

Mise en œuvre du droit international par les cantons suisses

Dans cet article, Constance Kaempfer présente une synthèse des recherches menées et des résultats obtenus dans le cadre de sa thèse de doctorat intitulée *Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses: Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE*. Grâce au soutien du FNS, sa thèse sera prochainement publiée en *open access* par la maison d'édition sui generis.



Constance Kaempfer
D^r des., LL.M., titulaire
du brevet d'avocate,
chercheuse FNS senior
à l'Université de Lausanne

Introduction

Aujourd'hui, en Suisse, un enfant atteint de trisomie 21 n'a pas le droit d'être scolarisé dans une école ordinaire¹. Cet état de fait n'est pas conforme à la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), qui exige, à son art. 24, la garantie d'un système d'éducation inclusif, c'est-à-dire un système scolaire adapté à la diversité des élèves. En Suisse, les cantons sont compétents pour offrir une formation spéciale suffisante aux enfants en situation de handicap (art. 62 al. 3 Cst.). C'est donc aux autorités cantonales compétentes qu'il revient de mettre en œuvre² l'obligation qui découle de l'art. 24 CDPH. Une obligation de ce type requiert toutefois des ressources importantes. En effet, l'éducation inclusive va bien plus loin que la simple intégration physique des élèves en situation de handicap dans une classe ordinaire, sans réflexion sur les conditions de cet accueil³. Pour que cette obligation soit mise en œuvre, il est nécessaire que le parlement de chaque canton 1) révise sa législation sur l'école de manière à mettre en place un système d'éducation inclusif et 2) alloue les ressources nécessaires à la réalisation d'un tel projet (finan-

cement des moyens pédagogiques et des locaux, formation du personnel enseignant⁴). Des réformes de ce type n'interviennent pas de manière automatique. Au contraire, l'inclusion implique que l'école se transforme en profondeur afin que tous les enfants y aient leur place⁵. Ce changement nécessite des décisions politiques locales impliquant la coopération de multiples acteurs et organes cantonaux (exécutif, législatif, société civile, administration).

Cet exemple illustre une problématique plus générale. La Suisse a ratifié plusieurs traités internationaux qui contiennent des obligations positives de légiférer, lesquelles incombent, en droit interne, aux autorités cantonales, conformément à la répartition constitutionnelle des compétences. En pratique, ces autorités politiques cantonales ne se sentent toutefois pas forcément concernées par les obligations qui émanent des traités internationaux. Le système juridique suisse ne connaît d'ailleurs aucune procédure juridique relative à la mise en œuvre du droit international dans les cantons. La Constitution énonce quelques principes généraux à cet égard (art. 5 al. 4, 46 al. 1 et 49 al. 2). Ces dispositions ne permettent toutefois

pas d'assurer de manière systématique la mise en œuvre du droit international par les cantons. En pratique, nous verrons que cette mise en œuvre découle généralement d'un processus complexe, impliquant la mobilisation de nombreux acteurs, tels que la Confédération, les conférences intercantionales, la société civile ou les experts issus du monde académique.

Dans le cadre d'un projet soutenu par le Fonds national suisse de la recherche scientifique⁶, la recherche menée par Constance Kaempfer s'intéresse aux mécanismes qui existent, dans l'ordre juridique suisse, pour aider et motiver les cantons à mettre en œuvre les obligations internationales qui leur incombent. Plus précisément, elle étudie les mécanismes qui encouragent l'engagement⁷ des parlements cantonaux avec leurs obligations internationales. L'exemple évoqué ci-dessus, relatif à l'éducation des enfants en situation de handicap, n'est pas un cas isolé. Un grand nombre d'obligations internationales – qui relèvent de la compétence des cantons en droit interne – peinent à être mises en œuvre dans les ordres juridiques des cantons suisses. Elles concernent par exemple les

¹ TF 2C_154/2017 du 23.5.2017.

² Lorsqu'on évoque la mise en œuvre, cela peut se rapporter à deux aspects distincts: la mise en œuvre législative par les autorités compétentes et la mise en œuvre sur le terrain. Pour qu'un traité ait un impact, il est important que les deux niveaux de mise en œuvre soient réalisés. La thèse se concentre sur la mise en œuvre législative. Bien que les mesures législatives ne soient pas toujours suffisantes pour garantir le respect du droit international, elles sont essentielles car elles constituent le fondement sur lequel d'autres actions internes seront entreprises.

