

Prof. Samantha Besson

Une Institution des Droits de l'Homme en Suisse : Comment, mais surtout pourquoi ?

Compte-rendu de la Journée annuelle de la Section suisse de la Commission internationale de juristes, Berne, 3 avril 2008

La Journée d'étude annuelle de la Section suisse de la Commission internationale de juristes sur le thème « Eine Menschenrechtsinstitution für die Schweiz ? Une institution des droits de l'homme pour la Suisse ? » a eu lieu le 3 avril 2008 à Berne. En première partie de journée, différents intervenants ont présenté la question du rôle et du mandat des institutions nationales de protection des droits de l'homme en général d'abord, puis en Allemagne et en Irlande. Le deuxième volet du colloque a permis aux différents acteurs en Suisse de se prononcer sur l'état des besoins et des travaux sur la question. A l'heure où le rapport fédéral faisant suite à la motion parlementaire de 2001 sur ce thème et à sa prolongation en 2007 est sur le point d'être publié, cet article rend compte des présentations et discussions de la Journée et analyse les difficultés que rencontre le projet de créer une institution de protection des droits de l'homme dans un Etat démocratique comme la Suisse.

Catégorie(s) : Droits de l'Homme

Proposition de citation : Samantha Besson, Une Institution des Droits de l'Homme en Suisse : Comment, mais surtout pourquoi ?, in : Jusletter 9 juin 2008

Table des matières

1. Pourquoi créer une institution nationale de droits de l'homme
 - 1.1. De manière générale
 - 1.2. En Suisse
2. Comment créer une institution nationale de droits de l'homme
 - 2.1. De manière générale
 - 2.2. En Suisse
3. Mieux identifier le pourquoi du comment

[Rz 1] L'importance des institutions nationales des droits de l'homme (INDH) pour la protection effective des garanties nationales, régionales et internationales des droits de l'homme dans une démocratie n'est plus à démontrer. Il en existe plus de cinquante à ce jour, notamment dans les pays en transition ou en développement, mais aussi en Europe, et tous nos voisins, dont la France, l'Autriche et l'Allemagne, ont désormais constitué une institution de ce genre¹.

[Rz 2] Objets de recommandations des Nations Unies dès les années 1990² et notamment dès l'adoption des Principes de Paris en 1993³, mais aussi de recommandations du Conseil de l'Europe depuis 1997⁴, ces institutions bénéficient d'une attention et d'un soutien internationaux grandissants ; elles permettent en effet d'assurer une réception locale des standards internationaux et de fournir un point de contact privilégié pour le « monitoring » international de la mise en œuvre nationale de ces standards. Différents organismes ont été mis sur pied depuis afin de les regrouper sur un plan international, comme le Comité international de coordination (CIC)⁵, ou sur le plan européen, comme le Groupe européen des Institutions nationales des droits de l'homme⁶ ; ces groupes et comités contribuent ainsi à la consolidation et au développement des Principes de Paris sur la base des expériences faites en pratique⁷, mais aussi plus particulièrement à l'accréditation des différentes institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme. Ces évaluations permanentes permettent aux INDH de bénéficier d'un rayonnement au-delà des frontières nationales et de devenir actives au sein de différents mécanismes mis sur pied récemment par le Conseil de l'Europe⁸ ou depuis plus

longtemps par les Nations Unies⁹ ; ces mécanismes rendent possible, voire encouragent la participation active des INDH dans diverses procédures européennes et internationales comme les procédures de rapport ou de suivi des rapports, observations ou jugements.

[Rz 3] Même si les INDH bénéficient désormais d'un soutien national, européen et international certain, tous les Etats européens ne sont pas encore dotés ni d'une commission, institut ou centre des droits de l'homme ni d'un médiateur (Ombudsman). La mise en place de telles institutions soulève en effet des questions importantes, tant théoriques que pratiques, qui sont encore loin d'être résolues et ceci notamment pour les Etats démocratiques dotés d'un système solide de protection des droits de l'homme¹⁰. Parmi les questions que soulèvent ces institutions figurent en particulier la relation entre mécanismes nationaux et internationaux de protection des droits de l'homme, mais surtout l'attribution et le partage de la responsabilité de protéger des droits de l'homme entre pouvoir étatique (ou interétatique) et société civile (nationale ou transnationale).

[Rz 4] En Suisse, la question n'est pas nouvelle et se pose depuis le milieu des années 1990¹¹. Différentes initiatives parlementaires et postulats ont été déposés depuis 2001,¹² mais sans avoir encore abouti à ce jour. Un rapport fédéral est cependant en cours d'élaboration et de consultation dans le cadre du groupe de travail établi en juin 2007 par le Département fédéral des affaires étrangères, et une première prise de position du Conseil fédéral est attendue avant l'été. La mention de la création d'une INDH parmi les recommandations faites à la Suisse à l'issue de l'examen périodique universel par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies le 14 mai 2008 rend la question encore plus pressante pour notre gouvernement¹³.

¹ Cf. Dickson, B., « A Typology of National Human Rights Institutions in Europe », *Implementing Human Rights and the Rule of Law in Europe : The co-operation between Ombudsmen, National Human Rights Institutions and the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, Athens 12-13 April 2007.

² Cf. www.unhchr.ch/html/menu2/issnati.htm.

³ Cf. www.unhchr.ch/french/html/menu6/2/fs19_fr.htm#annex.

⁴ Cf. www.foerderverein-mri.ch/c_data/recommandation_97_2001.pdf.

⁵ Cf. www.nhri.net.

⁶ Cf. www.nhri.net.

⁷ Par exemple, l'importance de la base légale d'une INDH a été fortement renforcée depuis l'adoption des Principes de Paris grâce aux examens périodiques et à la concertation au sein des groupes d'INDH.

