personnalité contre les atteintes illicites, notamment par voie de presse (droit à réparation, mesures provisionnelles destinées à empêcher l'atteinte, droit de réponse). Dans ce contexte il faut noter que la personne accusée d'une atteinte à l'honneur n'encourt aucune peine si elle démontre que ces allégations étaient vraies ou qu'elle avait des raisons sérieuses de les tenir pour telles (article 173, alinéa 2, du Code pénal). Cette disposition protège, elle aussi, les libertés d'expression et de la presse contre des procès abusifs.

369. La liberté d'expression des étrangers connaît un type de limitation spécifique. Aux termes de l'arrêt du Conseil fédéral du 24 février 1948 concernant les discours politiques d'étrangers, ceux-ci, s'ils ne sont pas au bénéfice d'un permis d'établissement ^{Ce permis ne s'obtient en général qu'après une résidence continue de plusieurs années en territoire suisse. Cf. supra, ad article 12 du Pacte.}, ne peuvent prendre la parole sur un sujet politique, dans des assemblées publiques ou privées, qu'avec une autorisation spéciale. Celle-ci leur sera refusée s'il y a lieu de craindre que la sûreté intérieure ou extérieure du pays ne soit mise en danger ou que l'ordre ne soit troublé. Les orateurs étrangers doivent s'abstenir de toute immixtion dans les affaires de politique intérieure.

370. Les détenus peuvent aussi se prévaloir de la liberté d'expression et du droit de recevoir des informations de sources généralement accessibles, pour autant et dans la mesure où l'ordre et la sécurité pénitentiaires n'en sont pas affectés. Ils ont ainsi le droit de disposer d'appareils radio et de téléviseurs préalablement plombés et de se procurer des journaux ^{ATF 102 la 279.} S'agissant de prévenus en détention préventive, leur correspondance peut être limitée lorsque existe un risque de collusion ^{ATF 117 la 465, voir aussi *supra*, ad article 10 du Pacte.,} mais en règle générale les contrôles doivent être moins stricts en raison de la présomption d'innocence ^{ATF 106 la 281.} Peuvent être interceptées les lettres pouvant favoriser une évasion ou la commission de nouveaux délits. Il en va de même de celles qui menacent l'ordre de la prison ^{ATF 99 la 262.} Dans une affaire récente, le Tribunal fédéral a jugé que l'on ne pouvait empêcher un détenu de transmettre à des journalistes et à l'ONG Amnistie Internationale des lettres ou une cassette vidéo dans lesquelles il se plaignait de ses conditions de détention, indépendamment de la véracité des allégations. Toutefois, les propos injurieux ou infamants (insultes) peuvent être censurés ^{Arrêt du Tribunal fédéral du 24 février 1993, ATF 119 la 74.}

371. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'usage du domaine public aux fins de manifester une opinion peut, "s'il dépasse, par sa nature ou son intensité, le cadre habituel" ^{ATF 105 la 93.}, être soumis à autorisation préalable par les autorités cantonales ou fédérales, cela même en l'absence de base légale expresse. Celles-ci devront tenir compte des principes de l'égalité de traitement et de la proportionnalité ainsi que de l'ensemble des intérêts en cause, en accordant un poids particulier à ceux qui sont protégés par des droits fondamentaux ^{ATF 107 la 294. Voir également *infra*, ad article 21 du Pacte..}

372. Les personnes soumises à des rapports de droit particuliers doivent faire preuve d'une certaine réserve dans l'usage de leur liberté d'expression, le principe de la proportionnalité restant toujours applicable. Il s'agit par exemple des fonctionnaires, magistrats et avocats. En particulier, le Tribunal fédéral impose aux juges de faire preuve de retenue dans leurs prises de position publiques, surtout dans le cadre d'affaires pendantes et les circonstances qui les entourent; il en va de l'impartialité des tribunaux ^{ATF 108 la 172.} A l'inverse, les parlementaires jouissent d'une immunité absolue en ce qui concerne les propos tenus dans le cadre de leur mandat (article 2 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération).

373. Dans le cadre du contrat de travail, l'employé est en principe protégé contre un licenciement motivé par l'expression d'une opinion (l'article 236 du Code des obligations prévoit une indemnité pour licenciement abusif). En pratique, il faut admettre qu'il sera souvent difficile de démontrer qu'il s'agit là du motif véritable de la résiliation du contrat.

374. On rappellera enfin que l'article 10 CEDH protège également la liberté d'opinion et d'expression et que toute personne s'estimant lésée peut s'en prévaloir.

Article 20

375. En ratifiant le Pacte, la Suisse s'est réservé le droit de ne pas adopter de nouvelles mesures visant à interdire la propagande en faveur de la guerre, de même que celui d'adopter une disposition pénale tenant compte des exigences de l'article 20, alinéa 2, à l'occasion de son adhésion prochaine à la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

376. S'agissant de la première réserve, elle a été inspirée par les considérations suivantes : Dans son Observation générale 11 (19), le Comité des droits de l'homme relève que "pour que l'article 20 produise tous ses effets, il faudrait qu'une loi indique clairement que la propagande et l'appel qui y sont décrits sont contraires à l'ordre public et prescrive une sanction appropriée en cas de violation".

Une telle loi formelle n'existe pas en Suisse. Cela ne signifie cependant nullement que la propagande en faveur de la guerre ne soit pas réprimée pénalement, spécialement dans le cadre des dispositions des Titres treizième et seizième du Code pénal (crimes et délits contre l'Etat et la défense nationale; crimes et délits de nature à compromettre les relations avec l'étranger). Ainsi, les actes constitutifs d'une "propagande en faveur de la guerre" sont, lorsqu'ils atteignent un certain seuil de gravité, punissables en droit suisse. Par contre, la formulation des dispositions pénales susmentionnées exclut que des propos belliqueux, pour peu honorables qu'ils puissent être, soient punissables tant qu'ils ne constituent pas un danger pour l'Etat ou ses relations avec l'étranger. Telles sont en effet, dans une démocratie directe, les exigences de la liberté d'expression, sans laquelle il n'est pas de véritable démocratie.

377. S'agissant de la liberté d'expression on relèvera que, dans le contexte de la propagande en faveur de la guerre, elle peut être limitée conformément aux articles 5 et 19, alinéa 3, du Pacte.

378. L'on remarque d'autre part qu'il n'existe guère, à l'heure actuelle, de définition communément admise du concept de "propagande", tel qu'il figure à l'article 20 ^{Sur ce point Novak, M. : "CCPR-Kommentar", Engel Verlag, Kehl am Rhein, 1989, p. 385.} Cette constatation vient à l'appui de la thèse du Gouvernement suisse selon laquelle il serait difficile de définir la notion en droit pénal et de dégager les éléments constitutifs d'une infraction. Enfin, en cas de nécessité, le "pouvoir général de police" ^{Sur cette notion, voir [infra](#), ad article 21 du Pacte.} permettrait aux autorités fédérales et cantonales de réprimer plus sévèrement les actes de propagande menaçant la paix.

379. Le Conseil fédéral considère que le droit national est en conformité avec les exigences de l'article 20, alinéa 1er, du Pacte, dont le but ne peut être que de réprimer les abus dans l'usage de la liberté d'expression, voire d'association. C'est la raison pour laquelle, compte tenu des risques et difficultés que cela pourrait entraîner, il se réserve le droit de ne pas adopter de nouvelles mesures à caractère général visant à interdire la propagande en faveur de la guerre.

380. Quant à la seconde réserve, sa formulation même indique son caractère de mesure transitoire. Les nouveaux articles 261 ^{bis} du Code pénal et 171 c du Code pénal militaire répriment tous deux la discrimination raciale de l'emprisonnement ou de l'amende. Ils entreront vraisemblablement en vigueur le 1er janvier 1995 (sur cette question voir ^{supra}, ad article 2 du Pacte). L'acceptation de cette réforme pénale permettra la ratification de la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La présente réserve sera alors immédiatement retirée.

Article 21

381. La liberté de réunion pacifique est, dans l'ordre juridique suisse, un droit constitutionnel non écrit consacré par le Tribunal fédéral en 1970 ^{ATF 96 I 218.}, qui représente un élément constitutif important de l'ordre démocratique. Figurant aussi à l'article 11 CEDH, elle est garantie indépendamment de la nature des opinions exprimées (sous réserve de certaines limitations d'ordre pénal mentionnées ^{infra}) et comprend le droit de convoquer une réunion, de l'organiser, d'y participer ou de s'en tenir à l'écart. Les étrangers en bénéficient aussi bien que les Suisses, avec une restriction s'agissant des réunions à caractère politique dans lesquelles ils ne peuvent prendre la parole que s'ils y ont été autorisés (sur ce point voir ^{supra}, ad article 19 du Pacte).

382. La principale distinction qu'il convient de faire entre les types de réunions a pour critère le lieu où celles-ci se déroulent : à l'intérieur d'un local ou sur le domaine public. Les secondes étant beaucoup plus susceptibles d'occasionner divers troubles de l'ordre public et impliquant un usage accru du domaine public, elles peuvent être soumises à des restrictions plus importantes que les premières, ou au régime de l'autorisation.

383. Le droit de tenir des réunions dans des locaux ou sur des terrains privés n'est guère limité que par les prescriptions de police en matière de tapage nocturne ou de respect dû au voisinage, ainsi que par le droit de propriété de tiers. Peuvent également être interdites ou sanctionnées des réunions mettant en danger l'ordre constitutionnel (au sens de l'article 275 du Code pénal) ou les relations avec des Etats étrangers (au sens des articles 296ss du Code pénal). Toutefois, la jurisprudence n'a pas manqué de souligner que le simple exposé d'une doctrine, fût-elle révolutionnaire, doit être toléré ATF 58 I 84.

384. Selon la jurisprudence, les réunions impliquant un usage accru du domaine public (on entend par là un usage qui empêche ou limite la circulation normale du public, cf. ATF 100 la 392) peuvent en outre être soumises à autorisation préalable par les autorités cantonales, ceci même en l'absence d'une base légale expresse ATF 100 la 392. Tel n'est en revanche pas le cas pour des réunions en salle ou sur la propriété privée : ATF 107 la 300. L'Etat ayant la tâche et le pouvoir d'assurer un usage normal du domaine public Il convient de préciser à cet endroit que les législateurs cantonaux ont en général prévu de telles bases légales de façon assez précise, bien que dans des textes qui n'ont souvent qu'un rapport indirect avec la liberté de réunion (il peut ainsi s'agir de règlements cantonaux ou communaux sur l'usage du domaine public ou sur le maintien de l'ordre public). La loi sur les contraventions du canton de Bâle-ville prescrit par exemple que seuls sont soumis à autorisation préalable du Département cantonal de la justice les cortèges devant regrouper plus de 60 personnes ou d'une longueur de plus de 30 mètres, ainsi que les autres réunions sur la voie publique (rassemblements, manifestations). Assurément, une description exhaustive de la législation de chaque canton en cette matière dépasse les possibilités du présent rapport. Il est ainsi fondé à en réglementer l'usage en se basant sur son pouvoir général de police En droit suisse, la "clause générale de police" permet à l'autorité de prendre des ordonnances ou des décisions d'espèce en l'absence de base légale, lorsque la sécurité de l'Etat, des biens ou des personnes risque manifestement d'être menacée. Son application est restrictive, l'autorité ne pouvant s'y référer qu'à titre d'*ultima ratio*, si aucune mesure suffisante ne peut être prise sur la base du droit existant. Dans le domaine de l'usage du domaine public particulièrement, son emploi se justifie par le fait qu'il n'est guère possible de prévoir sous forme abstraite et indéterminée toutes les causes de troubles.. Cependant, les autorités ne sont pas libres de refuser leur autorisation à une réunion sur la voie publique. Leur pouvoir d'examen est réduit par l'exigence de la prise en compte objective de l'importance de la liberté de réunion qui, sans conférer le droit de faire usage du domaine public en un lieu précis et à un moment déterminé, confère un certain droit à sa mise à contribution lorsque l'exercice de ce droit l'exige ATF 105 la 480, ATF 105 la 21. De plus, le Tribunal fédéral a précisé que la liberté de réunion sur le domaine public ne peut être restreinte qu'en raison du danger direct et imminent que son exercice pourrait objectivement créer pour l'ordre public ATF 107 la 226, ATF 108 la 300. En particulier, de simples considérations d'opportunité ne sont pas des motifs suffisants pour interdire une réunion et en aucun cas la procédure d'autorisation ne peut conduire à une forme quelconque de censure préalable ATF 99 la 693 et 96 I 590.