³ Éric Plaisance, Brigitte Belmont et alii, *Intégration ou inclusion? Éléments pour contribuer au débat*, La nouvelle revue de l'adaptation et de la scolarisation 2007, Vol. 37, I, pp. 159-164, p. 159.

domaines de l'aide sociale, de la santé, de l'accès à la justice ou de la protection des données.

Quels mécanismes internes favorisent l'engagement des autorités législatives cantonales suisses dans la mise en œuvre des obligations internationales qui leur incombent? Pour y répondre, l'auteur étudie les processus de mise en œuvre de six obligations internationales provenant des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et de la protection des droits humains. L'étude classe et analyse les mécanismes identifiés pour donner une vue d'ensemble des options disponibles pour encourager la mise en œuvre législative du droit international par les cantons suisses. La thèse conclut à la nécessité de développer les mécanismes existants et esquisse quelques pistes de réflexions générales pour améliorer la mise en œuvre du droit international dans les cantons.

Pour mieux saisir les enjeux de la problématique exposée ci-dessus, cette contribution revient d'abord sur le cadre juridique, suisse et international, relatif à la mise en œuvre interne des traités internationaux. Elle présente ensuite la méthode de recherche utilisée et expose les différentes catégories de mécanismes identifiés). Finalement, elle évoque quelques perspectives et pistes de réflexion pour améliorer la mise en œuvre du droit international dans les cantons à l'avenir.

Cadre juridique

Le système juridique international est conçu de telle manière qu'il dépend encore largement des ordres juridiques internes des États pour déployer ses effets⁸. Alors qu'il crée des normes contraignantes, il ne dispose pas des institutions lui permettant de les mettre en œuvre⁹. Certains auteurs parlent à cet égard de déséquilibre entre

les aspects directifs du droit international – soit les normes qu'il crée – et les structures qui permettent de gouverner et de gérer les relations internationales¹⁰. Par exemple, des institutions internationales telles que la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne ne peuvent pas garantir la mise en œuvre des traités dans les États parties. Par conséquent, les mécanismes prévus par le droit international ne sont utiles que s'ils sont en relation avec des acteurs et des institutions au sein des États¹¹. Afin que les dispositions d'un traité puissent produire des effets concrets au sein d'un État, il est essentiel que celui-ci les «internalise». En d'autres termes, l'État doit les intégrer dans son propre ordre juridique interne et les mettre en œuvre, de sorte qu'elles puissent être contrôlées et appliquées par le système juridique national. Cette obligation de mise en œuvre découle du principe *pacta sunt servanda*: lorsqu'un traité de droit international a été ratifié, il lie les parties contractantes et celles-ci doivent exécuter de bonne foi les obligations qu'il contient¹². Le corollaire de ce principe est qu'un État ne peut pas invoquer les procédures législatives de son droit interne pour justifier la non-exécution d'une obligation découlant d'un traité¹³. À l'exception de ces deux principes, le droit international ne prévoit aucune règle relative à la mise en œuvre des traités dans les États. Cela laisse à chaque État une grande liberté quant à la manière dont il s'acquiesce, sur le plan interne, de ses obligations internationales.

En Suisse, la mise en œuvre du droit international est étroitement liée à l'applicabilité directe – ou non – des normes internationales

⁴ Ramona Gehrig, *L'intégration s'arrête à la scolarisation*, Droit et Handicap 12/2017.

⁵ Éric Plaisance, Brigitte Belmont et *alii*, *op. cit.*, p. 160.

⁶ Projet FNS 182148: <https://data.snf.ch/grants/grant/182148> (consulté le 7 février à 9 h 30).

⁷ La notion d'engagement a été identifiée et développée au sein du projet FNS dans le cadre duquel s'inscrit la recherche de l'auteur. Elle est développée dans un ouvrage collectif rédigé par l'équipe du projet (Jonathan Miaz, Evelyne Schmid et *alii*, *Engaging with Human Rights: How subnational actors use human rights treaties in policy processes*, à paraître). Dans le cadre de la présente publication, il suffit de retenir que l'engagement se rapporte aux efforts qui sont faits par les autorités politiques d'un canton (à savoir le parlement et le gouvernement) dans le but de mettre en œuvre un traité international.