⁸ Cf. le projet du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe : www.coe.int/t/commissioner/activities/themes/nhrs_en.asp. Voir aussi Hammarberg, T., « Conclusions of the Round Table and Perspectives », *Implementing Human Rights and the Rule of Law in Europe* :

The co-operation between Ombudsmen, National Human Rights Institutions and the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Athens 12-13 April 2007. Voir aussi le Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 15 novembre 2006 relatif aux réformes de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour une analyse de ces développements, voir de Beco, G., « Networks of European National Human Rights Institutions », CRIDHO Working Paper 2008/01.

⁹ Cf. le travail de soutien du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies dans le cadre du Conseil des droits de l'homme, mais aussi plus largement depuis 1997 : www.ohchr.org/EN/Countries/NHRI/Pages/NHRIMain.aspx. Pour une analyse de ces développements, voir Cardenas, S., « Emerging Global Actors : The United Nations and National Human Rights Institutions », (2003) 9 *Global Governance* 23.

¹⁰ Cf. notamment International Council on Human Rights Policy, *Performance and Legitimacy : National Human Rights Institutions*, 2^e édition, 2004, p. 64 ss.

¹¹ Cf. le site de l'Association de soutien *Institution pour les droits humains* : www.foerderverein-mri.ch. Cf. aussi un historique des développements à ce jour sur le site de Humanrights.ch : www.humanrights.ch/home/fr/Suisse/Institution-nationale/Documents/idart_1475-content.html.

¹² Cf. www.foerderverein-mri.ch/content.php?lang=3&re0=2.

¹³ Cf. www.humanrights.ch/home/upload/pdf/080519_upr_switzerland.pdf.

[Rz 5] On peut brièvement mentionner différentes causes aux hésitations et difficultés que rencontre la création d'une telle institution en Suisse. Certaines ont trait à la manière dont le pouvoir est organisé au plan fédéral, et notamment à la relation entre le Parlement et le gouvernement, mais aussi entre le Parlement et les Tribunaux fédéraux. D'autres raisons, plus tenaces, tiennent au fédéralisme et à l'autonomie cantonale, la création d'une institution fédérale des droits de l'homme se heurtant à la diversité des expériences cantonales et à la compatibilité avec les diverses institutions cantonales en place. La question du coût a aussi souvent été évoquée dans les débats les plus récents, de manière peu surprenante dans une démocratie semi-directe. Enfin, se pose la question de la coexistence et de la relation entre une institution nationale des droits de l'homme et les nombreuses commissions parlementaires et gouvernementales existant sur le plan fédéral.

[Rz 6] En mettant sur pied son deuxième colloque sur la question¹⁴, la Section suisse de la Commission internationale de juristes entendait raviver le débat sur la nécessité de créer une institution nationale des droits de l'homme en Suisse et sur la manière de le faire. La journée d'étude organisée à Berne le 3 avril 2008 comprenait deux volets : la matinée devait être consacrée aux différentes questions théoriques et pratiques générales qui se posent en Europe et dans différents Etats européens comme l'Allemagne et l'Irlande relativement à la mise en place et au fonctionnement de ce genre d'institutions, alors que l'après-midi devait se concentrer sur la Suisse avec un exposé sur la situation actuelle et l'avancement du projet du groupe de travail, une présentation des positions en jeu et une table ronde où les différents points de vue pourraient être exprimés. Les intervenants étaient : pour le matin, Christos Giakomopoulos (Directeur des Monitorings à la Direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, Strasbourg), Heiner Bielefeldt (Directeur de l'Institut allemand des droits de l'homme, Berlin) et Lia O'Hegarty (Membre de la Commission irlandaise des droits de l'homme et Consultante en politique législative, Dublin) ; et pour l'après-midi, Christine Kaufmann (Professeur de droit public, de droit européen et de droit international public à l'Université de Zurich et membre de l'Association de soutien *Institution des droits de l'homme*, Berne), Ermete Gauro (Délégué du Canton du Tessin à l'intégration des étrangers et à la lutte contre le racisme, Bellinzona), Christina Weber (Coordinatrice du Réseau suisse des droits de l'enfant et Responsable des droits de l'enfant du Village des enfants Pestalozzi, Zurich), Vreni Müller-Hemmi (co-présidente du Comité exécutif de l'Association de soutien *Institution des droits de l'homme*, Berne), Thomas Greminger (Ambassadeur et Chef de la division politique IV au Département fédéral des affaires étrangères, Berne), Doris Angst (Responsable du Secrétariat de la Commission fédérale contre le racisme, Berne) et

Michael Marugg (Président Humanrights.ch et Directeur de la Section droit et politique de Pro Juventute Suisse, Berne).

[Rz 7] A l'heure où le projet de création d'une INDH en Suisse semble se préciser au niveau fédéral et pour éviter par conséquent de développer une analyse détaillée qui deviendrait trop vite obsolète, l'objet du présent article est avant tout de rendre compte des débats qui ont eu lieu lors de la journée du 3 avril 2008¹⁵ et de faire office d'introduction aux différentes contributions présentées durant cette journée¹⁶. Ce compte-rendu suivra un ordre des questions bien particulier. Il n'existe en effet pas de modèle unique d'INDH « one size fits all »¹⁷ qui puisse simplement être transposé tel quel en Suisse. Au contraire, comme nous le verrons, il y a autant de modèles à disposition que d'INDH dans le monde (2. *Le comment*). Comme l'a démontré le rapport Schläppi en 2003¹⁸, le modèle choisi pour une institution suisse des droits de l'homme reflètera nécessairement les fonctions que l'on souhaite lui reconnaître au vu des besoins identifiés au préalable et selon l'adage « form follows function » (1. *Le pourquoi*). Ces fonctions elles-mêmes cependant ne pourront être établies de manière abstraite sans référence au cadre institutionnel et politique existant et à la culture des droits de l'homme du pays. Chaque Etat organise en effet à sa manière la relation entre droits de l'homme et démocratie, et la relation entre contrôle judiciaire et politique des droits de l'homme. Si la Suisse doit se doter d'une INDH, il ne suffira pas d'identifier clairement des besoins, puis des fonctions dans son mandat et enfin une forme en fonction de ce mandat, comme on l'a fait jusqu'ici. Il conviendra aussi avant cela de bien définir l'impact qu'une telle institution pourra avoir sur notre régime démocratique, car c'est bien là que réside l'enjeu d'une telle institution et la clef de son utilité et de sa viabilité à long terme (3. *Le pourquoi du comment*).