385. Le régime de l'autorisation préalable doit de plus être appliqué avec une certaine souplesse, notamment en cas de manifestations pacifiques spontanées, qui ne doivent pas être dispersées par la force au seul motif qu'elles n'ont pas été autorisées En ce sens, Malinverni, G. : "La liberté de réunion", Genève, 1981, p. 148ss. Le principe de la proportionnalité exige en outre que, plutôt que d'être refusée, l'autorisation soit assortie de certaines conditions propres à éviter tout danger pour l'ordre public. L'autorité devra toutefois renoncer à subordonner l'octroi d'une autorisation à des conditions si les troubles susceptibles de naître lors d'une réunion peuvent être écartés par d'autres mesures adéquates, en particulier par une surveillance policière. L'ampleur des mesures de surveillance doit cependant demeurer dans un rapport raisonnable avec l'intérêt de tenir la réunion.

386. La tâche de l'autorité est loin d'être facile, puisqu'elle doit souvent, pour déterminer si une réunion est susceptible de menacer l'ordre public, faire un pronostic sur son déroulement. Ici encore le principe de la proportionnalité exige que toute restriction repose sur des motifs sérieux de croire

l'ordre public menacé.

387. Enfin, le principe voulant qu'une mesure doit en général frapper le véritable perturbateur de l'ordre public implique que, sauf exception commandée par le cas de nécessité, l'on ne saurait interdire une réunion au motif qu'elle risque d'être troublée par des éléments extérieurs. Le problème se pose avec acuité en matière de contre-manifestations. S'il est possible, pour prévenir des violences, d'interdire la manifestation et la contre-manifestation, il faut néanmoins tenir compte, sous l'angle de l'égalité de traitement, des intérêts réciproques des manifestants afin d'éviter qu'un groupement puisse annoncer une contre-manifestation dans le seul but de faire interdire celle de l'autre ATF 103 la 314.

Article 22

1. Généralités

388. Aux termes de l'article 56 de la Constitution, "les citoyens ont le droit de former des associations, pourvu qu'il n'y ait dans le but de ces associations ou dans les moyens qu'elles emploient rien d'illicite ou de dangereux pour l'Etat. Les lois cantonales statuent les mesures nécessaires à la répression des abus".

389. Historiquement, la liberté d'association a été principalement conçue pour garantir la libre formation des partis politiques; c'est aujourd'hui encore, avec la protection du droit de former des syndicats, l'une de ses fonctions majeures. De nos jours, la liberté d'association est également protégée en Suisse par l'article 22 du présent Pacte, par les articles 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 11 CEDH et, en matière syndicale, par la Convention No 87 de l'OIT.

2. Titularité du droit

390. Les associations protégées par l'article 56 de la Constitution doivent poursuivre un but idéal (au sens large). Celles qui poursuivent un but lucratif tombent pour leur part dans le champ d'application de l'article 31 de la Constitution, garantissant la liberté du commerce et de l'industrie. De ce fait, elles peuvent être soumises aux restrictions prévues en la matière (art. 31ss Cst.). Enfin, les associations à but religieux peuvent se prévaloir des libertés de conscience et croyance (art. 49 Cst.) ou de culte (art. 50 Cst.) qui sont, par rapport à la liberté d'association, des dispositions spéciales (voir supra, ad article 18 du Pacte).

391. Le Code civil suisse, du 10 décembre 1947 (CCS), régit en détail la constitution, l'organisation et la dissolution d'associations à but non lucratif ayant une personnalité juridique. L'article 60, alinéa premier, du Code civil a la teneur suivante : "Les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres, qui n'ont pas un but économique, acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement". (ce sont les "associations" au sens étroit du droit civil; les autres formes d'associations à but non commercial et qui ne peuvent acquérir la personnalité juridique sont assimilées aux sociétés simples régies par le Code des obligations). Ainsi qu'on l'a mentionné ci-dessus, les sociétés commerciales ne peuvent pas se prévaloir de la liberté d'association mais de celle du commerce et de l'industrie; elles peuvent prendre la forme de sociétés simples (art. 530ss CO), de sociétés en nom collectif (art. 552ss CO), de sociétés en commandite (art. 594ss CO) et commandite par actions (art. 764ss CO), de sociétés à responsabilité limitée (art. 772ss CO) ou, dans la majorité des cas, de sociétés anonymes (art. 620ss CO). Les sociétés coopératives au sens des articles 828ss CO sont les seules à pouvoir invoquer la liberté d'association, leur but n'étant pas essentiellement lucratif.

392. La Constitution exclut de la sphère de protection les associations dont le but ou les moyens employés sont illicites ou dangereux pour l'Etat. Si l'illicéité renvoie aux règles juridiques fondamentales en vigueur, la notion de danger pour l'Etat est plus vague et son emploi pourrait entraîner des abus. De la jurisprudence du Tribunal fédéral on peut cependant déduire que seules doivent être interdites les associations qui se proposent de faire triompher leurs vues par des moyens autres que pacifiques et démocratiques ATF 100 lb 18. Le principe de la proportionnalité est d'application : les mesures seront plus ou moins graves selon la nature et la gravité de l'illicéité ou du danger. L'usage de certains moyens illicites peut par exemple n'être sanctionné que par une amende. En revanche, si le but ou l'ensemble des moyens utilisés sont viciés, l'interdiction sera prononcée. Voir Aubert, J.F., "Traité de droit constitutionnel suisse", vol. II, Neuchâtel, 1967, p. 753. En pareil cas, l'interdiction apparaît du reste conforme aux articles 17 CEDH et 5 du Pacte. Ajoutons que le Code pénal réprime, à son article 255 ter, la création d'associations dangereuses pour l'Etat. Selon l'article 56 de la Constitution, c'est aux autorités cantonales qu'il incombe de prendre des mesures à l'encontre d'associations illicites ou dangereuses; il est cependant admis que les associations dangereuses pour l'Etat fédéral peuvent faire l'objet de mesures de la part des autorités fédérales. S'agissant des associations au sens des articles 60 et suivants du Code civil, l'article 78 CCS prévoit leur dissolution par le juge lorsque leur but est illicite ou contraire aux mœurs (l'article 88, alinéa 2, pose la même règle pour les fondations au sens des articles 80ss CCS). On en tire la règle générale suivante : si les autorités politiques peuvent interdire une association, c'est au juge civil qu'il incombe d'en prononcer la dissolution. Les sociétés commerciales sont soumises à la règle de l'article 20 CO en vertu de laquelle le juge civil déclarera nul tout contrat qui a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.

393. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir de la liberté d'association ATF 100 la 286 et 97 I 121. Les associations instituées conformément aux articles 60ss du Code civil peuvent néanmoins aussi s'unir entre elles pour former des fédérations ou confédérations qui, à leur tour, constituent des associations bénéficiant sans restriction des mêmes garanties constitutionnelles et légales que les organisations de premier degré. Il convient d'opérer la distinction suivante. S'agissant de personnes morales de droit privé, celles-ci peuvent, selon la doctrine, interjeter en leur propre nom un recours contre une décision limitant la liberté d'association de leurs membres, entravant leur activité statutaire ou leur droit de se fédérer. Les personnes morales de droit public en revanche ne jouissent aucunement de la liberté d'association.

394. Bien que l'article 56 Cst. ne parle que des citoyens, il s'applique aussi aux étrangers, sauf dans le domaine des associations politiques, pour lequel les restrictions peuvent être plus importantes que ce n'est le cas s'agissant de Suisses (à ce sujet voir supra, ad article 19 du Pacte).

3. Les droits garantis

395. La liberté d'association comprend celle de créer librement des associations, d'en devenir membre, d'exercer en leur sein des activités, de les dissoudre, de ne pas y adhérer et enfin de les quitter librement. Ces principes constitutionnels sont repris et précisés par les dispositions pertinentes du Code civil (s'agissant des "associations au sens étroit" et des fondations).

396. Il existe certaines associations professionnelles auxquelles le droit public fédéral ou cantonal peut imposer la participation obligatoire (associations de médecins, notaires, avocats, etc.). Le Tribunal fédéral en admet la compatibilité avec l'article 56 Cst. Il estime en effet que, pour autant que ces associations professionnelles soient neutres politiquement, le but de la participation obligatoire étant avant tout de faciliter l'application des règles économiques et de police régissant la profession, c'est au regard de la liberté du commerce et de l'industrie qu'il faut juger de leur constitutionnalité. Il a été enfin jugé que la participation à une association d'étudiants ne peut être rendue obligatoire que si celle-ci est politiquement neutre ATF 110 la 36.

397. De la jurisprudence on peut tirer les règles suivantes : l'article 56 de la Constitution ne donne

pas un droit à être admis au sein d'une association contre la volonté de ses membres, même s'il en découle pour le requérant un préjudice économique ^{ATF 86 II 365}. Par contre, le particulier jouit d'une certaine protection contre une exclusion injustifiée. Il a le droit d'être entendu préalablement, même si les statuts de l'association permettent une exclusion sans motifs ^{ATF 85 II 543 et 90 II 347}.

398. S'agissant des restrictions à la liberté d'association, elles doivent, comme c'est le cas pour toute liberté individuelle, être prévues par la loi, viser à sauvegarder l'ordre public et respecter la proportionnalité. C'est en vertu de ce dernier principe que le Tribunal fédéral a déclaré inconstitutionnelle l'exigence d'une autorisation préalable pour créer une association ^{ATF 96 I 229}.

4. Le cas des fonctionnaires et des militaires en service

399. En principe, un fonctionnaire fédéral ou cantonal est pleinement titulaire des libertés publiques, notamment des libertés d'expression et d'association. Il peut en particulier exercer une activité au sein d'une organisation politique, même si celle-ci est critique à l'égard du pouvoir en place ou préconise un changement de régime, à condition toutefois que ce soit par des moyens pacifiques et légaux ^{ATF 99 Ib 138}. En raison de leur statut et du devoir de fidélité auquel ils sont tenus, les fonctionnaires et militaires en service doivent cependant tolérer que l'exercice de certaines de leurs libertés soit soumis à des restrictions spécifiques dans le but d'éviter que par leurs actes ou propos, ils puissent faire douter de l'impartialité de l'administration. L'article 11, alinéa 2 CEDH l'admet expressément, alors que l'article 22, alinéa 2, du Pacte ne mentionne cette possibilité que pour les membres des forces armées et de la police.

400. Ainsi, la Confédération et les cantons disposent de lois sur le statut des fonctionnaires qui toutes prescrivent un devoir de fidélité et de respect du secret de fonction, tout en reprenant la garantie constitutionnelle de la liberté d'association ^{A titre d'exemple, voir les articles 13, 22, 24, 25 et 28 de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires, du 30 juin 1927, annexée}. S'agissant en particulier des militaires, le chiffre 243 du règlement de service (distribué à tout citoyen astreint au service militaire) limite l'exercice des libertés d'expression et d'association politiques pendant les périodes de service.

401. En pratique, l'étendue des restrictions admissibles dépendra du rang du fonctionnaire concerné. D'une manière générale, le Tribunal fédéral admet qu'un fonctionnaire ne peut plus prétendre exercer ses fonctions si son appartenance à un groupement politique fait naître des doutes sur la confiance que l'on doit avoir en lui et si l'on a de bonnes raisons de craindre que, en raison de cette appartenance, il ne viole ses devoirs de service ou le secret de fonction ^{ATF 99 Ib 138}.

402. Jusqu'en 1986, les fonctionnaires ne pouvaient pas faire partie d'associations de défense professionnelle qui prévoient ou utilisent la grève (voir infra, ad VI. Liberté syndicale). Cette interdiction n'a plus cours aujourd'hui.

5. Les associations et partis politiques

403. Dans le système démocratique suisse, la liberté d'association politique joue un rôle prépondérant. Les partis politiques bénéficient donc au premier chef des garanties de l'article 56 de la Constitution. On en compte environ 16 à l'échelon fédéral, répartis de gauche à droite de l'échiquier politique.

404. Il faut remonter aux périodes troublées de la seconde guerre mondiale pour trouver des exemples de partis politiques interdits en raison de leur caractère dangereux. Ainsi, le Conseil fédéral a-t-il interdit le parti communiste en 1937 et les partis dits "frontistes" en 1940. A la même époque, le Tribunal fédéral a admis que le canton de Zurich prohibe les formations constituées sur le modèle paramilitaire, ou que le canton de Neuchâtel interdise le parti communiste ^{ATF 60 I 349 et 63 I 281}.

Répétons que de nos jours, pareille mesure ne serait envisageable qu'à l'encontre d'une formation visant à imposer ses idées en dehors du processus démocratique.

6. La liberté syndicale

405. L'article 56 de la Constitution garantit également la liberté syndicale, c'est-à-dire le droit, pour les partenaires sociaux, de créer des associations pour la défense de leurs intérêts et la sauvegarde de leurs conditions de travail. Cette liberté est en outre spécifiquement garantie par la Convention No 87 de l'OIT, par l'article 11 CEDH et, désormais, par l'article 22 du Pacte et 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

406. L'Union syndicale suisse, la Confédération des syndicats chrétiens de Suisse et la Fédération des sociétés suisses d'employés sont les organes faîtières qui regroupent la majorité des syndicats du pays. La proportion de travailleurs syndiqués par rapport à l'ensemble varie, selon le tableau comparatif dressé par l'OCDE (et publié in "Employment Outlook", éd. de juillet 1992), entre 30 et 35 % pour les 30 dernières années.