⁸ Antonio Cassese, *Towards a Moderate Monism: Could International Rules Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws?*, in: Cassese Antonio (éd.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, 2012, p. 199.

⁹ Paul F. Diehl et Charlotte Ku, *The dynamics of international law*, 2010, p. 57.

¹⁰ *Ibid.*, p. 28 ss.

¹¹ En ce sens, voir par exemple: Rachel Murray, *Addressing the Implementation Crisis: Securing Reparation and Righting Wrongs*, *Journal of Human Rights Practice* 2020, pp. 1-21, p. 3.

¹² Art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT; RS 0.111).

en droit interne. Les autorités suisses compétentes doivent décider si une norme internationale peut être directement appliquée ou si elle nécessite d'être concrétisée par des mesures internes¹⁴. Cette décision permet aux autorités de déterminer par quel pouvoir (législatif, exécutif ou judiciaire) la norme internationale sera appliquée et de contrôler la manière dont le droit international produira des effets dans l'ordre juridique suisse¹⁵. Dans certains cas, il arrive toutefois qu'une obligation internationale, combinée à certaines dispositions de droit interne, donne une injonction précise aux autorités de mise en œuvre. En particulier, certaines obligations internationales peuvent être respectées uniquement grâce à l'action de l'autorité législative¹⁶. Tel est par exemple le cas lorsque la mise en œuvre d'une obligation internationale fait partie des actions importantes de l'État, qui requièrent l'adoption d'une base légale au sens formel¹⁷. Cela découle du principe de la «réserve générale de la loi au sens formel»¹⁸ et permet d'assurer que les «grands arbitrages de valeurs et d'intérêts et les grands choix de politique et de technique juridiques»¹⁹ soient adoptés par l'autorité législative, garantissant au mieux la représentativité et la participation politiques. Ces cas, dans lesquels l'action de l'autorité législative cantonale est indispensable pour mettre en œuvre le droit international, font l'objet des recherches menées par l'auteur.

La méthode de recherche

Plusieurs études de cas sont analysées pour identifier les mécanismes internes de mise en œuvre du droit international par les autorités législatives des cantons suisses. Ces études de cas portent sur deux groupes

distincts d'obligations internationales: les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et la protection internationale des droits humains. L'objectif de ces études de cas est d'identifier les conditions et les processus qui favorisent l'engagement des autorités législatives cantonales avec leurs obligations internationales.

Pour chaque étude de cas, la méthode utilisée consiste à partir d'un résultat observable, tel qu'une loi de mise en œuvre, l'adoption de ressources ou la création d'un office, et à remonter dans le temps pour analyser le processus ayant conduit à ce résultat. Cette démarche permet d'identifier un certain nombre de mécanismes. Les mécanismes sont ensuite analysés en détail, notamment à l'aide d'entretiens et d'échanges de courriels avec des acteurs et actrices de la mise en œuvre.

Cette approche s'inscrit dans un courant qui cherche à analyser l'impact du droit sur la société par le biais de recherches empiriques²⁰. Il s'agit d'une approche «socio-juridique» du droit qui examine le droit en action, ce qui passe notamment par l'analyse de documents et la réalisation d'entretiens²¹.

Les mécanismes internes de mise en œuvre

Grâce aux études de cas, différents mécanismes de mise en œuvre sont mis en évidence. Ces mécanismes peuvent prendre plusieurs formes, telles que des recommandations, des exemples, des incitations financières, ou encore l'exécution par substitution. Pour en faciliter la compréhension, ils sont classés en quatre catégories distinctes.

La première catégorie regroupe les mécanismes de récompense, tels que les subventions ou les avantages réputationnels, qui

visent à encourager les autorités cantonales à mettre en œuvre leurs obligations internationales («carottes»). La seconde catégorie concerne les mécanismes de punition, qui visent à dissuader les acteurs récalcitrants («bâtons»). Tel est par exemple le cas de l'exécution fédérale (art. 49 al. 2 Cst.), qui est toutefois très rare. La troisième catégorie regroupe les mécanismes qui cherchent à améliorer la mise en œuvre d'une obligation en diffusant des informations, notamment à travers des rapports ou des plans d'action. Dans la doctrine, cette catégorie est souvent imagée par le «sermon»²² ou le «tambourin»²³. La quatrième catégorie rassemble les mécanismes de ralliement ou de mise en commun qui encouragent les cantons à mettre en œuvre des dispositions internationales d'une certaine manière, par exemple à travers des conventions intercantionales ou des lois d'harmonisation minimale. Cette catégorie n'est pas issue de la doctrine, mais a été ajoutée par l'auteur pour illustrer un type de mécanisme propre au système fédéraliste suisse, appelé «poya». En Suisse, le terme «poya» est associé à l'image d'un cortège de vaches montant à l'alpage. Ici, il symbolise le rapprochement des cantons autour d'une obligation internationale grâce à l'intégration normative de leurs législations.