¹⁵ Cette contribution n'a pas pour but de fournir un état de la question exhaustif et scientifique, que ce soit en Suisse ou à l'étranger. Pour une discussion plus détaillée de la question en général, voir de Beco, G., « National Human Rights Institutions in Europe », (2007) 7:2 *Human Rights Law Review* 331-370 ; Pohjolainen, A.E., *The Evolution of National Human Rights Institutions. The Role of the United Nations*, Danish Institute for Human Rights 2006, www.humanrights.dk ; Aichele, V., *Nationale Menschenrechtsinstitutionen in Europa*, Deutsches Institut für Menschenrechte 2004, www.institut-fuer-menschenrechte.de ; Seidensticker, F.L., *Examination of State Reporting by Human Rights Treaty Bodies : An Example for Follow-Up at the National Level by National Human Rights Institutions*, Deutsches Institut für Menschenrechte 2005, www.institut-fuer-menschenrechte.de. Voir aussi la liste suivante : www.nhri.net/default.asp?PID=47&DID=0. Pour une discussion plus détaillée de la question en Suisse, voir l'excellent rapport de Schläppi, E., *Possibilités de création d'une institution nationale des droits de l'homme : résumé de l'étude de base*, Berne 2003, www.foerderverein-mri.ch/c_data/etude_schlaepi_resume.pdf.

¹⁶ Les contributions des différents intervenants peuvent être téléchargées sur le site de la Section suisse de la Commission internationale de juristes : www.icj-ch.org.

¹⁷ Cf. la contribution de Lia O'Hegarty.

¹⁸ Cf. résumé du Rapport Schläppi, note 15, p. 14.

¹⁴ Un premier colloque avait déjà été organisé par la Section suisse de la Commission internationale de juristes sur la question en 2002.

1. Pourquoi créer une institution nationale de droits de l'homme

1.1. De manière générale

[Rz 8] De manière générale, on définit une institution nationale des droits de l'homme comme un organe public distinct des trois pouvoirs et dont les fonctions visent spécifiquement à « monitorer », à promouvoir et à protéger les droits de l'homme de manière efficace à tous les stades de la législation, de la mise en œuvre du droit et de son contrôle juridictionnel. Selon les Principes de Paris adoptés par les Nations Unies en 1993,

« [u]ne institution nationale est investie de compétences de protection et de promotion des droits de l'homme. [Elle] est dotée d'un mandat aussi étendu que possible, et clairement énoncé dans un texte constitutionnel ou législatif, déterminant sa composition et son champ de compétence. »

[Rz 9] Parmi les arguments habituellement avancés en faveur de telles institutions figurent des arguments de politique tant intérieure qu'extérieure¹⁹. Sur un plan *interne*, tout d'abord, les INDH assurent une meilleure protection des garanties nationales, régionales et internationales des droits de l'homme en garantissant la coordination et la cohérence des mesures prises pour la mise en œuvre des droits de l'homme au niveau national et en développant un dialogue dans le domaine avec la société civile²⁰. A cet égard, la crise que connaît actuellement la séparation des pouvoirs en Europe et dans le monde depuis 2001, et l'importance dans ce contexte de renforcer le contrôle des droits de l'homme aussi bien vis-à-vis du pouvoir exécutif que du pouvoir législatif confirment la nécessité de constituer un organe public distinct des trois pouvoirs. Les INDH ont aussi un rôle à jouer sur un plan de politique *extérieure*, cependant, dans la mesure où elles contrôlent de l'intérieur la conformité avec les engagements régionaux et internationaux d'un pays, engagements en matière de droits de l'homme mais aussi engagements à créer et à maintenir des INDH. Ces derniers découlent bien sûr des Principes de Paris de 1991, du programme d'action de Vienne de 1993 et des recommandations du Conseil de l'Europe de 1997, mais aussi des nouveaux mécanismes de coopération mis en place sur le plan européen et international entre INDH, ainsi que des critères sans cesse étoffés dans le cadre des procédures d'accréditation mises en place sur le plan des Nations Unies et du Conseil de l'Europe. Il convient de noter à cet égard que la politique extérieure bilatérale d'un Etat peut aussi influencer sur la création d'une INDH comme l'a montré le conflit entre l'Irlande et le Royaume-Uni et la création des Commissions

irlandaise et britannique sur le modèle de la Commission des droits de l'homme de l'Irlande du Nord en vertu des engagements pris dans le *Good Friday Agreement*²¹.