407. Il existe également des organisations d'employeurs; ainsi, l'Union centrale des associations patronales suisses regroupe-t-elle 34 associations professionnelles et 37 associations régionales.

408. Les droits liés à la liberté syndicale sont principalement le droit de conclure des conventions collectives de travail (CCT) et le droit de grève. Les conventions collectives de travail, régies par les articles 356ss du Code des obligations, peuvent être conclues entre un ou plusieurs employeurs, organisés ou non et une ou plusieurs organisations de travailleurs : ceux-ci sont donc les seuls à devoir être organisés pour pouvoir conclure des CCT. Certaines CCT peuvent néanmoins être rendues obligatoires pour des organisations qui ne les ont pas signées. Les conditions de travail fixées dans les CCT peuvent en effet être étendues, pour une branche donnée, au territoire d'un canton (extension prononcée par le gouvernement cantonal concerné puis approuvée par le Conseil fédéral), de plusieurs cantons ou de toute la Suisse (extension prononcée par le Conseil fédéral). Les CCT, une fois étendues, deviennent obligatoires pendant toute la durée de leur extension. Les CCT étendues sont cependant peu nombreuses en comparaison du nombre total de CCT conclues en Suisse.

409. Les travailleurs n'ont aucun droit subjectif à être engagés et ne bénéficient donc d'aucune mesure de protection avant leur engagement contre les actes de discrimination d'un employeur qui porteraient atteinte à leur liberté syndicale. Lorsqu'un rapport de travail existe, les travailleurs du secteur privé sont protégés contre de tels actes pour leurs activités syndicales conformes au droit. Cette protection découle de la protection générale de la personnalité fondée sur l'article 28 du Code civil. Les travailleurs bénéficient en outre d'une protection spéciale prévue dans le Code des obligations (art. 336, alinéa 2 lit. a) selon laquelle la résiliation d'un contrat de travail est abusive lorsqu'elle est donnée au travailleur en raison de son appartenance ou non à une organisation ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale. Le Code des obligations déclare en outre nuls les accords qui obligent les travailleurs à s'affilier à une organisation signataire d'une CCT.

410. Il n'existe cependant pas de disposition constitutionnelle ou de législation précisant à quelles conditions une grève est légale. C'est la jurisprudence ^{Voir par exemple ATF 111 la 245.} qui a dégagé les critères suivants :

La grève doit être organisée et seules une ou plusieurs organisations de travailleurs peuvent y participer; celles-ci doivent en outre être en mesure d'y mettre fin par la conclusion d'une convention collective. La "grève sauvage" (lancée par un mouvement spontané de travailleurs non organisés) est donc illicite;

La grève ne doit pas tendre à l'exécution de prétentions juridiques déjà existantes, pour lesquelles seuls les tribunaux ou d'éventuelles instances arbitrales paritaires sont compétents. Le but de la grève doit en effet être la création de nouvelles réglementations relatives aux conditions de travail qui doivent pouvoir être réglées dans une CCT;

La grève doit respecter le principe de la proportionnalité entre les buts recherchés et les moyens utilisés. Elle ne doit pas avoir pour objet un motif politique;

La grève ne doit pas violer la paix relative du travail (art. 357a al. 2 CO) ou un accord de paix absolue du travail. Il existe en effet deux types de paix du travail. Le premier, qualifié de relatif, interdit le recours à des moyens de combat pour toute matière régie par une convention collective de travail (art. 357a al. 2 CO). Le second, dit absolu, offre aux partenaires sociaux la possibilité de prévoir dans leur convention collective la défense absolue d'utiliser des moyens de combat même pour des matières qui ne seraient pas traitées dans ladite convention (même article).

411. Si ces conditions ne sont pas respectées, la grève justifie la résiliation immédiate des contrats de travail des grévistes, ainsi que d'éventuels dommages-intérêts. Le nombre de grèves et de lockout de 1975 à 1991, ainsi que le nombre d'entreprises et d'employés concernés et les journées de travail perdues figurent en annexe. En 1992, trois grèves ont impliqué 18 entreprises et 220 travailleurs, causant une perte de 673 journées de travail. L'on ajoutera que grâce à de nombreux accords de paix du travail, les conflits sont relativement rares et la pratique judiciaire peu abondante. Notons enfin que le droit de grève est généralement dénié aux travailleurs occupant des fonctions dirigeantes, ainsi qu'aux fonctionnaires. Les fonctionnaires fédéraux ne peuvent ainsi ni se mettre en grève ni y inciter leurs collègues. Ceux qui contreviennent à cette interdiction sont passibles de sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la révocation (voir à titre d'exemple les articles 13, 23 et 62 de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires, annexée). Sur le plan cantonal, la législation interdit en général également la grève des fonctionnaires. Il semble que seul le canton du Jura prévoie le droit de grève pour certaines catégories de fonctionnaires. Le statut des fonctionnaires fédéraux subit actuellement une révision totale qui pourrait déboucher sur une modification de cette situation.

7. Le cas des associations de protection des droits de l'homme

412. De telles associations sont soumises au régime commun décrit ci-dessus. Elles peuvent donc se constituer librement, sans autorisation préalable, dans la mesure où leurs buts ou les moyens qu'elles emploient ne sont pas illicites ou contraires aux moeurs. Le plus souvent, elles se constituent sous la forme de fondations ou d'"associations" au sens du Code civil. Les associations se consacrant à la défense des droits de l'homme sont non seulement tolérées, mais les autorités encouragent leur action, principalement par l'attribution de subventions. Au niveau fédéral, la Section des droits de l'homme du Département fédéral des affaires étrangères dispose ainsi d'un crédit qu'elle répartit entre diverses ONG et institutions de protection des droits de l'homme.

Article 23

Alinéa 1er

413. En Suisse, la reconnaissance de la famille en tant qu'élément fondamental de la société ainsi que sa protection par l'Etat sont ancrées dans les articles 54 et 34 quinquies de la Constitution fédérale, auxquels il faut ajouter les articles 12 et 8 CEDH. Sur ce point ainsi que pour une définition de la notion de "famille", voir supra, ad article 17 du Pacte.

414. Le Comité, dans son Observation générale 19 (39), sollicite des informations détaillées sur les mesures prises par l'Etat en faveur de la famille. Bien qu'il soit impossible dans le cadre du présent

rapport, eu égard à la structure fédérale du pays, de donner une image précise et exhaustive des normes en vigueur à tous les échelons de la structure fédérale, les remarques suivantes visent à donner un aperçu de la politique suisse en faveur de la famille. Le rapport initial de la Suisse consacré au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, notamment à son article 10, apportera plus de précisions.

415. L'article 34 quinquies de la Constitution, introduit en 1945, enjoint à l'Etat fédéral de tenir compte des besoins de la famille et lui octroie des compétences en matière d'allocations familiales et d'assurance maternité. Les lois et certaines constitutions cantonales contiennent également des normes protégeant la famille. Cela amène à constater d'emblée que dans ce domaine, les tâches se répartissent entre Confédération, cantons et communes, ces dernières se chargeant souvent de l'action sociale familiale (crèches, jardins d'enfants, services d'aide familiale, etc.).

416. La politique familiale menée en Suisse n'est pas une politique de population, inspirée de considérations d'ordre démographique. Elle répond plutôt à un postulat de justice sociale : reconnaissant les prestations fournies par la famille à la société, elle vise à la faire bénéficier d'une aide qui soit un correctif à la répartition des revenus. Ce correctif est apporté par la compensation des charges familiales assurée principalement au moyen d'allocations familiales (allocations pour enfants, allocations de formation professionnelle, allocations de ménage, de mariage, de naissance et d'accueil) dont le régime et les bénéficiaires peuvent varier d'un canton à l'autre mais qui sont en principe servies au parent exerçant une activité lucrative, indépendamment du fait que les parents soient mariés ou non (sauf bien entendu pour l'allocation de mariage) ou fassent ménage commun, et d'allègements fiscaux (au plan fédéral et cantonal). La description de la répartition des compétences fédérales et cantonales en matière d'allocations familiales et des différents types d'allocations institués par les cantons figurera dans le futur rapport de la Suisse consacré au Pacte relatif aux droits sociaux, économiques et culturels.

417. Il faut aussi mentionner certaines prestations de sécurité sociale telles les rentes complémentaires versées aux retraités ou invalides ayant des enfants à charge, les rentes d'orphelins ou les suppléments aux indemnités journalières de l'assurance-chômage pour personnes mariées et celles qui leur sont assimilées. L'article 34 quinquies Cst. prévoit l'institution d'une assurance maternité, la loi d'exécution est en préparation. Cependant, certains cantons (St. Gall, Schaffhouse, Zurich, Zoug, Lucerne, Fribourg, Glaris, Vaud et les Grisons) connaissent déjà des prestations de besoin en cas de maternité. Ces questions seront elles aussi traitées dans le cadre du rapport mentionné à la note précédente.

418. En cas de difficultés particulières, les familles doivent pouvoir s'adresser à des centres de consultation pour obtenir conseils et orientation. En vertu de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse du 9 octobre 1981, les cantons ont institué des offices de consultation et de planning familial auprès desquels la consultation est gratuite. En outre, l'article 171 du Code civil enjoint aux cantons de mettre à disposition des couples un office de consultation (facultative) pour toute difficulté rencontrée dans leur vie commune ou leurs tâches de parents. Dans le cadre de l'avant-projet de révision du Code civil relatif au droit du divorce, il est prévu que les cantons devront veiller à ce que les époux puissent s'adresser à des offices de médiation chargés de les renseigner sur le divorce et ses effets.

419. Il existe au sein de l'administration fédérale une "Centrale pour les questions familiales", chargée notamment de tâches en liaison avec les allocations familiales fédérales ou cantonales et la politique familiale. Enfin, si bref soit-il, le présent aperçu ne peut manquer de mentionner le rôle des nombreuses associations privées oeuvrant dans le domaine de la famille et dont les principales sont : Pro Familia Suisse, Pro Juventute, le Mouvement populaire des familles, la Fédération suisse des organisations de parents, le Forum suisse des organisations de parents et la Fédération suisse des familles monoparentales. Certaines associations reçoivent des subventions de l'Etat.

Alinéas 2 et 3

420. Les dispositions de ces deux alinéas correspondent aux principes de l'article 54 Cst., tels qu'explicités par les articles 96ss du Code civil. De façon générale, l'institution du mariage présente en droit suisse cinq caractéristiques fondamentales : la monogamie, l'hétérosexualité, l'exogamie, le consentement mutuel initial et la célébration selon les formes de la loi civile. Ainsi, le Code civil soumet la validité du mariage aux conditions suivantes :

a) L'âge de 20 ans révolus pour les hommes et de 18 ans révolus pour les femmes

A titre exceptionnel toutefois, le gouvernement cantonal du domicile peut autoriser une femme de 17 ans ou un homme de 18 ans à contracter mariage, avec l'accord des parents ou tuteurs (art. 96 CCS). La majorité civile étant à l'heure actuelle fixée à 20 ans révolus, le mariage célébré avant cet âge rend majeur (émancipation par mariage, art. 14, alinéa 2, CCS). Un tel mariage nécessite l'accord des parents ou du tuteur (art. 98 CCS). Un projet visant à abaisser l'âge de la majorité civile à 18 ans a été approuvé par le Parlement. Son adoption aura pour conséquence une harmonisation de l'âge de la capacité nuptiale entre les deux sexes, de même que la suppression de la possibilité de l'émancipation pour les femmes de 17 ans.

b) Le discernement et l'absence de maladie mentale (art. 97 CCS)

L'exigence du discernement découle des règles sur l'exercice des droits civils (voir supra, ad article 16 du Pacte). Le Tribunal fédéral n'a pas manqué de préciser qu'elle ne doit pas être interprétée trop strictement, afin de ne pas porter une atteinte injustifiable à la liberté du mariage. Dans un arrêt de 1983, il indique même que le mariage doit être célébré s'il n'apparaît pas préjudiciable pour l'intéressé, indépendamment des doutes que l'on peut avoir sur la capacité de discernement d'un fiancé ^{ATF 109 II 273}. En ce qui concerne la condition de l'absence de maladie mentale, la doctrine récente se prononce pour son interprétation restrictive : seules les maladies privant une personne de discernement pourraient lui interdire le mariage ^{En ce sens Guillod, O., "La liberté de se marier" in Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique, Bâle, 1991, p. 97ss, spéc. 110 et 111..} Cette condition se confondrait donc avec celle du discernement, à laquelle elle n'ajouterait rien. Cette conception paraît juste, compte tenu du caractère fondamental de la liberté de se marier. Elle ne semble pourtant pas avoir encore été consacrée par le Tribunal fédéral qui, dans des arrêts certes forts anciens, affirme que "celui qui est atteint d'une maladie mentale est incapable de contracter mariage, même s'il est capable de discernement" ^{ATF 73 I 167}. L'avant-projet de révision du Code civil prévoit l'abandon de cet empêchement absolu pour les personnes atteintes de maladies mentales.