Plusieurs mécanismes exercent une influence sur la mise en œuvre du droit international, souvent en même temps que d'autres facteurs et conditions. Le processus par lequel une obligation internationale est mise en œuvre par les autorités législatives des cantons est rarement déterminé par un ou plusieurs mécanismes de mise en œuvre. Il s'agit au contraire d'un processus complexe, dans lequel diverses influences s'entremêlent.

Cependant, cela ne diminue pas le rôle important que cer-

¹³ Art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT; RS 0.111).

¹⁴ Voir notamment: Judith Wyttenbach, *Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundestaaten*, Zurich et Saint-Gall, 2017, p. 290.

¹⁵ André Nollkaemper, *The Duality of Direct Effect of International Law*, *European Journal of International Law* 2014, Vol. 25-1, pp. 105-125, p. 117.

¹⁶ Evelyn Schmid, *The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to «Business and Human Rights»?*, *Swiss Review of International and European Law* 2015 (4), pp. 563-589, p. 563.

¹⁷ Commentaire romand Cst.-Dubey, 2021, N. 10 ad art. 164.

¹⁸ *Ibid.*, N. 10 ad art. 164.

¹⁹ *Ibid.*, N. 11 ad art. 164.

²⁰ Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz et alii (éd.), *Research Handbook on Modern Legal Realism*, Cheltenham, Northampton 2021, p. 1.

²¹ Michelle Cottier, *Activité législative en droit civil et droit comparé: vers une approche socio-juridique*, in: Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et alii, *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel. Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique*, Genève 2019, pp. 79-85, p. 81.

²² Marie-Louise Bemelmans-Videc, Ray Rist et alii (éd.), *Carrots, Sticks and Sermons: Policy Instruments and Their Evaluation*, New Brunswick et Londres, 1998.

²³ Isabel Azevedo, Erik Delarue et alii, *Mobilizing cities towards a low-carbon future: Tambourins, carrots and sticks*, JEPO Energy Policy 2013 (61), pp. 894-900.

tains mécanismes peuvent jouer dans la mise en œuvre du droit international. En particulier, il apparaît que les mécanismes de la dernière catégorie («poya»), qui fournissent un cadre aux autorités législatives cantonales, permettent une mise en œuvre plus systématique des obligations étudiées que lorsque d'autres mécanismes sont utilisés. Ces mécanismes ont été observés, en grande majorité, dans le domaine des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE. À l'inverse, dans le domaine des droits humains, ce sont essentiellement des mécanismes de type «tambourins» qui sont utilisés.

À partir de ce constat, il est nécessaire de s'interroger sur la différence de mise en œuvre entre les accords bilatéraux conclus avec l'UE et les traités internationaux de protection des droits humains. En effet, non seulement les mécanismes utilisés pour mettre en œuvre ces deux groupes d'obligations sont différents, mais il apparaît aussi que les obligations résultant des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE sont mises en œuvre de manière plus systématique que celles qui visent à protéger les droits humains. Or, selon le principe *pacta sunt servanda*, les obligations contenues dans les traités sont obligatoires et doivent être mises en œuvre par les États, indépendamment du domaine concerné. Pourquoi donc cette différence? La mise en œuvre des droits humains ne se prête pas moins bien, par principe, à une mise en commun, par exemple par le biais d'un accord intercantonal, d'une loi minimale d'harmonisation ou d'un guide intercantonal de mise en œuvre (mécanismes de type «poya»). Le problème avec la mise en œuvre des droits humains réside notamment dans le fait que les autorités cantonales de mise en œuvre ne se sentent pas directement

concernées par leurs obligations, contrairement à celles qui découlent des accords bilatéraux conclus avec l'UE. Les recherches effectuées par d'autres membres du projet FNS montrent bien comment, dans le domaine des droits humains, les traités internationaux sont souvent perçus comme une opportunité plutôt que comme une véritable obligation²⁴. Des mécanismes plus contraignants pourraient être imaginés pour améliorer la mise en œuvre des droits humains. Lors d'une conférence organisée dans le cadre du projet FNS, qui s'est tenue à Berne le 3 novembre 2022, différentes pistes ont été discutées, telles que la mise en place d'une coordination renforcée entre la Confédération et les cantons, l'utilisation des conférences intercantionales existantes, la mise en place d'un système plus simple et plus efficace pour récolter les données auprès des cantons et l'octroi de ressources supplémentaires²⁵.