[Rz 10] Les fonctions d'une INDH peuvent varier en vertu de ces différents objectifs. Le choix de ces fonctions et attributions se fera selon les besoins identifiés dans la pratique des droits de l'homme de chaque pays. L'objectif n'est pas de dupliquer certaines fonctions assurées par des organes de l'Etat, mais au contraire de les compléter efficacement. Ainsi, toujours selon les Principes de Paris, une INDH

« a, *notamment*, les attributions suivantes : a) Fournir à titre consultatif au gouvernement, au parlement et à tout autre organe compétent, soit à la demande des autorités concernées, soit en usant de sa faculté d'autosaisine, des avis, recommandations, propositions et rapports concernant toutes questions relatives à la protection et à la promotion des droits de l'homme. L'institution nationale peut décider de les rendre publics. Ces avis, recommandations, propositions et rapports ainsi que toute prérogative de l'institution nationale se rapportent aux domaines suivants : i) Toutes dispositions législatives et administratives, ainsi que celles relatives à l'organisation judiciaire destinées à préserver et étendre la protection des droits de l'homme. A cet égard, l'institution nationale examine la législation et les textes administratifs en vigueur, ainsi que les projets et propositions de lois, et fait les recommandations qu'elle estime appropriées en vue de s'assurer que ces textes soient respectueux des principes fondamentaux des droits de l'homme. Elle recommande, si nécessaire, l'adoption d'une nouvelle législation, l'adaptation de la législation en vigueur, et l'adoption ou la modification des mesures administratives ; ii) Toute situation de violation des droits de l'homme dont elle déciderait de se saisir ; iii) L'élaboration des rapports sur la situation nationale des droits de l'homme en général, ainsi que sur des questions plus spécifiques ; iv) Attirer l'attention du gouvernement sur les situations de violations des droits de l'homme dans tout pays, lui proposer toutes initiatives tendant à y mettre fin et, le cas échéant, émettre un avis sur les positions et réactions du gouvernement. b) Promouvoir et veiller à l'harmonisation de la législation, des règlements et des pratiques nationaux avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, auxquels l'Etat est partie, et à leur mise en oeuvre effective ; c) Encourager à la ratification desdits instruments ou à l'adhésion à ces textes et s'assurer de leur mise en oeuvre ; d) Contribuer aux rapports que les Etats doivent présenter aux organes et comités des

¹⁹ Pour une discussion plus détaillée du rôle des INDH, voir de Beco, note 15, pp. 333-342.

²⁰ Cf. de Beco, note 15, pp. 340-342.

²¹ Cf. Besson, S., « The Reception of the Convention in Ireland and the United Kingdom », in Keller, H. & Stone Sweet, A. (éd.), *A Europe of Rights, The Reception of the European Convention on Human Rights*, Oxford : Oxford University Press 2008, à paraître.

Nations Unies, ainsi qu'aux institutions régionales, en application de leurs obligations conventionnelles, et le cas échéant, émettre un avis à ce sujet, dans le respect de leur indépendance ; e) Coopérer avec l'Organisation des Nations Unies et toute autre institution de la famille des Nations Unies, les institutions régionales et les institutions nationales d'autres pays, compétentes dans les domaines de la protection et de la promotion des droits de l'homme ; f) Etre associée à l'élaboration de programmes concernant l'enseignement et la recherche sur les droits de l'homme et participer à leur mise en oeuvre dans les milieux scolaires, universitaires et professionnels ; g) Faire connaître les droits de l'homme et la lutte contre toutes les formes de discrimination, notamment la discrimination raciale, en sensibilisant l'opinion publique notamment par l'information et l'enseignement, en faisant appel à tous organes de presse. »

[Rz 11] Derrière ces fonctions largement incontestables du point de vue du respect des obligations nationales et internationales en matière de droits de l'homme se dessinent des questions autrement plus difficiles. Ces questions sont liées aux rôles respectifs de l'Etat et de la société civile dans le respect des droits de l'homme ; tous deux ont certaines fonctions complémentaires à cet égard, mais qui doivent néanmoins rester distinctes. C'est cette complémentarité que souligne Christos Giakomopoulos dans son exposé intitulé *Etat, Droits de l'Homme, Société civile – Les concepts fondamentaux* ; il rappelle, avec force exemples tirés de son expérience au Conseil de l'Europe, l'importance du rôle de l'Etat pour une mise en oeuvre effective des droits de l'homme et insiste sur le besoin de repenser ce rôle dans les circonstances d'aujourd'hui plutôt que de chercher nécessairement à combler ses lacunes par le recours à des solutions non-étatiques.

[Rz 12] Par conséquent, si le mandat d'information, de surveillance et de recommandation d'une INDH, qui s'ajoute aux fonctions existantes de l'Etat et de la société civile, est un mandat nécessaire, comme nous l'avons vu, il est important qu'il s'insère harmonieusement dans la complémentarité entre Etat et société civile. On peut même dire qu'il doit chercher à favoriser cette relation, mais sans chercher à trop les unir et surtout sans se fondre ni dans l'un ni dans l'autre. C'est ce rôle de pont²² entre Etat et société civile qu'Heiner Bielefeldt cherche à capturer dans son exposé intitulé *Zwischen Staat und Gesellschaft : Zur Rolle nationaler Menschenrechtsinstitutionen am Beispiel des deutschen Instituts für Menschenrechte* ; il y développe la notion d'un « entre-deux » (« *inzwischen* ») inspirée de l'expérience de l'Institut allemand des droits de l'homme, un « entre-deux » entre Etat et société civile et entre les niveaux national et international.