c) Pour l'interdit, le consentement de son représentant légal (art. 99 CCS)

L'interdit n'ayant pas l'exercice des droits civils, ce consentement est nécessaire. Pour éviter des abus, la loi prévoit un droit de recours aux autorités de tutelle contre le refus du représentant légal auquel il incombe de sauvegarder les intérêts de l'interdit, notamment son droit à la liberté du mariage.

d) L'absence d'empêchement au

mariage

Le Code civil prohibe le mariage entre parents ou alliés en ligne directe. L'avant-projet de révision du Code civil prévoit la suppression de l'empêchement de mariage entre tante et neveu ou oncle et nièce, que la parenté repose sur la filiation ou l'adoption (avec dans ce dernier cas une dérogation possible par décision du gouvernement cantonal du domicile) (art. 100 CCS). Pour contracter mariage il faut également fournir la preuve qu'un éventuel précédent mariage a été dissous (exigence de la monogamie, art. 101 CCS). Deux autres empêchements au mariage ont aujourd'hui perdu tout effet pratique. Il s'agit d'une part du délai de 300 jours imposé à la femme après dissolution d'un mariage pour en contracter un autre (art. 103 CCS). Cette règle, qui avait pour but d'éviter un conflit de présomptions de paternité entre les deux maris successifs, n'a plus de raison d'être, l'article 257 CCS attribuant désormais une priorité à la présomption de paternité du second mari. D'autre part, l'application de l'article 104 CCS, permettant au juge du divorce de prononcer un délai d'interdiction de remariage à l'encontre d'un époux, a conduit à la condamnation de la Suisse par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit au mariage ^{Cour Eur. D.H., affaire E. c. Suisse, arrêt du 18 décembre 1987, Série A 128.} Cette disposition est depuis lors restée lettre morte et sera prochainement supprimée, comme le délai prévu à l'article 103 CCS, dans le cadre de la révision du droit du divorce.

e) Le respect des conditions de forme posées par les articles 105ss CCS

Ces conditions ont trait à la publication de la promesse, aux délais à respecter, à la forme de célébration du mariage, etc. Relevons qu'une fois le mariage civil célébré, l'officier d'état civil remet aux époux un certificat de mariage en l'absence duquel la bénédiction religieuse de l'union ne peut avoir lieu (art. 118 CCS). La loi civile ne régleme du reste pas le mariage religieux, qui est libre. Ces conditions de forme seront simplifiées dans le cadre de la prochaine révision du Code civil.

421. La liberté constitutionnelle du mariage implique celle de ne pas se marier. Du reste, les articles 91 CCS (qui prescrit que la loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse) et 124 CCS (qui fait du défaut de consentement une cause de nullité relative du mariage) traduisent l'importance d'un consentement libre des époux. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que des couples choisissent de vivre en concubinage.

422. La loi n'offre cependant pas de statut spécial aux couples et familles vivant en union libre. Cela a des effets sur le lien de filiation : celui-ci existe de plein droit entre la mère et son enfant (selon l'adage "mater semper certa" art. 252 CCS). En revanche, la filiation n'est établie à l'égard du père que par son mariage avec la mère, la reconnaissance, un jugement ou encore par l'adoption (art. 252, al. 2 et 3, CCS).

423. Si, ainsi qu'on l'a déjà mentionné, les concubins sont assimilés aux personnes mariées en ce qui concerne la plupart des régimes d'allocations familiales, tel n'est cependant pas le cas dans d'autres domaines. En matière fiscale par exemple, si l'égalité de traitement entre concubins (imposés séparément, comme des célibataires) et couples mariés (imposés en commun tant qu'ils ne vivent pas séparés) n'est pas réalisable, le Tribunal fédéral a posé le postulat selon lequel les couples mariés ne doivent pas payer plus d'impôts que les concubins, l'inverse étant possible dans la mesure où le système d'imposition n'est pas systématiquement défavorable aux concubins ^{ATF 118 la 1.}

424. En ce qui concerne les étrangers, qui bien entendu bénéficient eux aussi de la garantie des articles 54 Cst. et 12 CEDH, l'article 44 de la loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, prescrit qu'en principe les conditions de fond du mariage sont régies par le droit suisse mais que si ces dernières ne sont pas réunies il suffit alors que celles que pose le droit national

de l'un des fiancés le soient pour que le mariage puisse être célébré. Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse (art. 45 de la même loi).

425. On mentionnera encore que les clauses contractuelles de célibat, les promesses de rester sans enfants, etc., sont nulles en vertu des dispositions du Code des obligations sur l'objet et la nullité des contrats (art. 19 et 20 CO).

Alinéa 4

426. L'égalité des époux durant le mariage découle du principe constitutionnel de l'égalité entre hommes et femmes ^{Voir supra}, ad article 3 du Pacte.. Ainsi l'article 4 alinéa 2 Cst. prévoit expressément que "la loi pourvoit à l'égalité dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail". Ce mandat législatif a guidé la récente modification du droit des effets généraux du mariage et des successions (modification du Code civil, en vigueur depuis le 1er janvier 1988), alors que le droit du divorce est en cours de révision.

427. Par le mariage et durant l'union conjugale :

Le nom de famille est en principe celui du mari, la femme peut garder son nom et le faire suivre du nom de famille (art. 160 CCS). Aux termes de l'article 30 CCS, il y a lieu d'autoriser les fiancés, à leur requête et s'ils font valoir des intérêts légitimes, à porter le nom de la femme comme nom de famille. En pareil cas, le mari n'était jusqu'ici pas autorisé à garder son nom et le faire suivre du nom de famille. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé récemment qu'il y avait là une inégalité de traitement incompatible avec la CEDH ^{Cour Eur. D.H., affaire Burghartz c. Suisse}, arrêt du 22 février 1994, Série A 280B. . L'Ordonnance du 1er juin 1953 sur l'état civil a été récemment modifiée pour tenir compte de ce jugement.

La femme acquiert le droit de cité de son mari sans perdre le sien (le système antérieur de l'unité du droit de cité était cause d'inégalités, notamment lorsque la femme exerçait une activité politique) (art. 161 CCS).

Les époux choisissent ensemble la demeure commune, ils représentent l'union conjugale sur un pied de complète égalité (art. 162 et 166 CCS).

Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (art. 163 CCS).

Les régimes matrimoniaux légaux (participation aux acquêts, communauté de biens ou séparation de biens) respectent l'égalité des époux.

L'"autorité parentale" est exercée pendant le mariage par les deux conjoints (art. 296ss CCS) qui ont l'administration commune des biens de leur enfant (art. 318 CCS), choisissent son prénom ensemble (art. 301 CCS) et veillent à son éducation (art. 302ss CCS).

La loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse a été modifiée de façon à garantir l'égalité de traitement entre l'étranger épousant une Suisse et l'étrangère épousant un ressortissant suisse. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er janvier 1992 ^{Sur cette modification, voir Dutoit, B., Sativa-Spring C., "La nationalité de la femme mariée" vol. I, supplément 1973-1989, Genève 1990, p. 209ss.} . Désormais le conjoint étranger, quel que soit son sexe, bénéficie de la naturalisation facilitée après un séjour total de cinq ans dans le pays (dont l'année précédant la demande) et trois ans de communauté

conjugale.

428. En ce qui concerne l'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage pour cause de mort, les dispositions du Livre troisième du Code civil ne font pas de distinction entre les conjoints.

429. S'agissant de la dissolution par divorce, le droit actuel date du début du siècle et connaît encore quelques inégalités entre hommes et femmes, il est toutefois en passe d'être révisé conformément aux exigences de l'article 4 Cst. Les principaux axes de la révision sont le maintien d'un divorce judiciaire, la "dépénalisation" du droit du divorce, l'incitation des époux à régler leur divorce à l'amiable, la sauvegarde optimale des intérêts des enfants et la réglementation équitable des conséquences économiques du divorce.

430. A titre d'exemple, en 1991, il y a eu en Suisse 13 627 divorces, soit 2 pour 1 000 habitants. Pour cette même année, la statistique du nombre de divorces pour 10 000 mariages, ventilés selon la durée du mariage, donne les résultats suivants :

entre 0 et 4 ans de mariage 150,8

entre 5 et 9 ans de mariage 184,5

entre 10 et 14 ans de mariage 127,9

entre 15 et 19 ans de mariage 085,6

20 ans et plus de mariage 031,1

431. La protection des enfants pendant l'union ou en cas de dissolution du mariage est assurée par les dispositions relatives à la protection de l'enfant, sur la tutelle (voir notamment les articles 307ss et 368ss CCS, également en cours de révision), sur les mesures provisoires que le juge civil est habilité à prendre en cas de suspension de la vie commune (art. 176, al. 3, CCS), dans le cadre d'une procédure de divorce (art. 145 CCS), ou à l'issue de cette dernière (art. 156 et 315a CCS).

432. Dans l'attribution de l'autorité parentale et la réglementation des relations personnelles après le divorce, le juge tiendra compte, selon l'article 156 CCS (art. 138 de l'avant-projet), de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant. La jurisprudence indique qu'il faut entendre par là les relations parents-enfant, la personnalité des parents (capacité éducative, santé physique ou mentale, etc.), leurs conditions de vie (charges, situation professionnelle, nouvelle liaison, etc.), ainsi que la personnalité de l'enfant et les liens qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux ^{ATF 115 II 317ss}. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant d'adapter ses décisions aux cas particuliers. Il tiendra compte d'éventuelles requêtes communes des parents. L'avant-projet prévoit en outre expressément que le juge prendra autant que possible l'avis de l'enfant. Cela ne signifie toutefois pas que l'on demandera à l'enfant s'il préfère vivre avec son père ou sa mère mais que, si un enfant d'un certain âge exprime une opinion tranchée, le juge devra soigneusement motiver toute décision contraire. Enfin, l'avant-projet introduit la possibilité de l'attribution de l'autorité parentale commune aux parents divorcés. Ajoutons enfin qu'en cas de séparation de couples non mariés, l'enfant reste sous l'autorité parentale de la mère, comme il l'était pendant l'union (art. 298 CCS).

Article 24

433. Le principe général de l'égalité, tel qu'il a été évoqué plus haut dans le chapitre consacré à l'article 2 du Pacte, est bien évidemment applicable aux enfants. L'on renvoie également utilement

aux considérations concernant les mineurs dans les chapitres relatifs aux articles 8 (problème de la traite des enfants, de l'exploitation sexuelle d'enfants par des Suisses à l'étranger), 10 (régime de privation de liberté applicable aux mineurs, privation de liberté à des fins d'assistance), 14 alinéa 4, 16 (conditions de la jouissance et de l'exercice des droits civils), 17 (protection de la vie familiale), 18 alinéa 4 et 23 du Pacte.

434. Il convient également de mentionner que le Gouvernement suisse s'apprête à ratifier la Convention relative aux droits de l'enfant. Un message en ce sens a été soumis aux Chambres fédérales. La ratification de cette convention, qui dresse un catalogue, certes parfois insuffisant et imprécis, des mesures que les Etats parties s'engagent à prendre en la matière, permettra d'étudier un renforcement de l'appareil législatif et une amélioration de sa mise en oeuvre au bénéfice de chaque enfant. En complément, les paragraphes suivants, après avoir défini l'enfant mineur au sens du droit suisse, apportent des informations complémentaires s'agissant des droits et de la protection des enfants.

435. Est mineure au sens du droit civil suisse toute personne n'ayant pas atteint l'âge de 20 ans révolus. Lorsqu'un mineur n'est pas sous autorité parentale, il est placé sous tutelle (art. 14 et 368 CCS). Dans certains cas, la majorité civile s'acquiert avant l'âge de 20 ans; ainsi le mariage rend-il majeur (art. 14 CCS) un jeune homme dès 18 ans et une jeune femme dès 17 ans (art. 96 CCS, voir supra, ad article 23); en outre, l'autorité tutélaire de surveillance peut déclarer majeur un jeune dès 18 ans (acquisition de la majorité par émancipation, art. 15 CCS). L'on ajoutera qu'une modification législative visant à porter l'âge de la majorité civile à 18 ans révolus entrera probablement en vigueur en 1995.

