



Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique

Samantha Besson

► To cite this version:

Samantha Besson. Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique. Belser, Eva Maria and Besson, Samantha. La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons / Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 31, Schulthess, pp.7–39, 2014, Forum droit européen, 978-3-7255-6792-8. <10.5131/AJCL.2011.0018>. <hal-02516354>

HAL Id: hal-02516354

<https://hal.science/hal-02516354v1>

Submitted on 3 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Samantha Besson/Eva Maria Belser (éd./Hrsg.)



31

La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons

Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone

Journée BENEFRi de droit européen de l'Institut de droit européen

BENEFRi-Tagung im Europarecht des Instituts für Europarecht



UNIVERSITÉ DE Fribourg
UNIVERSITÄT FREIBURG

Schulthess §

**La Convention européenne des droits de l'homme
et les cantons**

**Die Europäische Menschenrechtskonvention
und die Kantone**



Forum Europarecht Forum droit européen

31

Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg,
unter der Leitung von Prof. Astrid Epiney, Prof. Samantha Besson, Prof. Marc Amstutz.

Publié sous l'égide de l'Institut de droit européen des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg,
sous la direction des Prof. Astrid Epiney, Prof. Samantha Besson, Prof. Marc Amstutz.

Samantha Besson/Eva Maria Belser (éd./Hrsg.)
avec la collaboration de/in Zusammenarbeit mit:
Alexandre Biedermann

La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons

Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone

Avec les contributions de/mit Beiträgen von:

Heinz Aemisegger
Eva Maria Belser
Samantha Besson
Sébastien van Drooghenbroeck
Michel Hottelier
Giorgio Malinverni
Arnold Marti
Stefan Oeter
Daniel Rietiker
Frédéric Scheidegger
Frank Schürmann
Françoise Tulkens



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Avec le soutien financier de/
mit finanziellem Beitrag von:



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHER)

Schulthess § 2014

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2014
ISBN 978-3-7255-6792-8

www.schulthess.com

Sommaire/Inhaltsübersicht

Table des matières/Inhaltsverzeichnis.....	VII
Liste des contributeurs/Autorenverzeichnis.....	XV
Préface/Vorrede.....	1
SANDRA MAISSEN	
Avant-propos/Vorwort.....	5
SAMANTHA BESSON/EVA MARIA BELSER	
Droits de l’homme et fédéralisme : une introduction thématique.....	7
SAMANTHA BESSON	
I^{ère} partie / 1. Teil: Les cantons dans le système de la CEDH – Die Kantone im System der EMRK.....	41
La réception de la CEDH dans les cantons.....	43
MICHEL HOTTELIER	
Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat.....	67
EVA MARIA BELSER	
Die Bedeutung der EMRK in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte: am Beispiel des Kantons Schaffhausen.....	95
ARNOLD MARTI	
Die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur EMRK für die Kantone.....	113
HEINZ AEMISEGGER	
Les cantons et le droit cantonal devant la CourEDH.....	133
DANIEL RIETIKER	

Die Kantone und die Umsetzung der Urteile des EGMR: die Sicht des Bundes.....	161
FRANK SCHÜRMANN	
Les cantons et l'exécution des jugements de la CourEDH : le point de vue cantonal.....	185
FRÉDÉRIC SCHEIDEGGER	
II^{ème} Partie / 2. Teil: La contribution de la CEDH au fédéralisme européen – Der Beitrag der EMRK zum europäischen Föderalismus.....	213
Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – <i>Je t'aime, moi non plus</i>	215
SAMANTHA BESSON	
La CEDH et la protection des minorités fédérales.....	249
GIORGIO MALINVERNI	
III^{ème} Partie / 3. Teil: Perspectives d'autres Etats fédéraux européens – Perspektiven aus anderen europäischen föderalen Staaten.....	273
Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme – L'exemple de la Belgique.....	275
FRANÇOISE TULKENS/SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK	
Die EMRK und der Föderalismus in Deutschland.....	311
STEFAN OETER	

SAMANTHA BESSON

Droits de l'homme et fédéralisme :

une introduction thématique

I. La question.....	9
A. En général	9
1. L'impact du fédéralisme sur les droits de l'homme	10
2. L'impact des droits de l'homme sur le fédéralisme	11
3. Deux paradoxes.....	13
B. En droit suisse	15
II. L'histoire de la question	15
A. En général	16
1. Fédéralisme et droits fondamentaux	16
2. Fédéralisme et droits de l'homme internationaux et européens	18
B. En droit suisse	21
III. Les solutions.....	23
A. En général	23
1. Fédéralisme et droits fondamentaux	23
2. Fédéralisme et droits de l'homme internationaux et européens	24
B. En droit suisse	26
IV. Les développements.....	28
A. En général	28
B. En droit suisse	28
V. Les réactions.....	29
A. En général	30
B. En droit suisse	31
VI. La nécessité d'un bilan.....	32
VII. La structure et l'essentiel de l'ouvrage	33