[Rz 13] Cet « entre-deux » a certaines conséquences institutionnelles particulièrement sensibles, voire paradoxales. Tout d'abord, il va de soi qu'une INDH est nécessairement une institution de nature étatique. Il n'existe pas aujourd'hui d'existence institutionnelle intermédiaire entre Etat et société civile. Une INDH doit donc reposer sur une base légale claire, qu'elle soit constitutionnelle ou législative²³, et disposer pour des raisons d'indépendance d'un financement étatique²⁴. Ce financement étatique est en principe difficilement compatible avec d'autres mandats externes, comme des mandats privés donnés par des entreprises multinationales notamment. Cependant, et c'est la deuxième conséquence de l'« entre-deux », il est important qu'une INDH ne fasse pas partie de la structure législative, gouvernementale ou judiciaire et puisse conserver son indépendance. Pour ce faire, elle ne doit pas disposer d'un pouvoir de décision étatique, ni même d'un pouvoir de recommandation contraignant pour l'Etat²⁵. C'est ce que rappelle Lia O'Hegarty dans sa contribution intitulée *The Irish Experience with the Human Rights Commission*. Même si l'identification des besoins en matière de droits de l'homme fait partie du processus de définition du rôle d'une INDH²⁶, il ne faut pas attendre d'elle qu'elle remédie aux failles du système de protection des droits de l'homme de l'Etat²⁷. Une INDH ne doit pas non plus être appelée, comme le précisent O'Hegarty et Bielefeldt, à rédiger le rapport gouvernemental dans le cadre des procédures devant les organes des traités ou le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Ceci vaut d'ailleurs aussi pour les rapports alternatifs des organisations non gouvernementales (ONGs) ; alors qu'une INDH peut être appelée à rédiger son propre rapport alternatif, elle ne devrait pas participer à l'élaboration de celui de la société civile²⁸.

1.2. En Suisse

[Rz 14] Ces différents éléments théoriques et pratiques relatifs au rôle et aux compétences d'une INDH entre Etat et société civile se sont avérés très intéressants pour les inter-

²² Cette conception figurait déjà dans le résumé du Rapport Schläppi, note 15, p. 2.

²³ Cf. Principes de Paris : « L'institution nationale est dotée d'un mandat aussi étendu que possible, et clairement énoncé dans un texte constitutionnel ou législatif, déterminant sa composition et son champ de compétence. ».

²⁴ Cf. Principes de Paris : « L'institution nationale dispose d'une infrastructure adaptée au bon fonctionnement de ses activités, en particulier de crédits suffisants. Ces crédits devraient avoir notamment pour objet de lui permettre de se doter de personnel et de locaux propres, afin d'être autonome vis-à-vis de l'Etat et de n'être soumise qu'à un contrôle financier respectant son indépendance. ».

²⁵ Contra : de Beco, note 15, pp. 363 et 370.

²⁶ Cf. par. 12 de la Résolution 48/134 de l'Assemblée générale des Nations Unies et la Recommandation 97/14 du Conseil de l'Europe.

²⁷ Voir la contribution d'Heiner Bielefeldt sur ce point. Contra : de Beco, note 15, p. 339.

²⁸ Sur la relation entre ONGs et INDH, voir de Beco, note 15, pp. 364-366.

venants suisses qui se sont exprimés lors de la deuxième partie du colloque, même si les avis étaient très divisés.

[Rz 15] Dans son exposé récapitulatif, intitulé *Der Stand der Dinge in der Schweiz*, Christine Kaufmann a identifié les différentes fonctions que devrait se voir attribuer une INDH helvétique, et notamment le conseil aux autorités et aux particuliers, le dialogue et l'information et le « monitoring ». D'autres fonctions comme la médiation ou un mandat de contrôle législatif plus institutionnalisé ont été exclues du projet actuellement en cours d'élaboration par le gouvernement.

[Rz 16] A ces différents éléments, il convient encore d'ajouter, sur un plan de politique *intérieure*, un rôle de coordination des efforts fournis au niveau cantonal et fédéral dans la mise en œuvre des garanties nationales et internationales des droits de l'homme (leur incohérence est souvent soulignée dans le cadre du contrôle international de la Suisse²⁹), un rôle de systématisation des efforts fournis par les différents organes gouvernementaux fédéraux épars, et un rôle extra-gouvernemental d'observation et de conseil dans la résolution de problèmes gouvernementaux graves comme la gestion de la migration ou les questions de naturalisation³⁰. Sur un plan *extérieur*, il convient d'insister sur l'importance des réseaux qui se tissent actuellement au niveau du Conseil de l'Europe, mais aussi des Nations Unies entre INDH et entre INDH et organes internationaux comme le Commissaire européen aux droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies ou encore le Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies. Sans INDH, la Suisse se voit progressivement exclue de ces réseaux de coopération et de réalisation des droits de l'homme en Europe.

[Rz 17] Dans sa présentation, Christine Kaufmann a souligné l'importance de bien délimiter le travail de l'INDH de celui de la société civile et des autres commissions fédérales existantes, et a identifié une source de résistance et de craintes dans cette relation entre INDH et ONGs. C'est pourtant surtout de la part des ONGs et des autres commissions fédérales existantes que le besoin d'un véritable intermédiaire (et non pas d'un concurrent) dans la mise en œuvre des garanties internationales et nationales des droits de l'homme s'est fait ressentir au cours de la journée.

[Rz 18] Ainsi, sur la base de son expérience dans le domaine des droits de l'enfant, Christina Weber a présenté le rôle de pivot que pourrait jouer une INDH suisse dans le cycle de mise en œuvre des droits de l'homme, à la fois comme encouragement à la mise en réseau des organismes de la société civile et comme point de contact avec la Confédération. S'exprimant au nom de Humanrights.ch, Michael Marugg

a quant à lui rappelé que ce rôle d'intermédiaire ne devait pas faire oublier la nature étatique d'une INDH et par conséquent l'importance de lui constituer un mandat de droit public avec un ancrage législatif ou constitutionnel clair³¹. Pour Doris Angst, responsable du Secrétariat de la Commission fédérale contre le racisme – commission à la fois étatique et indépendante, et donc souvent pressentie comme un embryon de la future INDH suisse – il serait important que la commission des droits de l'homme suisse, si elle devait voir le jour, ne soit pas appelée à devoir rédiger les rapports du gouvernement helvétique dans le cadre des procédures de contrôle international des droits de l'homme, mais à rédiger les siens en tant qu'INDH conforme aux Principes de Paris et accréditée à part entière.