Alinéa 1er

436. Dans l'ordre juridique suisse, chaque individu, et donc aussi l'enfant mineur, possède la jouissance des droits civils et a en conséquence une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations, cela dans les limites de la loi (art. 11 CCS). Cependant, seules les personnes majeures et capables de discernement ont l'exercice des droits civils et peuvent s'obliger par leurs propres actes. Les actes des personnes privées de discernement ne produisent en général aucun effet juridique (art. 18 CCS). Les mineurs capables de discernement ne peuvent s'obliger qu'avec le consentement de leur représentant légal (art. 19 CCS). Ils n'ont toutefois pas besoin de ce consentement pour acquérir à titre purement gratuit ou pour exercer des droits strictement personnels, tels leurs droits fondamentaux à caractère idéal. Ces principes tiennent compte du besoin de protection de l'enfant mineur d'une part et du respect de sa volonté, dans la mesure où il est capable de discernement, d'autre part.

437. Les droits fondamentaux de la personne, et notamment le principe de l'égalité incorporé dans l'article 4 de la Constitution fédérale, sont d'application générale, les enfants en jouissent donc également sans discrimination. Font exception les droits pour l'exercice desquels un certain âge est requis, comme c'est par exemple le cas des droits politiques. Dans la mesure où un mineur est capable de discernement, il peut en principe faire valoir lui-même ses droits fondamentaux de caractère idéal. L'article 49, alinéa 3, Cst. contient à cet égard une règle spécifique : dès que leur enfant a atteint l'âge de 16 ans, les parents ne sont plus habilités à disposer de son éducation religieuse. Voir également supra, ad article 18 du Pacte.. A cette exception près, la Constitution fédérale ne contient aucune disposition réglant spécifiquement les droits des enfants et leurs relations avec leurs parents. Toutefois, aux termes de l'article 34 quinquies Cst., la Confédération, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés et dans les limites de la Constitution, tient compte des besoins de la famille (voir supra, ad article 23).

438. Les titres septième et huitième du Code civil suisse traitent de l'établissement et des effets de la filiation. Y sont notamment réglés le nom et le droit de cité de l'enfant, les devoirs des parents et des enfants en matière d'aide et d'égards réciproques, ainsi que le droit des parents d'entretenir des

relations personnelles avec leur enfant. Le devoir d'entretien des parents est lui aussi réglementé. Enfin, le Code civil place l'enfant mineur sous l'autorité parentale de ses père et mère. Ajoutons qu'aucune discrimination n'existe en matière successorale entre enfants légitimes et naturels lorsqu'un lien de filiation (par reconnaissance ou jugement) a été établi avec le père.

439. Aux termes de l'article 301 du Code civil, les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires, sous réserve de sa propre capacité. L'enfant doit obéissance à ses père et mère, qui lui accordent la liberté d'organiser sa vie selon son degré de maturité et tiennent compte autant que possible de son avis pour les affaires importantes. Les parents doivent élever l'enfant selon leurs facultés et leurs moyens, en favorisant son développement corporel, intellectuel et moral. Ils lui doivent une formation générale et professionnelle appropriée, correspondant autant que possible à ses goûts et aptitudes. A cet effet, ils doivent collaborer avec l'école et, lorsque les circonstances l'exigent, avec les institutions publiques de protection de la jeunesse. Les relations privées entre parents et enfants sont, pour le surplus, protégées contre les ingérences injustifiées de l'Etat par le droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle ainsi que par les articles 8 CEDH et 17 du Pacte. Les règles relatives à l'autorité parentale attribuent donc aux père et mère la responsabilité première de l'éducation des enfants tout en respectant la personnalité de ceux-ci.

440. Si les parents mariés exercent l'autorité parentale en commun (art. 297, alinéa 1, CCS) tel n'est actuellement pas le cas après un divorce ou lorsque les parents ne sont pas mariés ensemble (art. 297, alinéa 3, et 298 CCS). Le droit suisse ne permet donc pas l'attribution de l'autorité parentale commune hors du mariage. Celle-ci appartient en principe à la mère lorsque le couple n'est pas marié. Si la mère est mineure, interdite ou décédée ou si elle a été déchue de l'autorité parentale, l'autorité tutélaire nomme un tuteur à l'enfant ou transfère l'autorité parentale au père, selon ce que le bien de l'enfant commande. En cas de divorce, l'autorité parentale est attribuée conformément au bien de l'enfant. La révision en cours du droit du divorce pourrait à l'avenir permettre l'attribution commune de l'autorité parentale aux parents divorcés, ainsi que, à certaines conditions, aux concubins.

441. L'un des principes directeurs du droit suisse de la famille est donc le bien de l'enfant; tant les parents que les autorités se doivent d'agir conformément à cet objectif. Ainsi, sous le titre "Protection de l'enfant", les articles 307ss du Code civil prévoient-ils que l'autorité tutélaire prend les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou sont hors d'état de le faire. Parmi les mesures envisageables figurent notamment le rappel des parents à leurs devoirs, des indications ou instructions relatives aux soins, à l'éducation et à la formation de l'enfant, la désignation d'une personne ayant un droit de regard et d'information, la nomination d'un curateur, le retrait du droit de garde, voire de l'autorité parentale et le placement sous tutelle de l'enfant; dans les cas les plus graves, il est possible d'ordonner le placement de l'enfant dans un établissement adéquat ^{Article 310 CCS}. Ces décisions peuvent bien entendu faire l'objet de recours (art. 420 CCS).

442. Le bien de l'enfant est également déterminant dans les procédures d'adoption (art. 264 CCS), pour les décisions d'attribution de l'autorité parentale au père quand les parents ne sont pas mariés (art. 298 alinéa 2 CCS) ou en cas de retrait du droit de visite d'un parent (art. 274 CCS). La notion de bien ou d'intérêt de l'enfant doit être concrétisée par les autorités compétentes en fonction de chaque cas particulier et à la lumière des principes généraux du droit constitutionnel et international. A cet égard, la Convention relative aux droits de l'enfant, que la Suisse s'apprête à ratifier, sera utile aux autorités dans leur tâche d'interprétation.

443. L'enlèvement international d'enfants est un problème qui préoccupe les autorités fédérales. Une autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfants a été mise sur pied au sein de l'Office fédéral de la justice. Chaque année, elle enregistre entre 70 et 100 cas d'enlèvement. Les autorités assistent les personnes concernées dans le but d'obtenir le retour des enfants illégalement

enlevés à l'étranger. La Suisse est partie à la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, ainsi qu'à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international de mineurs. S'agissant d'enlèvements vers des Etats qui n'ont pas ratifié ces conventions, les possibilités d'interventions efficaces sont cependant réduites.

444. En vigueur depuis le 1er janvier 1990, l'article 220 du Code pénal suisse punit, sur plainte, de l'emprisonnement ou de l'amende celui qui aura soustrait ou refusé de remettre un mineur à la personne qui exerce l'autorité parentale ou la tutelle.

445. Les mauvais traitements et l'exploitation des enfants par des membres de leur famille ou des tiers sont un problème grave, en Suisse également, ainsi que le relève un rapport récent ^{Groupe de travail} Enfance maltraitée, "Enfance maltraitée en Suisse", Rapport final présenté au Chef du Département fédéral de l'intérieur, Berne, juin 1992. Cette étude détaillée figure en annexe au présent rapport. . Outre les dispositions protectrices du Code civil précitées et celles du Code pénal relatives aux atteintes à l'intégrité corporelle, il convient de mentionner ici les articles 187, 188, 189, 190 et 213 du Code pénal, lesquels entendent protéger l'intégrité sexuelle des mineurs. Le principal problème réside toutefois dans la difficulté qu'éprouvent les autorités compétentes d'avoir connaissance des cas de mauvais traitements afin d'intervenir à temps. Ces actes sont en effet le plus souvent commis dans le cadre restreint des relations familiales et les victimes ne s'en ouvrent à l'extérieur qu'avec réticence. Comme l'indique le rapport susmentionné, de nombreuses mesures ont déjà été prises dans ce domaine tant par des autorités publiques que par des organismes privés ^{Parmi les organisations les plus importantes dans ce domaine, l'on peut citer la fondation Pro Juventute et la fédération Pro Familia.} . Des efforts sont encore nécessaires (voir les recommandations du groupe de travail, aux pages 99ss du rapport). Dans ce contexte, la nouvelle loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, du 4 octobre 1991 (RS 312.5), constitue un progrès certain ^{Les principaux objectifs de cette loi sont décrits dans le document de base servant de partie générale au présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29).} . Enfin, les articles 358 bis et 358 ter prescrivent une obligation d'aviser, respectivement : "Lorsque, au cours d'une poursuite pour infraction commise à l'encontre de mineurs, l'autorité compétente constate que d'autres mesures s'imposent, elle en avise immédiatement l'autorité tutélaire"; "lorsqu'il y va de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction (art. 320 et 321) peuvent aviser l'autorité tutélaire des infractions commises à l'encontre de ceux-ci".

446. Jusqu'à l'âge de sept ans révolus, les enfants échappent à toute sanction pénale. Jusqu'à l'âge de 18 ans, les mineurs sont soumis à un régime pénal spécial fondé sur des mesures éducatives ou d'assistance (art. 82 à 99 CCS). A partir de 18 ans, la majorité pénale est en principe atteinte. Cependant, l'article 64 CP prévoit, lorsque l'auteur est âgé de 18 à 20 ans, que ce fait peut représenter une circonstance atténuante. De plus, les jeunes adultes (entre 18 et 25 ans) peuvent être placés en maison d'éducation au travail en lieu et place de la sanction pénale ordinaire (art. 100 bis et 100 ter CP) ^{Pour plus de détails voir supra, ad article 10 du Pacte..}

447. La législation suisse du travail ^{Il s'agit en particulier de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11) et de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur le travail à domicile (RS 822.31).} fixe à 15 ans l'âge minimal pour l'admission au travail des mineurs. Il existe des exceptions s'agissant de certains types de travaux légers qu'un enfant peut exécuter dès l'âge de 13 ans pour autant que son développement n'en soit pas perturbé. Pour les jeunes travailleurs de 15 à 19 ans, il existe des règles spéciales en matière d'horaires de travail, de réglementation des heures supplémentaires, des vacances, des pauses et du travail la nuit ou le dimanche. Le Code des obligations régit en outre les obligations contractuelles entre employeur et employé. L'on citera par exemple l'article 329a CO, octroyant cinq semaines de vacances aux travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans et l'article 329e CO sur les congés pour activité de jeunesse extrascolaire des jeunes de moins de 30 ans.

Alinéa 2

448. L'enregistrement de chaque enfant ainsi que son droit à recevoir un nom, un prénom et un droit de cité sont prescrits par les articles 270, 271 et 301, alinéa 3, du Code civil, ainsi que par l'article 59 de l'ordonnance sur l'état civil, du 1er juin 1953 (RS 211.112.1). Chaque nouveau-né reçoit ainsi un ou plusieurs prénoms, un patronyme et un droit de cité. Les offices communaux et cantonaux de l'état civil, compétents en la matière, tiennent à jour les registres officiels nécessaires.

Alinéa 3

449. La loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse, du 29 septembre 1952 (RS 141.0), prévoit deux formes d'acquisition de la nationalité : l'acquisition du seul fait de la loi, en particulier par filiation, et la naturalisation. La naturalisation de ressortissants étrangers ou d'apatrides est liée à certaines conditions d'intégration à la communauté nationale et de durée de la résidence en Suisse (12 ans respectivement, 5 ans dans certains cas, art. 15 de la loi). Il n'existe cependant aucun droit à la naturalisation, même dans les cas d'apatridie, ce qui, dans le cas d'enfants ne pouvant obtenir une autre nationalité que la nationalité suisse, n'est peut-être pas pleinement compatible avec les exigences de l'article 24, alinéa 3. L'on ajoutera toutefois que l'enfant de filiation inconnue trouvé en Suisse acquiert le droit de cité du canton sur le territoire duquel il a été trouvé et par là même la nationalité suisse (art. 6 de la loi).

450. Une révision de la Constitution fédérale en matière d'acquisition et de perte de la nationalité suisse a été rejetée par le peuple et les cantons le 12 juin 1994. Elle devait notamment permettre aux étrangers ayant passé leur enfance dans le pays de disposer de la naturalisation facilitée, laquelle réduit les délais requis ordinairement pour une telle démarche.

Article 251. Droit de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter et d'être élua) Le droit de vote et de participation à la direction des affaires publiques

451. Sur le plan fédéral, le droit de vote est garanti par les articles 43, alinéas 1er et 2, et 74, alinéas 1er, 2 et 3 Cst., dans les termes suivants :

Article 43

"1. Tout citoyen d'un canton est citoyen suisse.

2. Il peut, à ce titre, prendre part, au lieu de son domicile, à toutes les élections et votations en matière fédérale, après avoir dûment justifié de sa qualité d'électeur."

Article 74

"1. Les Suisses et les Suissesses ont les mêmes droits et les mêmes devoirs en matière d'élections et de votations fédérales.

2. Tous les Suisses et toutes les Suissesses âgés de 20 ans révolus et qui ne sont pas privés des droits politiques par la législation de la Confédération ou du canton de domicile ont le droit de prendre part à ces élections et votations.