« I go further, and affirm that bills of rights, in the sense and to the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed Constitution, but would even be dangerous. They would contain various exceptions to powers not granted; and, on this very account, would afford a colorable pretext to claim more than were granted. For why declare that things shall not be done which there is no power to do? Why, for instance, should it be said that the liberty of the press shall not be restrained, when no power is given by which restrictions may be imposed? I will not contend that such a provision would confer a regulating power; but it is evident that it would furnish, to men disposed to usurp, a plausible pretense for claiming that power. They might urge with a semblance of reason, that the Constitution ought not to be charged with the absurdity of providing against the abuse of an authority which was not given, and that the provision against restraining the liberty of the press afforded a clear implication, that a power to prescribe proper regulations concerning it was intended to be vested in the national government. This may serve as a specimen of the numerous handles which would be given to the doctrine of constructive powers, by the indulgence of an injudicious zeal for bills of rights. »

Hamilton, *The Federalist Papers* 84 (1788)

Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et les cantons, thème de cet ouvrage, évoquent plus généralement les rapports entre droits de l'homme et fédéralisme. La question est actuelle en Europe, mais elle s'est aussi posée sur d'autres continents et ce depuis longtemps, notamment bien avant l'internationalisation ou la régionalisation du droit des droits de l'homme.

En bref, le « fédéralisme » sera compris ici comme la forme politique d'une entité politique (Etat ou autre) qui correspond à la division territoriale du pouvoir et de l'autorité entre une unité centrale et des unités locales, et les « droits de l'homme » comme des droits individuels légaux garantis par le droit interne (droits fondamentaux) ou international (y compris européen) des droits de l'homme¹.

A l'orée de cet ouvrage collectif, il est utile de présenter, en guise d'introduction thématique, la question à laquelle les différents contributeurs ont tenté de répondre (I.), l'histoire de cette question en droit constitutionnel comparé et en droit international et européen des droits de l'homme (II.), les réponses qu'on y a apportées (III.), les développements survenus depuis

¹ Je reviendrai sur ces concepts et leurs relations plus tard : voir Samantha BESSON, « Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – *Je t'aime, moi non plus* », dans cet ouvrage.

(IV.) et les réactions que ces développements ont entraînées (V.). A chacune de ces étapes, un contraste sera fait entre la situation juridique générale, et la situation en droit suisse. La nécessité d'un bilan théorique sera ensuite esquissée (VI.), avant l'annonce du plan de l'ouvrage et le survol du contenu de ses différents chapitres (VII.).

I. La question

La question des rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et les cantons demande que l'on s'interroge plus généralement sur les rapports entre droits de l'homme et fédéralisme. Ces rapports sont examinés ci-dessous, tout d'abord, d'un point de vue général (A.) et, ensuite, du point de vue du droit suisse (B.).

A. En général

De manière intéressante, la relation entre droits de l'homme et fédéralisme est une relation de réciprocité : le fédéralisme a un impact sur les droits de l'homme (1.), mais les droits de l'homme ont aussi un impact sur le fédéralisme (2.)². Cette mutualité d'influence appelle à la prudence et constitue une mise en garde contre toute conclusion hâtive quant à une potentielle antinomie entre fédéralisme et droits de l'homme. Cette relation est en effet source de multiples paradoxes dont deux des plus importants seront présentés ci-dessous (3.).

A noter que je me concentrerai ici sur la dimension *empirique* de la relation entre fédéralisme et droits de l'homme, et notamment sur l'impact qu'ils ont

² Voir aussi A. E. D. HOWARD, « Does Federalism Secure or Undermine Rights », in Ellis KATZ, G. Alan TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1996, pp. 11-28 ; José WOEHLING, « The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », in Stephan BREITENMOSER *et al.*, dir., *Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich/Saint-Gall, Dike, 2007, pp. 895-914 ; Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « E pluribus unum? Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à F. Delpérée*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, pp. 1517-37 sur cet impact mutuel.

l'un sur l'autre en pratique, et reviendrai à la question de leurs relations *conceptuelle* et *instrumentale* plus tard dans cet ouvrage³.

1. L'impact du fédéralisme sur les droits de l'homme

On reconnaît en général un impact à la fois positif et négatif du fédéralisme sur les droits de l'homme en pratique.

Premièrement, les effets positifs du fédéralisme sur les droits de l'homme. Tout d'abord, le fédéralisme permet une contextualisation accrue des droits de l'homme. Il permet de veiller en effet à ce que les obligations correspondant à chaque droit de l'homme soient spécifiées dans un contexte politique plus étroit et donc plus proche des porteurs de droits et des considérations morales et politiques de la communauté concernée. Ensuite, le fédéralisme, et les garanties politiques qu'il donne aux différentes entités politiques impliquées, permettent de protéger certains intérêts (notamment politiques) collectifs que les droits de l'homme *qua* droits individuels ne protègent pas nécessairement suffisamment. C'est notamment le cas de la protection des droits des minorités politiques⁴ en tant que « droits » collectifs qui se fait indirectement par les garanties institutionnelles de l'organisation de l'Etat que donne habituellement la constitution d'un Etat fédéral.