[Rz 19] De manière très contrastée, cependant, la position de Thomas Greminger en charge de la rédaction du rapport fédéral sur la question est apparue comme moins ambitieuse, certainement dictée par les difficultés politiques rencontrées lors de l'élaboration des précédents projets. Le projet favorisé pour l'heure serait la création d'un Centre de droits de l'homme relié à une institution académique suisse, sans base légale indépendante mais avec un financement public. Cette position de compromis a paru rencontrer l'approbation de Christine Kaufmann, membre de l'Association de soutien à la création d'une institution nationale des droits de l'homme en Suisse, et de Vreni Müller-Hemmi, auteur de l'initiative parlementaire de 2001 et co-présidente de l'Association de soutien à la création d'une institution nationale des droits de l'homme en Suisse ; toutes deux affichaient un optimisme de raison lors du colloque.

[Rz 20] Sans encore connaître le contenu du rapport qui sera rendu public en juin 2008, on peut se demander néanmoins si l'ancrage académique d'une institution en principe publique chargée de créer un dialogue entre Etat et société civile sur la mise en œuvre des droits de l'homme ne revient pas à la décentrer et par conséquent à isoler la question des droits de l'homme. Pour qu'une INDH puisse jouer son rôle d'intermédiaire, elle ne doit pas craindre d'occuper une place stratégique et sensible, plutôt qu'une position d'observateur externe. C'est d'ailleurs paradoxalement en occupant ce rôle externe de type académique qu'elle risque de faire concurrence aux fonctions que remplissent à la fois l'Etat et la société civile, plutôt que de créer un troisième espace public de confrontation et de dialogue. Par ailleurs, l'absence de base légale autonome dans ce qui appert du projet, alors qu'il s'agit dans les Principes de Paris d'un élément nécessaire à l'indépendance d'une INDH et à sa délimitation de la société civile, est regrettable. Finalement, il serait important que le financement public d'un tel centre académique soit clairement distingué d'autres sources de financement académique et surtout que des limitations soient établies quant aux autres mandats extérieurs financés par d'autres fonds publics ou

²⁹ Cf. p.ex. Observations finales du Comité des droits de l'enfant relatives au rapport de la Suisse en 2002.

³⁰ Pour d'autres exemples, voir le résumé du Rapport Schläppi, note 15, p. 9 ss.

³¹ Cf. aussi résumé du Rapport Schläppi, note 15, p. 13.

privés, qui pourraient être acceptés par ce centre une fois en fonction et menacer le cas échéant son indépendance.

2. Comment créer une institution nationale de droits de l'homme

2.1. De manière générale

[Rz 21] Une fois les besoins en matière de protection des droits de l'homme identifiés et la délimitation des fonctions entre Etat et société civile opérée, il est encore nécessaire de déterminer les modalités de fonctionnement d'une INDH dans un mandat, puis d'identifier sa forme et son modèle, et enfin, au sein de ce modèle, sa structure, sa composition et son mode de constitution.

[Rz 22] Parmi les différentes modalités de fonctionnement qu'une INDH peut être appelée à remplir, les Principes de Paris mentionnent :

« 1. Examiner librement toutes questions relevant de sa compétence, qu'elles soient soumises par le gouvernement ou décidées par autosaisine sur proposition de ses membres ou de tout requérant ; 2. Entendre toute personne, obtenir toutes informations et tous documents nécessaires à l'appréciation de situations relevant de sa compétence ; 3. S'adresser directement à l'opinion publique ou par l'intermédiaire de tous organes de presse, particulièrement pour rendre publics ses avis et recommandations ; 4. Se réunir sur une base régulière et autant que de besoin en présence de tous ses membres régulièrement convoqués ; 5. Constituer en son sein en tant que de besoin des groupes de travail et se doter de sections locales ou régionales pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions ; 6. Entretenir une concertation avec les autres organes juridictionnels ou non, chargés de la protection et de la promotion des droits de l'homme (notamment ombudsmen, médiateurs, ou d'autres organes similaires) ; 7. Compte tenu du rôle fondamental que jouent les organisations non gouvernementales pour amplifier l'action des institutions nationales, développer des rapports avec les organisations non gouvernementales qui se consacrent à la protection et la promotion des droits de l'homme, au développement économique et social, à la lutte contre le racisme, à la protection des groupes particulièrement vulnérables (notamment les enfants, les travailleurs migrants, les réfugiés, les handicapés physiques et mentaux) ou à des domaines spécialisés. »

[Rz 23] Selon les circonstances nationales, toutes les INDH n'ont pas le même mandat ni toutes ces modalités de fonctionnement et les Principes de Paris les énoncent de mani-

ère très vaste à dessein³². Il s'agira ainsi de déterminer qui exerce le contrôle du respect des droits de l'homme par les lois nationales et notamment s'il existe des commissions parlementaires ou extra-parlementaires chargées du contrôle des projets législatifs sous l'angle des droits de l'homme, des commissions gouvernementales actives dans le domaine des droits de l'homme, un contrôle juridictionnel de constitutionnalité ou de conventionnalité, etc. Il s'agira aussi de vérifier dans un Etat fédéral comment la répartition des compétences dans le domaine du « monitoring » des droits de l'homme s'exerce. Finalement, il est aussi important de déterminer quels sont les organes nationaux interlocuteurs des institutions internationales sur les questions de droits de l'homme.