3. La Confédération peut édicter des dispositions législatives uniformes sur le droit de prendre part aux élections et votations en matière fédérale."

Ces dispositions sont concrétisées par la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1), la loi fédérale du 19 décembre 1975 sur les droits politiques des Suisses de l'étranger (RS 161.5) et leurs ordonnances d'application.

452. Le système politique suisse peut être qualifié de "démocratie semi-directe", la formule voulant traduire le fait que les textes législatifs issus des débats parlementaires ne sont pas définitifs puisque la Constitution reconnaît, depuis 1874, le droit de référendum populaire. Ainsi, si dans les 90 jours qui suivent l'adoption d'une loi par les Chambres fédérales, cinquante mille signatures valables d'électeurs souhaitant que les nouvelles dispositions soient soumises à la sanction du peuple sont recueillies, celles-ci doivent faire l'objet d'une votation populaire et ne pourront entrer en vigueur que si une majorité des citoyens ayant participé au scrutin le décide. Il en va de même à la demande de huit cantons (art. 89 al. 2 et 4 Cst.). Il s'ensuit qu'une loi n'entre en vigueur au plus tôt qu'à la fin du délai référendaire de 90 jours. Outre les lois, les arrêtés urgents de portée constitutionnelle et les arrêtés fédéraux de portée générale, sont également toujours soumis au référendum les traités internationaux non dénonçables conclus pour une durée indéterminée, ainsi que ceux qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou qui entraînent une unification multilatérale du droit (art. 89 al. 3 Cst.). Une modification constitutionnelle, les arrêtés urgents dérogeant à la Constitution de même que l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales sont soumises dans tous les cas au double assentiment du peuple et des cantons (référendum obligatoire, art. 89 al. 5 et 123 Cst.).

453. Depuis 1891, la Constitution reconnaît également un droit d'initiative populaire permettant de proposer la révision totale ou partielle de la Constitution (art. 121 Cst.). Pour ce faire, cent mille signatures de citoyens doivent être réunies en l'espace de 18 mois. Le Parlement ne peut s'opposer à la soumission d'une initiative populaire à la votation, sauf à la déclarer irrecevable pour vice de forme, voire - selon la doctrine dominante - nulle pour violation d'une norme impérative du droit international (jus cogens; cela ne s'est jamais produit à ce jour). Ne pouvant porter que sur des modifications constitutionnelles, une initiative doit, pour être approuvée, recevoir le double assentiment du peuple et des cantons.

454. L'alinéa 1er de l'article 74 pose le principe général du suffrage universel, lequel est applicable à l'élection du Conseil national (Chambre du peuple) ^{Pour l'élection au Conseil national, chaque canton dispose d'un nombre de sièges proportionnel au nombre des citoyens qui y résident. L'élection se fait au scrutin proportionnel.} Voir le document de base constituant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29), sect. 2.3. Organisation des pouvoirs fédéraux, aux autres votations fédérales, ainsi qu'aux droits d'initiative et de référendum. L'élection des représentants de chaque canton au Conseil des Etats (Chambre des cantons) n'est pas régie par le droit fédéral mais par les constitutions cantonales; elle se fait partout au suffrage universel. Quant au Conseil fédéral, il est élu par les deux Chambres réunies en Assemblée parlementaire ^{Voir le document de base constituant la partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29), sect. 2.3. Organisation des pouvoirs fédéraux.}

455. L'égalité des droits politiques est une prérogative dont on peut invoquer la violation par la voie du recours (art. 77 à 80 de la loi fédérale sur les droits politiques). Ni la Constitution ni la législation fédérales ne prescrivent de devoirs spécifiques en la matière. Les cantons sont cependant libres de le faire et de rendre obligatoire la participation au dépouillement des scrutins, voire aux scrutins fédéraux eux-mêmes ^{De nos jours, seul le canton de Schaffhouse frappe l'abstention d'une amende de 3 francs.}

456. L'alinéa 2 de l'article 74 traite des conditions requises pour exercer le droit de vote. Celles-ci sont au nombre de trois :

a) La nationalité suisse. Cette condition a pour effet d'exclure du droit de vote fédéral les étrangers résidant en Suisse. Applicable aux seuls droits politiques de niveau fédéral, elle n'empêche pas les cantons d'associer les étrangers aux décisions politiques de rang cantonal ou communal ^{Sur ce point,}

voir infra ..

b) La majorité civique. Elle est fixée à 18 ans, (la majorité civile s'acquiert aujourd'hui encore à 20 ans). Les cantons connaissent la même limite d'âge.

c) La capacité civique. Celle-ci est réglée par l'article 2 de la loi fédérale sur les droits politiques, lequel prive du droit de vote en matière fédérale les citoyens qui ont été interdits pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit par application de l'article 369 du Code civil. Ainsi, la privation des droits civiques suppose un jugement d'interdiction, c'est-à-dire de mise sous tutelle, motivé par l'une des deux causes exhaustivement mentionnées à l'article 369 du Code civil ^{Ainsi, en} matière fédérale, il n'existe pas d'autres causes de privation des droits civiques (telles la saisie infructueuse, une condamnation pénale, etc.). Les cantons restent cependant libres d'en prévoir pour les scrutins cantonaux et communaux.

457. Sur le plan cantonal, les droits politiques des citoyens sont plus étendus que sur le plan fédéral dans la mesure où le gouvernement est directement élu par le peuple et où de nombreux cantons connaissent en plus de l'initiative constitutionnelle, seule possible en droit fédéral, un droit d'initiative législative permettant à un nombre déterminé de citoyens de soumettre au vote du peuple une proposition de loi. En outre, il convient de rappeler que chaque canton possède ses propres constitution et législation. Le pouvoir législatif y est en général exercé par un parlement unicaméral élu selon le système de représentation proportionnelle. Quelques cantons connaissent cependant encore un système de démocratie directe dans lequel le pouvoir législatif est exercé par l'assemblée du peuple. Le pouvoir exécutif et administratif est quant à lui attribué à un "conseil d'état", élu par le peuple pour une durée déterminée et organisé selon les mêmes principes que le Conseil fédéral : le président change chaque année et la collégialité est de règle.

458. L'alinéa 4 de l'article 74 Cst. réserve le droit cantonal pour les votations et élections cantonales et communales. Toutefois, la liberté des cantons en la matière n'est pas illimitée. Ceux-ci doivent en effet garantir "l'exercice des droits politiques d'après les formes républicaines" (art. 6, al. 2, Cst.). Ils sont en outre tenus de veiller à l'égalité de traitement (art. 4 Cst.) ainsi qu'aux droits du peuple (art. 5 Cst.). Ils ne sauraient ainsi déroger au principe du suffrage universel par des discriminations injustifiables à l'encontre des prêtres, des contribuables récalcitrants ^{ATF 41 I 58.} ou des femmes ^{ATF 116 la 359, cité supra, ad article 3..}

459. En général, les cantons subordonnent la qualité d'électeur à celle de ressortissant suisse, il y a toutefois certaines exceptions (sur les droits politiques des ressortissants étrangers, voir infra). Quant à l'âge requis, il est de 18 ans. Dans leur grande majorité, les constitutions cantonales ne prévoient la privation des droits civiques qu'en cas d'interdiction pour cause de maladie mentale ou faiblesse d'esprit, à l'instar du droit fédéral. Il subsiste cependant d'autres causes d'incapacité civique dans certaines constitutions (mise sous tutelle, faillite fautive, dépendance fautive durable à l'égard de l'assistance publique, détention dans un établissement pénitentiaire, etc.). La doctrine semble admettre que de telles exclusions, si elles sont désuètes, ne sont pas contraires à la Constitution fédérale ^{GRISEL E. : "Commentaire de l'article 74 de la Constitution", in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle, Zurich, Berne, vol. III, No 45, 1988..} Seuls deux cantons sont cependant encore concernés (Schwyz et St. Gall).

b) Droit d'être élu

460. Au plan fédéral, les règles d'éligibilité au Conseil national (Chambre du peuple), au Conseil fédéral ainsi qu'au Tribunal fédéral sont, en vertu des articles 75, 96 et 108 de la Constitution, au nombre de trois. Elles correspondent à celles déjà décrites en matière de droit de vote, d'initiative et de référendum (nationalité suisse, majorité civique, non-interdiction). Il s'y ajoute toutefois une règle particulière : l'incompatibilité avec une fonction ecclésiastique. La Constitution restreint en effet

l'éligibilité aux citoyens laïques Malgré la lettre de l'article 75 Cst., il s'agit là d'un cas d'incompatibilité de fonctions et non d'une condition d'éligibilité, ce qui a pour conséquence qu'un ecclésiastique peut être valablement élu dans la mesure où il n'exerce pas son office religieux (voir l'article 18 de la loi fédérale sur les droits politiques). Sur les autres incompatibilités de fonctions au plan fédéral, voir *infra*. Tirant son origine dans l'histoire, notamment des luttes confessionnelles qu'a connues le pays, et critiquée en doctrine, cette règle a perdu sa raison d'être de même que sa portée pratique. L'église catholique romaine interdit à ses ministres d'exercer des mandats politiques.

461. Sur le plan cantonal, les constituants doivent respecter les mêmes principes qu'en matière de droit de vote lorsqu'ils édictent des règles d'éligibilité applicables aux membres de leurs ordres exécutifs, législatifs et judiciaires (art. 4, 6, 43 et 60 Cst. Voir *supra* par. 312). S'agissant par exemple de l'élection des représentants d'un canton au Conseil des Etats (Chambre des cantons), les cantons sont libres de réserver cette éligibilité à leurs habitants, mais non à leurs ressortissants.

462. Outre les règles d'éligibilité susmentionnées, la Constitution fédérale et les ordres juridiques cantonaux contiennent des dispositions prévoyant certaines incompatibilités entre une charge publique et d'autres activités. Celles-ci visent le plus souvent à sauvegarder la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, ainsi que le bicaméralisme.

463. Sur le plan fédéral, l'on dénombre les règles d'incompatibilité suivantes. Les articles 97 et 108 de la Constitution interdisent aux membres du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral d'exercer un autre emploi pendant la durée de leurs fonctions. Aux termes de l'article 77 Cst. (précisé par l'article 18 de la loi fédérale sur les droits politiques), le mandat de conseiller national (élu à la Chambre du peuple) est incompatible avec celui de conseiller aux Etats (élu à la Chambre des cantons), de conseiller fédéral (membre de l'exécutif collégial fédéral) ou de fonctionnaire nommé par ce dernier. Est également incompatible le mandat de juge fédéral (art. 108 Cst.), ainsi que le fait d'être porteur de décorations étrangères (art. 12 Cst.) ou, comme on l'a vu plus haut, d'être ecclésiastique (art. 75 Cst.). Il arrive en outre que le droit cantonal déclare une fonction cantonale incompatible avec la charge de conseiller national. En général les cantons interdisent aux membres de leur exécutif d'être à la fois conseillers nationaux, ou ne le permettent qu'à un certain nombre de ceux-ci. Seuls cinq cantons, parmi les plus petits, ne connaissent pas cette restriction. Quelques cantons ont des règles semblables pour les juges du degré supérieur, les cantons du Jura et du Tessin allant jusqu'à étendre cette incompatibilité à tous les juges et parlementaires cantonaux. Quant aux fonctionnaires cantonaux, ils ne peuvent en général siéger à l'Assemblée générale que sur autorisation du gouvernement cantonal. La sanction de l'incompatibilité consiste à imposer à la personne concernée de choisir entre les fonctions en cause. Les incompatibilités relatives à la charge de conseiller aux Etats sont identiques à celles frappant les conseillers nationaux avec deux exceptions : dans le silence du droit fédéral, les cantons sont libres de déclarer incompatibles ou non les fonctions d'ecclésiastique et de fonctionnaire fédéral (art. 81 Cst.).

464. Une étude détaillée des incompatibilités prévues par les diverses constitutions et législations cantonales dépasse assurément le cadre du présent rapport. En règle générale, celles-ci correspondent aux règles décrites ci-dessus. Pour une étude comparée du système des cantons de Vaud, Valais, Jura, Genève, Neuchâtel, Fribourg et Berne, voir Buffat, Malek, "Les incompatibilités", thèse Lausanne, 1987.

c) Déroulement des élections

465. Afin d'assurer la libre expression de la volonté des électeurs, l'article 25 b) du présent Pacte prescrit la tenue d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal, ainsi qu'au scrutin secret.

466. En Suisse, les votations et élections communales, cantonales et fédérales respectent ces critères. La partie générale du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29, sect. 2. Structure de l'Etat, le

fédéralisme) donne un aperçu du mode d'élection des autorités politiques. Il peut y être utilement renvoyé. L'on ajoutera que les législatures sont très généralement de quatre ans, ce qui correspond à l'exigence de la périodicité, et que les lois sur les droits politiques assurent l'égalité des suffrages, ainsi que le caractère honnête des élections Voir à titre d'exemple la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques et ses ordonnances d'application, annexées.