Perspectives et pistes de réflexion pour l'avenir

Bien que de nombreux mécanismes existent, certaines obligations internationales ont du mal à être mises en œuvre dans les législations de tous les cantons suisses, en particulier dans le domaine des droits humains. Pour remédier à cette situation, il est nécessaire de mener une réflexion simultanée sur deux questions clés: 1) Comment peut-on institutionnaliser la mise en œuvre du droit international par les cantons tout en respectant le système fédéraliste? et 2) Comment peut-on changer les mentalités dans les domaines qui ne font pas l'unanimité auprès des acteurs et actrices chargés de leur mise en œuvre?

Plusieurs études récentes ont examiné l'institutionnalisation de la mise en œuvre du droit

international, mettant en évidence l'utilité de certaines initiatives telles que les institutions nationales des droits humains (INDH)²⁶, les points focaux gouvernementaux²⁷ et les commissions parlementaires²⁸. D'autres idées, comme la création d'un organe paritaire composé de représentants de la Confédération et des cantons, la mise en place d'organes intercantonaux pour la mise en œuvre du droit international, ou la création d'un examen périodique des droits humains par les cantons²⁹, pourraient également être envisagées.

Cependant, la multiplication de ces mécanismes institutionnels n'est pas toujours nécessaire et/ou suffisante pour garantir la mise en œuvre effective du droit international, surtout dans les domaines sensibles. Pour reprendre l'exemple évoqué en introduction, l'inscription de force du principe de l'éducation inclusive dans une loi cantonale ne suffirait pas pour faire de l'inclusion une réalité. Au contraire, pour qu'une telle obligation soit effectivement mise en œuvre, il est essentiel que les parlementaires en comprennent les enjeux, adoptent des règles détaillées et allouent les ressources nécessaires. Les recherches menées dans le cadre du projet FNS analysent les différents facteurs qui conditionnent et influencent l'engagement des parlementaires, leurs rapports au droit international et leurs usages politiques des traités internationaux³⁰. Cette recherche pionnière pourrait être prolongée par des comparaisons avec d'autres cas relatifs à d'autres types d'obligations internationales, des enquêtes à plus grande échelle sur les rapports des parlementaires au droit international et des comparaisons internationales avec d'autres systèmes politiques et juridiques fédéralistes. ■

²⁴ Jonathan Miaz, Matthieu Niederhauser et alii, *From International Law to Subnational Practices: The Roles of Intermediaries in Translating the Istanbul Convention in Swiss Cantons*, à paraître.

²⁵ À ce sujet, voir: Constance Kaempfer, *Les mécanismes de mise en œuvre des droits humains par les cantons doivent être renforcés*, humanrights.ch/fr/ (consulté le 8 mars 2023 à 10h00).

²⁶ Steven Jensen, Stéphanie Lagoutte et alii, *The Domestic Institutionalisation of Human Rights: An Introduction*, *Nordic Journal of Human Rights* 2019, pp. 165-176.

²⁷ Sébastien Lorion, Stéphanie Lagoutte, *What are governmental human rights focal points?*, *Netherlands quarterly of human rights* 2021, pp. 80-94.

²⁸ Kirsten Robert Lyer, *Parliaments as Human Rights Actors: The Potential for International Principles on Parliamentary Human Rights Committees*, *Nordic Journal of Human Rights* 2019, pp. 196-215.

²⁹ Cette idée a été imaginée par Eva Maria Belser et Sandra Egli dans le cadre de la publication finale du centre de compétence pour les droits humains: Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), *Renforcer les droits humains en Suisse: Nouvelles idées pour la politique et la pratique*, Berne 2022.

³⁰ Jonathan Miaz, Evelyne Schmid et alii, *Engaging with Human Rights: How subnational actors use human rights treaties in policy processes*, à paraître.