[Rz 24] En Irlande, par exemple, comme l'a confirmé O'Hegarty, le rôle important de contrôle du respect des droits de l'homme dans les projets législatifs que la Commission est appelée à jouer peut s'expliquer par l'absence de commission parlementaire chargée du contrôle des droits de l'homme. En Allemagne, aussi, l'Institut a été créé pour remplir des fonctions de consultation et d'information qu'aucune entité étatique n'était habilitée à remplir, comme le précise Bielefeldt. La structure fédérale allemande expliquerait néanmoins le rôle relativement peu incisif de l'Institut en Allemagne. Point très intéressant à cet égard : peu des travaux préparatoires de l'Institut allemand sont dans le domaine public et les archives de l'Institut contenant ces documents sont secrètes³³.

[Rz 25] Si le mandat d'une INDH reflète les circonstances politiques et institutionnelles propres à chaque Etat, sa forme variera en conséquence. Chaque INDH a une forme institutionnelle unique, propre à son contexte³⁴. Parmi les formes majeures que l'on connaît aujourd'hui, on trouve notamment les modèles suivants : commission nationale des droits de l'homme sur le modèle irlandais³⁵, institut indépendant sur le modèle danois ou allemand³⁶ ou enfin centre de compétence de type académique. Il existe encore de nombreux autres modèles moins communs, mais dont il est possible de s'inspirer en pratique³⁷.

[Rz 26] Dans chacun de ces modèles, différentes variantes subsistent, liées notamment à la composition, à la structure et au mode d'élection³⁸. Alors que les membres de certaines

³² Pour une discussion plus détaillée des compétences des INDH, voir de Beco, note 15, pp. 351-361.

³³ Pour quelques-uns des détails de la genèse de l'Institut allemand, voir la contribution d'Heiner Bielefeldt.

³⁴ Pour une typologie détaillée, voir Dickson, note 1.

³⁵ Pour le détail, voir la contribution de Lia O'Hegarty.

³⁶ Pour le détail, voir la contribution de Heiner Bielefeldt.

³⁷ Cf. le résumé du Rapport Schläppi, note 15, p. 11 ss pour ces autres modèles envisageables en Suisse et notamment une Commission faïtière regroupant toutes les commissions fédérales existantes, un Groupe des sages ou encore un poste de Médiateur.

³⁸ Pour une discussion plus détaillée de la composition des INDH, voir de

INDH sont élus par le gouvernement, d'autres le sont par le Parlement ; certaines commissions de nomination peuvent d'ailleurs être établies à cette fin. La structure varie aussi beaucoup selon que l'INDH est composée de membres permanents ou de milice, qu'elle est dotée d'un comité directeur ou d'un secrétariat permanent. Enfin, la composition elle-même peut varier ; elle peut être volontairement inclusive, voire même descriptive de manière à représenter l'ensemble des positions (régions, gouvernement, minorités, religions, etc.) ou être au moins relativement pluraliste dans sa composition³⁹. Pour que ces modalités soient conformes aux Principes de Paris, cependant, certaines indications sont données :

« [L]a composition de l'institution nationale et la désignation de ses membres, par voie élective ou non, doivent être établies selon une procédure présentant toutes les garanties nécessaires pour assurer la représentation pluraliste des forces sociales (de la société civile) concernées par la protection et la promotion des droits de l'homme, notamment par des pouvoirs permettant d'établir une coopération effective avec, ou par la présence, de représentants : – Des organisations non gouvernementales compétentes dans le domaine des droits de l'homme et de la lutte contre la discrimination raciale, des syndicats, des organisations socio-professionnelles intéressées, notamment de juristes, médecins, journalistes et personnalités scientifiques ; – Des courants de pensées philosophiques et religieux ; – D'universitaires et d'experts qualifiés ; – Du parlement ; – Des administrations (s'ils sont inclus, ces représentants ne participent aux délibérations qu'à titre consultatif). »

2.2. En Suisse

[Rz 27] Ces différents éléments théoriques et pratiques relatifs aux modalités de fonctionnement et à la forme d'une INDH se sont avérés très intéressants pour les intervenants suisses qui se sont exprimés lors de la deuxième partie du colloque, même si les avis étaient très divisés.

[Rz 28] A nouveau, ce sont notamment les représentants des cantons et des autres commissions fédérales existantes parmi les intervenants et dans l'audience qui se sont démarqués. Sur la base de son expérience dans le domaine de la lutte contre le racisme au Tessin, Ermete Gauro a rappelé l'importance du travail plus local effectué par les cantons et exprimé des doutes quant à l'utilité d'une nouvelle structure fédérale et d'éventuels doublons. Il a cependant aussi identifié des besoins clairs d'information et de formation aux cantons, ainsi que la nécessité de créer un lien plus fort entre cantons et organes internationaux de « monitoring ». Sur ce dernier point, certains ont exprimé dans la discussion la

crainte d'une dilution de la voix des cantons sur le plan international et souligné l'importance d'une bonne représentation des cantons au sein de la future INDH helvétique. Selon la responsable du Secrétariat de la Commission fédérale contre le racisme, Doris Angst, un autre souci serait de ne pas affaiblir la lutte contre le racisme et ses spécificités propres en transformant l'actuelle Commission en une commission des droits de l'homme unique. Il faut noter à cet égard que c'est ce qu'a fait le Royaume-Uni en 2007 en transformant la Commission de l'égalité en une Commission des droits de l'homme et de l'égalité, entraînant ainsi de nombreuses distorsions des régimes respectifs et des amalgames conceptuels désormais difficiles à résoudre en pratique⁴⁰. Doris Angst a en outre insisté sur l'importance pour la Suisse de créer une INDH qui soit conforme aux Principes de Paris, de manière à obtenir les accréditations nécessaires à pouvoir siéger et intervenir dans les sessions des organes des traités des Nations Unies en matière de droits de l'homme.