467. Seule l'exigence du secret du scrutin peut se révéler être en contradiction avec l'article 25 b) dans la mesure où ce dernier est applicable aux élections régionales et locales. En effet, dans certains cantons les élections du parlement, du gouvernement, des juges cantonaux voire des magistrats judiciaires de rang inférieur ont traditionnellement lieu à main levée, à l'instar de toute votation sur un objet cantonal, dans le cadre d'assemblées des citoyens, appelées "Landsgemeinde". Dans d'autres cantons, comme par exemple celui des Grisons, existent des "Landsgemeinde" de communes ou de cercles ("Kreise") qui, en vertu de constitutions locales, élisent leurs autorités à main levée.

468. Si ces institutions ne garantissent pas le secret du vote et ne sont donc pas en conformité sur ce point avec les exigences du Pacte, des raisons historiques rendent difficile leur abolition. C'est la raison pour laquelle la Suisse a déposé la réserve suivante à l'article 25 b) : "La présente disposition sera appliquée sans préjudice des dispositions du droit cantonal et communal qui prévoient ou admettent que les élections au sein des assemblées ne se déroulent pas au scrutin secret".

469. Dans la mesure où l'article 25 b) vise les élections et non les autres consultations (votations populaires) qui, dans ces cantons sont susceptibles de se dérouler à main levée, il n'est pas apparu nécessaire d'étendre la réserve susmentionnée à ce type de consultations.

2. Droit d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques

470. S'agissant de l'accès à la fonction publique au sens large, la loi fédérale du 30 juin 1927 portant statut des fonctionnaires fédéraux (RS 172.221.10 ci-après "StF") prescrit que "peut être nommé fonctionnaire fédéral tout ressortissant suisse de bonne moralité. Celui qui est interdit ou qui a été déclaré incapable de remplir un emploi public ne peut être nommé tant que la mesure prise à son égard produit effet. Moyennant l'assentiment du Conseil fédéral, la qualité de fonctionnaire peut exceptionnellement être conférée à une personne n'étant pas de nationalité suisse" (art. 2 StF).

471. En règle générale, la nomination d'un fonctionnaire se fait par mise au concours (art. 3 StF). Quant à la nomination, elle peut être subordonnée à certaines conditions, notamment quant à l'âge, l'aptitude, l'instruction préparatoire, voire la possession d'un grade dans l'armée suisse; elle peut en outre dépendre du résultat d'un examen ou d'un stage (art. 4 StF). De l'article 4, alinéa 2 de la Constitution, découle l'égalité des hommes et des femmes en matière d'accès à la fonction publique Voir aussi supra, ad article 3 du Pacte.. Rappelons que la qualité de fonctionnaire peut entraîner des restrictions dans l'usage de certaines libertés, notamment de la liberté d'association (voir à ce sujet supra, ad article 22 du Pacte).

3. Droits politiques des étrangers en Suisse

472. Bien que l'article 25 ne garantisse les droits qu'il énonce qu'aux citoyens, le présent paragraphe fait brièvement état de la situation en matière d'introduction des droits politiques des étrangers sur le plan local.

473. A ce jour, seuls les cantons de Neuchâtel (sur le plan communal) et du Jura (sur le plan communal et cantonal) connaissent le droit de vote des étrangers. Relevons que, dans le premier de ces cantons, une initiative visant à octroyer aux étrangers établis le droit d'être élus sur le plan communal a été rejeté en 1992. Des tentatives visant à l'introduction des droits politiques en faveur des étrangers établis ont été recensées dans les neuf cantons regroupant plus de la moitié de la

population. Celles d'entre elles qui ont déjà donné lieu à un scrutin ont toutes été rejetées.

474. Dans la commune de Lausanne, une chambre consultative des immigrés, commission extraparlamentaire de 42 membres, compte 13 représentants étrangers, élus au suffrage universel direct par les étrangers domiciliés dans la commune, ce qui est un cas unique. La Commission communale consultative pour les étrangers, organe permanent de la chambre, se compose paritairement de huit représentants des étrangers et de huit conseillers communaux, placés sous la présidence d'un membre de l'exécutif communal.

475. Ailleurs, que ce soit au niveau fédéral (Commission fédérale pour les problèmes des étrangers), cantonal (Genève, Jura, Neuchâtel) ou communal (dans une vingtaine de communes), les étrangers peuvent être désignés par les autorités pour siéger avec des représentants de celles-ci, en qualité de membres de commissions officielles, ce qui leur permet de s'exprimer sur les sujets concernant l'intégration sociale des étrangers.

476. Sur annonce préalable, les étrangers ont le droit de voter sur le territoire suisse à l'occasion de leurs scrutins nationaux. Alors qu'à l'origine ce n'était possible que par correspondance, ce droit peut désormais être exercé dans les représentations diplomatiques et consulaires des pays d'origine.

Article 26

477. L'exigence de l'égalité générale de traitement est un élément tiré de la notion de l'Etat de droit qui a ses racines dans la justice. A ce titre, elle est un principe fondamental de l'ordre juridique suisse, énoncé à l'article 4 de la Constitution fédérale, lequel a la teneur suivante :

Article 4

"Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles. L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale."

478. La manière dont le principe de l'égalité est réglementé et appliqué en droit suisse a été traitée ci-dessus, principalement dans les chapitres consacrés aux articles 2 et 3 (ce dernier s'agissant de l'égalité entre femmes et hommes) mais aussi en relation avec chacun des droits garantis par le présent Pacte. Les considérations suivantes auront donc pour objet de rappeler certaines règles fondamentales déjà exposées plus haut, de faire référence à la réserve formulée par la Suisse relativement à l'article 26 du Pacte et de mentionner les problèmes rencontrés en pratique dans la jouissance effective par chacun du droit à l'égalité de traitement.

479. Comme l'indique sa formulation, l'article 4, alinéa 1er, de la Constitution avait à l'origine pour objectif principal la réalisation de l'égalité politique des citoyens, la mise sur un pied d'égalité de tous les cantons et la suppression des privilèges de lieu et de naissance. Depuis longtemps déjà, l'égalité juridique a cependant acquis valeur de principe général régissant l'ensemble de l'ordre juridique suisse. Elle vaut tant dans le domaine de la législation (égalité dans la loi) que dans celui de l'application du droit (égalité devant la loi).

480. En tant que principe constitutionnel, l'égalité implique principalement l'interdiction des différences injustifiées, mais aussi et dans une certaine mesure un mandat donné au législateur de réduire les inégalités sociales et d'améliorer les chances d'épanouissement de l'individu. Ainsi la Confédération se voit-elle, en divers endroits de la Cst., confier la tâche d'améliorer l'égalité des chances. Tel est principalement le cas en matière d'instruction publique et de formation (art. 27, al. 2

et 4, art. 27 quater et 34 ter al. 1 lit. g Cst.), d'assurances sociales (art. 34 bis, quater, quinquies, novies Cst.) ou de protection des travailleurs (art. 34 et 34 ter Cst.). Ainsi, bien que l'article 4 de la Constitution ne mentionne pas d'énumération des motifs de discrimination prohibés, contrairement aux articles 2 et 26 du présent Pacte, il n'en est pas moins universellement applicable à toutes les différences de traitement injustifiées et donc discriminatoires.

481. L'une des principales particularités de l'article 4 de la Constitution suisse réside dans le nombre et l'importance des droits et principes constitutionnels que la jurisprudence du Tribunal fédéral en a dégagé. Ces règles jurisprudentielles sont fort diverses (égalité de traitement, protection de la bonne foi, interdiction du déni de justice, du retard injustifié à statuer, du formalisme excessif, droit d'être entendu et à l'assistance judiciaire gratuite, principe de la légalité et de la proportionnalité, non-rétroactivité des normes juridiques), certaines d'entre elles ont été analysées plus haut dans le présent rapport, notamment dans le chapitre consacré à l'article 14 du Pacte.

482. Rappelons enfin que les titulaires du droit à l'égalité sont non seulement les Suisses, mais aussi les étrangers ^{ATF 93 I 1}. L'égalité est en effet un droit de l'homme universellement applicable. La qualité d'étranger peut cependant fonder objectivement une différence de traitement lorsque la nationalité suisse joue un rôle capital dans les faits à régler. Il en va notamment ainsi des droits et obligations civiques.

483. Selon une pratique récente du Comité des droits de l'homme, instituée par son Observation générale No 18 du 9 novembre 1989, l'article 26 du Pacte est un droit autonome de portée indépendante, dont l'application n'est pas limitée aux droits garantis par le Pacte, mais qui interdit toute discrimination en droit ou en fait dans chaque domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics. Contrairement à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, où le principe de non-discrimination n'a pas de portée indépendante, l'article 26 garantit donc le principe de l'égalité comme tel. En ce sens, son champ d'application correspond à celui de l'article 4 de la Constitution fédérale. Ce qui n'est pas sans poser de problèmes. En effet, l'article 113 de cette même Constitution prescrit au Tribunal fédéral d'appliquer dans tous les cas, outre les traités internationaux, les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale votés par l'Assemblée fédérale ^{A ce sujet, voir le document de base constituant la première partie du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29), spécialement p. 13 et 14, par. 53}. En d'autres termes, lorsqu'une inégalité de traitement discriminatoire est contenue dans un tel texte légal, le Tribunal fédéral ne peut en sanctionner l'inconformité avec l'article 4 Cst., ce rôle étant dévolu au législateur. Or, si dans le domaine des droits civils et politiques de telles inégalités sont en passe d'être totalement éliminées ^{Sur celles qui subsistent et les travaux législatifs en cours pour les éliminer, voir principalement supra, ad article 3 du Pacte.}, tel n'est pas encore le cas dans d'autres domaines du droit, où des discriminations prévues par des lois fédérales subsistent, principalement au détriment des femmes (c'est principalement le cas de la législation en matière d'assurances sociales).

484. Compte tenu de cette situation et afin de ne pas créer des niveaux de protection différents dans les instruments internationaux en matière de droits de l'homme portant sur des objets semblables que sont le Pacte et la Convention européenne des droits de l'homme, les autorités suisses ont déposé une réserve à l'article 26 selon laquelle "l'égalité de toutes les personnes devant la loi et leur droit à une égale protection de la loi sans discrimination ne seront garantis qu'en liaison avec d'autres droits contenus dans le présent Pacte".

485. Malgré l'adoption en 1981 de l'alinéa second de l'article 4 Cst. sur l'égalité entre femmes et hommes et les progrès réalisés depuis, tant sur le plan législatif que pratique, c'est dans ce domaine que l'on rencontre encore des inégalités de fait dont les effets sont discriminatoires. Celles-ci sont décrites, dans la mesure où elles ont un lien avec les droits civils et politiques, dans le chapitre consacré à l'article 3 du Pacte. S'agissant de la jouissance des droits sociaux, économiques et culturels, le rapport initial de la Suisse relatif au Pacte correspondant exposera la situation et les

efforts déployés pour y remédier Voir le Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 février 1983, annexé.

Article 27

486. La Suisse est souvent décrite comme le "pays des minorités" et il est vrai qu'il n'existe pratiquement pas de citoyens qui n'appartiennent pas d'une certaine manière à la fois à une majorité et à une minorité : ainsi, par exemple, un Valaisan alémanique parlera une langue majoritaire sur le plan fédéral mais minoritaire dans son canton. Cet exemple fait apparaître l'existence de minorités non seulement à l'échelle fédérale mais également au niveau des cantons, voire des districts ou des communes.

487. En Suisse, la pluralité des minorités linguistiques et confessionnelles tire ses racines de l'histoire Pour un aperçu historique ainsi que pour la répartition linguistique et confessionnelle de la population, voir le document de base formant la première partie du présent rapport, (HRI/CORE/1/Add.29) et infra. Il a pu être écrit que l'identité suisse n'est pas nationale ou culturelle, mais politique Fleiner T., "Die Stellung der Minderheiten im schweizerischen Staatsrecht", in FS Werner Kägi, Schulthess, Zürich, 1979, p. 115ss.. Ce sont en effet des convictions et des idéaux politiques communs, tels que le fédéralisme, l'Etat de droit ou la démocratie, qui constituent, plus qu'une unité linguistique ou culturelle, le ciment de l'unité fédérale. De plus, l'Etat fédéral est constitué d'entités qui lui ont préexisté, les cantons. Cette imbrication des frontières administratives, linguistiques et culturelles rend difficile la prédominance d'un groupe, même fortement majoritaire comme celui des alémaniques. D'autre part, le fédéralisme suisse, en favorisant la compréhension et le respect mutuel des individus au sein de l'Etat fédéral, dans le respect de l'intégrité territoriale et de l'unité nationale, contribue de façon originale et importante au respect des droits des minorités Pour une description synthétique du fédéralisme suisse envisagé dans la perspective de la protection des minorités, voir le rapport présenté par le professeur G. Malinverni, de l'Université de Genève, à la Commission européenne pour la démocratie par le droit, document CDL (91) 21 du 8 octobre 1991, annexé.

Minorités ethniques

488. Il n'y a pas en Suisse de minorités ethniques au sens strict du terme. Le seul groupe susceptible d'être concerné à ce titre par l'article 27 du Pacte est celui des nomades ou "gens de la route". Il n'existe pas de décompte précis de la population nomade vivant en Suisse. Suivant les estimations, elle est évaluée à environ 25 000 personnes parmi lesquelles seulement quatre à cinq mille ne sont pas sédentarisées Source "Fahrende Menschen in der Schweiz", Caritas Suisse, Dokumentation 1/88, 1988, p. 5. Voir également "Les nomades en Suisse", Rapport de la Commission d'étude désignée par le Département fédéral de justice et police, Berne, juin 1983, p. 17. La grande majorité des nomades en Suisse se considère de souche "jennische". Dans une pétition lancée le 23 novembre 1993 à l'adresse du Conseil fédéral, ils revendiquent une reconnaissance officielle de leur peuple, des emplacements spécialement aménagés pour les accueillir et la conclusion d'un accord intercantonal leur permettant d'exercer leurs activités au-delà des frontières cantonales (les patentes de marchands ambulants sont en effet délivrées par chaque canton et ne sont valables que sur son territoire).

489. S'il est vrai que, comme ailleurs en Europe, les nomades vivant en Suisse ont été les victimes de vexations, voire de persécutions Pour un aperçu historique, voir "Fahrende Menschen in der Schweiz", p. 7-13., leurs rapports avec les autorités ont évolué ces dernières années dans le sens d'une meilleure compréhension et collaboration mutuelles. L'un des tournants récents de cette évolution se situe en 1972, année de la dissolution de l'oeuvre d'entraide "Enfants de la route", fondée en 1926 par la fondation "Pro Juventute" dans le but de protéger les enfants des nomades. Ce sont les abus commis

au nom de cette protection (sédentarisation forcée d'enfants, séparation de 619 enfants de leur famille Chiffres tirés de "Hilfswerk Kinder der Landstrasse", Kantonale Arbeitsgruppe, Bericht und Antrag vom 8. Mai 1987, p.

6.) qui ont conduit à la dissolution de cette oeuvre d'entraide. La fondation Pro Juventute a en outre présenté des excuses officielles à la communauté nomade et a procédé à une indemnisation des victimes. Au total, une somme de 11 millions de francs a été répartie entre près de 1 900 victimes.

490. Les nomades vivant dans le pays possèdent en général la nationalité suisse et jouissent sans discrimination de tous les droits garantis par la Constitution, la loi et les traités internationaux pertinents. En particulier, ils ont le droit d'avoir leur propre vie culturelle et de parler leur propre langue. Il est cependant indéniable que l'exercice de certains droits, particulièrement de nature sociale, économique et culturelle, leur est rendu difficile du fait que leur mode de vie n'est pas adapté à l'infrastructure publique (écoles; réglementation cantonale du travail; assurances sociales; espaces aménagés spécialement; accès aux infrastructures publiques communales; etc.). Dans son rapport de 1983 intitulé "Les nomades en Suisse" (annexé), la Commission d'étude désignée par le Département fédéral de justice et police analyse cette situation, qui relève largement des compétences communales, les problèmes qu'elle entraîne et formule une série de propositions de mesures visant à y apporter une amélioration.

Minorités linguistiques

491. La Suisse compte quatre langues nationales: l'allemand, parlé par 63,6 % de la population, le français (19,2 %), l'italien (7,6 %) et le rhéto-romanche (0,6 %). Les trois premières nommées sont les langues officielles du pays. Environ 8,9 % de la population est d'une autre langue maternelle. La reconnaissance de trois langues officielles a pour conséquence que chacun, y compris les personnes appartenant aux minorités linguistiques, a le droit de communiquer avec les autorités fédérales dans sa langue. Toutes les lois fédérales sont publiées dans les trois langues officielles et les débats au Parlement fédéral peuvent se dérouler dans ces langues bien que dans la pratique, la traduction simultanée des débats n'étant assurée en principe qu'en allemand et français, seules ces deux langues soient utilisées. En outre, il convient de noter que, même si le rhéto-romanche n'est pas une langue officielle, les décisions et les textes les plus importants, telle la Déclaration universelle des droits de l'homme, sont traduits en romanche Cf. Capotorti F., "Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques", Série d'études No 5, Centre pour les droits de l'homme, Nations Unies, New York, 1991, p. 81.

492. Sur les 26 cantons et demi-cantons, 17 sont germanophones, 4 sont francophones, 1 est italophone (avec une petite minorité germanophone) et 4 (Berne, Fribourg, Valais, Grisons) comptent une (deux dans le cas des Grisons) minorité linguistique nationale sur leur territoire. Si les frontières des cantons correspondent en général à des frontières linguistiques, il ne s'agit donc pas d'une règle absolue. Le territoire suisse peut néanmoins facilement être divisé en quatre régions linguistiques stables et délimitées. Dans les cantons plurilingues, diverses solutions ont été trouvées pour assurer la coexistence et l'égalité de droits entre communautés linguistiques. Dans la majorité des cantons, le procédé a consisté à décentraliser les compétences en matière d'enseignement et de politique culturelle au niveau des districts ou des communes; ainsi, par exemple, l'enseignement primaire est-il assuré par les communes, linguistiquement homogènes, alors que le canton se charge de mettre sur pied des établissements d'enseignement secondaire, voire universitaire (c'est le cas à Fribourg) bilingues. Il en va de même en matière judiciaire, laquelle est décentralisée au niveau des districts, les tribunaux cantonaux statuant alors dans la langue utilisée en première instance Pour plus de détails, voir Fleiner T., "Minderheitenschutz im Kantonalen Recht der Schweiz", in Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts, Neue Folge, Band 40, 1991/1992, p. 45ss.. Quant au Tribunal fédéral, il utilise pour les recours en matière civile et administrative la langue du canton où l'affaire a été jugée et en matière pénale celle de l'inculpé, pour autant qu'il s'agisse d'une des langues officielles.

493. La liberté de la langue et le principe de la territorialité des langues, tous deux proclamés par la

jurisprudence du Tribunal fédéral ATF 91 I 480., sont l'objet de vives controverses doctrinales quant à leur contenu, leur champ d'application, voire leur utilité en tant que principes constitutionnels distincts. Pour une étude récente de l'état de la question ainsi que des travaux constitutionnels en la matière, voir Morand, Ch.-A., "Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu", in *Revue de droit suisse*, 1993, p. 11ss. Les paragraphes suivants s'inspirent largement de cet article.. Ces critiques sont souvent dues à des décisions judiciaires articulant la liberté de la langue avec le principe de territorialité d'une façon défavorable aux minorités linguistiques ATF 91 I 480.. D'autres arrêts sont cependant plus favorables à ces minorités : le Tribunal fédéral a par exemple considéré comme un cas limite le fait qu'un bilinguisme judiciaire ne soit pas institué lorsqu'une minorité linguistique atteint le quart de la population de l'entité concernée et qu'en pareille hypothèse, l'imposition d'une langue unique d'enseignement dans les écoles publiques ne serait pas acceptable ATF 106 la 299; voir aussi ZBI. 1982, p. 370.

494. Bien que cela soit contesté, le principe de la territorialité des langues peut être déduit de l'article 116 de la Constitution fédérale, aux termes duquel il existe en Suisse quatre langues nationales. Cette disposition sanctionne une situation de fait, à savoir que le territoire de la Suisse est divisé en quatre zones linguistiques d'importance inégale. Le principe de la territorialité a pour but de garantir la pluralité linguistique de la Suisse et l'homogénéité des quatre régions linguistiques en protégeant les langues sur leur aire traditionnelle de diffusion. Il permet à la Confédération de prendre les mesures nécessaires en faveur des langues minoritaires ou menacées. La loi fédérale sur les subventions aux cantons des Grisons et du Tessin pour la sauvegarde de leur culture et de leur langue est un exemple de telles mesures Malinverni, G., "Fédéralisme et protection des minorités en Suisse", rapport présenté à la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Strasbourg, (doc. CDL (91) 21 du 8 octobre 1993, annexé).

495. Sans prétendre régler les problèmes complexes que pose l'analyse théorique de la liberté de la langue en droit suisse on peut, dans le cadre du présent rapport, tenter de distinguer les deux natures différentes de ce droit.

496. La liberté de la langue s'applique en premier lieu aux relations interindividuelles. Elle protège les individus contre l'ingérence des autorités dans celles-ci. A ce titre, elle est un véritable droit de l'homme et, à l'instar des autres droits fondamentaux, elle garantit un droit (celui de parler la langue de son choix) qui peut certes être restreint, lorsqu'il s'agit de régler la sphère publique des relations entre particuliers, mais seulement aux conditions cumulatives de l'existence d'une base légale, d'un intérêt public prépondérant et du respect de la proportionnalité de la mesure. Considérée sous cet angle, la liberté de la langue appartient à tout individu, quelle que soit la langue dans laquelle il s'exprime.

497. En ce qui concerne les rapports de l'individu avec l'Etat, il n'existe pas de droit fondamental et individuel à communiquer avec les instances étatiques dans la langue de son choix (sauf en matière de procédure. Cf. les articles 5 et 6 CEDH ainsi que 9 et 14 du Pacte et les chapitres du présent rapport qui y sont consacrés). La détermination d'une langue officielle à l'échelle d'un canton, voire d'une commune, ne constitue donc pas une restriction à une liberté qui serait au départ illimitée Morand, Ch.-A., "Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu", p. 28.

Toutefois, les instances cantonales ou communales reconnaissent aux minorités linguistiques nationales d'une certaine importance le droit de communiquer avec les autorités ou de recevoir un enseignement public dans leur langue. Le Tribunal fédéral, on l'a vu, en fait un droit minimal individuel, lequel dépend de l'appartenance à une minorité et prescrit à l'Etat un comportement déterminé ATF 106 la 299. (bilinguisme de l'enseignement ou des procédures judiciaires par exemple). Il va de soi que l'effort demandé à la communauté publique concernée devra être en rapport raisonnable avec le but poursuivi : l'on n'exigera pas d'une petite commune qu'elle organise un enseignement dans la langue minoritaire mais elle devra alors pourvoir au transport des enfants se rendant à l'école dans une commune voisine Morand, Ch.-A., "Liberté de la langue et principe de territorialité.

Variations sur un thème encore méconnu", p. 30.

498. S'agissant de la représentation des minorités linguistiques au niveau des autorités politiques fédérales, l'on peut renvoyer à la description du système fédéral telle qu'elle figure dans le document de base formant la première partie du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29), ainsi qu'au rapport présenté par le professeur G. Malinverni, de l'Université de Genève, à la Commission européenne pour la démocratie par le droit (document CDL (91) 21 du 8 octobre 1991, annexé).

Minorités religieuses

499. Sur le plan confessionnel, on dénombre au sein de la population résidente 44,3 % de protestants, 47,6 % de catholiques romains, 0,3 % de catholiques chrétiens, 0,9 % de musulmans, 0,6 % d'orthodoxes, 0,3 % d'israélites et 3,8 % de personnes sans confession. Il existe en outre d'autres confessions très minoritaires (mormons, scientologues, etc.), pour lesquelles l'on ne dispose pas de statistiques individuelles et qui, toutes confondues, réunissent environ 0,3 % de la population.

500. Les relations entre les religions catholique et réformée ont longtemps constitué le principal problème qu'a connu la Suisse en matière de minorités. En 1847, la guerre civile du "Sonderbund", conflit de religion qui a pratiquement mené à la dissolution de l'ancienne alliance des cantons ^{Voir le} document de base formant la première partie du présent rapport (HRI/CORE/1/Add.29). Rappelons que c'est pour permettre aux deux communautés confessionnelles de vivre séparément que le canton d'Appenzell a été, suite à la contre-réforme, divisé en deux demi-cantons. ^{en constitue l'exemple le plus marquant.} De nos jours, les relations interconfessionnelles ne constituent plus un tel problème, quand bien même il existe nombre de cantons devant tenir compte de fortes minorités confessionnelles. Les membres de ces minorités, quel que soit leur nombre, jouissent pleinement de la liberté constitutionnelle de conscience et de croyance (art. 49 et 50 Cst. et art. 27, al. 3, Cst.) telle qu'elle a été décrite ci-dessus dans le chapitre consacré à l'article 18 du Pacte et peuvent, sous réserve de la clause générale de l'ordre public, pratiquer leur religion en toute liberté.



[TOP](#) | [HOME](#) | [INSTRUMENTS](#) | [DOCUMENTS](#) | [INDEX](#) | [SEARCH](#)

©1996-2001

**Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights
Geneva, Switzerland**