[Rz 29] Dans son intervention, Thomas Greminger a insisté sur les étapes qui ont mené au futur rapport relatif à la création d'une INDH en Suisse, démontrant ainsi comment certaines options ouvertes au départ, comme celle d'une véritable Commission des droits de l'homme avec un secrétariat permanent, ont été écartées et les possibilités se sont réduites progressivement pour des raisons de compromis politique à l'opposition entre un Centre de compétence académique ou un Institut en matière de droits de l'homme sur le modèle allemand, d'une part, et une Commission contre le racisme avec un mandat élargi aux droits de l'homme en général, d'autre part. Il est aussi ressorti de la présentation qu'a faite Christine Kaufmann que la question de la délimitation des compétences du futur Centre des droits de l'homme par rapport à celles des cantons et des autres commissions fédérales n'est intervenue qu'une fois que le choix du mandat et du modèle avait eu lieu.

3. Mieux identifier le pourquoi du comment

[Rz 30] S'il est vrai qu'une INDH doit pouvoir jouer un rôle de pont entre Etat et société civile dans la mise en œuvre des droits de l'homme et qu'à ce titre elle ne doit certainement pas être appelée à combler les lacunes existant au sein du système étatique de protection des droits de l'homme⁴¹, il est important qu'elle puisse s'insérer dans un système politique et institutionnel donné. Même si elle ne doit pas être amenée à intervenir dans l'équilibre subtil entre pouvoirs, son rôle d'observatrice des droits de l'homme aura nécessairement un impact sur l'exercice des trois pouvoirs et c'est cet impact

Beco, note 15, pp. 342-351.

³⁹ Cf. la contribution de Lia O'Hegarty sur cette question.

⁴⁰ Cf. Besson, note 21 sur ce point.

⁴¹ Cf. la contribution de Heiner Bielefeldt.

qu'il convient d'évaluer et d'organiser au mieux afin d'assurer la viabilité et l'utilité de l'institution.

[Rz 31] Si la création d'une INDH en Suisse doit constituer davantage qu'un effort cosmétique, on peut notamment mentionner la relation entre droits de l'homme et démocratie parmi les thèmes dont il serait important de débattre. Des questions aussi sensibles que celle du sort des initiatives constitutionnelles contraires aux garanties internationales des droits de l'homme et celle de la légitimité du contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité des lois fédérales doivent être discutées pour bien saisir l'impact que pourra avoir une INDH sur le régime démocratique. Par ailleurs, des questions liées au modèle consociationaliste suisse et notamment à la politique du consensus devront être abordées, car une critique indépendante fondée sur les droits de l'homme ne pourra pas être soumise au processus délibératif comme tout autre point de vue politique. Finalement, la relation entre contrôle interne et externe des droits de l'homme changera de nature si une institution publique interne est chargée d'exercer un regard indépendant sur la mise en œuvre des standards régionaux et internationaux des droits de l'homme en Suisse et intervient dans les procédures internationales d'évaluation de la Suisse.

[Rz 32] On ne connaît pas encore le détail du dernier projet fédéral sur la question et il est difficile par conséquent de se prononcer sur les modalités de fonctionnement, la structure, la composition et le mode d'élection de l'institution proposée et par conséquent sur son impact sur le système politique helvétique. L'avenir dira si le projet fédéral en cours d'élaboration porte ses fruits. Il ressort néanmoins de ce qui a été dit et des débats de la journée du 3 avril 2008 que la question du pourquoi aura peut-être été posée trop tard, une fois le modèle institutionnel choisi pour des raisons liées au mandat conféré⁴², mais aussi à des réactions politiques instinctives plutôt qu'informées ; une fois en place, les contraintes institutionnelles de ce modèle ne pourront que difficilement être contournées. Il n'est bien entendu pas exclu qu'une fois le Centre de compétence en matière de droits de l'homme créé, il puisse se développer en une institution fondée sur une base légale propre, qui soit plus à même de faire le lien entre Etat et société civile et d'assumer toutes les fonctions prévues par les Principes de Paris de manière indépendante. Par ailleurs, une fois le Centre en place, les difficultés liées à son insertion dans le paysage démocratique suisse, si telles difficultés il devait y avoir, auront au moins le mérite d'apparaître plus clairement. Mis à part la force d'inertie des institutions une fois créées, il est permis de douter cependant de l'encouragement officiel à la transformation de l'institution

de l'intérieur, et ceci notamment au vu des difficultés politiques que rencontre le projet depuis quelques années, difficultés liées en particulier à la question du coût.

[Rz 33] Reste à savoir si la politique du « mieux que rien » permettra d'atteindre les objectifs de politique intérieure et extérieure qu'une INDH est appelée à remplir et notamment si elle sera en mesure de remplir les exigences du Conseil de l'Europe et des Nations Unies. Dans tous les cas, le débat qui entoure la création d'une INDH en Suisse ne doit pas faire oublier les obligations de l'Etat en matière de mise en œuvre des droits de l'homme, obligations qui reviennent en premier lieu à la Confédération et aux cantons et qu'il n'est pas possible ni souhaitable de reporter ni sur la société civile ni sur une institution intermédiaire.

Samantha Besson est Professeur de droit international public et de droit européen à l'Université de Fribourg et Vice-présidente de la Section suisse de la Commission internationale de juristes. Les opinions exprimées dans ce compte-rendu n'engagent que son auteur.

Le programme de la Journée d'étude du 3 avril 2008 et les contributions des différents intervenants peuvent être téléchargés en format pdf sur le site de la Section suisse de la Commission internationale des juristes : www.icj-ch.org.

* * *

⁴² La dimension de culture politique est absente du Rapport Schläppi, note 15 qui se concentre sur les lacunes dans la protection des droits de l'homme en Suisse (i), sur l'identification des fonctions à remplir par une INDH helvétique en conséquence (ii) et enfin sur la forme de l'institution qui en découlerait (iii). Cf. aussi de Beco, note 15, pp. 339-340.