Deuxièmement, les effets négatifs du fédéralisme sur les droits de l'homme. Le fédéralisme peut aussi avoir une influence conservatrice sur le contenu interprétatif des droits de l'homme⁵. Cela peut provenir notamment de l'absence du pluralisme que l'on identifie habituellement dans les grandes

³ Voir BESSON, « Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale », *op.cit.*, note 1.

⁴ Voir WOEHRLING, « The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », *op.cit.*, note 2, p. 898 ss. ; Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme ? L'exemple de la Belgique », dans cet ouvrage.

⁵ Comme on l'a vu en Suisse dans le cas des articles confessionnels des anciennes constitutions cantonales ou aux Etats-Unis dans le cas des anciennes constitutions esclavagistes des Etats du Sud des Etats-Unis. Voir aussi Olivier BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération », *Revue universelle des droits de l'homme*, no 1-4, vol. 16, 2004, p. 25.

communautés politiques. Le fédéralisme peut aussi être un frein au développement des droits de l'homme, et notamment à la ratification d'instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme dont les effets centralisateurs peuvent être pressentis⁶.

2. L'impact des droits de l'homme sur le fédéralisme

Les droits de l'homme ont aussi un impact sur le fédéralisme en pratique. A nouveau, ces effets sont tant positifs que négatifs, même si ce sont surtout les deuxièmes que l'on retient habituellement.

Premièrement, les effets positifs des droits de l'homme sur le fédéralisme. Les droits de l'homme peuvent renforcer les droits des minorités politiques fédérales⁷. Cela peut même se produire tout à fait indirectement par le biais des droits individuels politiques ou linguistiques ou du principe de non-discrimination⁸.

Deuxièmement, les effets négatifs des droits de l'homme sur le fédéralisme. Tout d'abord, les droits de l'homme peuvent avoir un effet *centralisateur* en ce qu'ils contribuent à la concentration du pouvoir dans les Etats fédéraux⁹. Ceci s'opère, par exemple, par la centralisation progressive de compétences procédurales (p.ex. judiciaires), voire même matérielles du fait de la fédéralisation (au sens de « centralisation », ici) des garanties et donc des obligations de droits de l'homme de l'Etat central ou fédéral. Et cela peut se produire en dépit de l'absence de véritable compétence dans le domaine des droits de l'homme et de répartition explicite de cette compétence entre le

⁶ On pensera, par exemple, à la ratification tardive des traités internationaux de protection des droits de l'homme par la Suisse, y compris de la CEDH en 1974 seulement. Voir plus généralement WOEHLING, « The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », *op.cit.*, note 2, p. 904 ss. ; TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 2, pp. 1519-20.

⁷ Voir p.ex. l'argument de MADISON, *The Federalist Papers* 51 (1788). Voir, plus généralement, TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme », Partie II, *op.cit.*, note 4.

⁸ Voir Giorgio MALINVERNI, « La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des minorités », dans cet ouvrage.

⁹ Voir p.ex. la critique de HAMILTON, *The Federalist Papers* 84 (1788).

plan fédéral et local – les droits de l'homme n'étant pas en effet la plupart du temps une matière en soi et donc l'objet d'une compétence propre. C'est ce qui explique, d'ailleurs, que la question des compétences soit souvent la question la plus sensible dans ce débat¹⁰. Une autre conséquence négative potentielle pour le fédéralisme est l'effet *uniformisateur* des droits de l'homme¹¹. Ceci s'opère, par exemple, par l'interprétation (judiciaire, notamment, et par les tribunaux centraux ou fédéraux) du droit local par référence aux droits de l'homme centraux ou fédéraux.

Et cela d'autant plus lorsque les droits de l'homme en cause ne sont pas seulement de droit interne central ou fédéral, mais de droit international. Dans ce cas, en effet, comme nous le verrons, le droit international crée une fiction d'unité envers l'extérieur en identifiant l'Etat fédéral comme seul débiteur et responsable en matière de droits de l'homme¹².

¹⁰ Le dernier exemple en date est celui de l'UE avec la mention des compétences de l'UE à l'art. 6 par. 1 et 2 TUE et à l'art. 51 par. 2 de la CharteDFUE. Ce débat a récemment été ravivé avec l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH (et l'art. 59 par. 2 lit. c CEDH nouveau), et son potentiel impact sur la répartition des compétences dans l'UE. Voir Samantha BESSON, « The Human Rights Competence in the EU – The State of the Question after Lisbon », in Georg KOFLER, Miguel POIARES MADURO, Pasquale PISTONE, dir., *Taxation and Human Rights in Europe and in the World*, Amsterdam, IBFD, 2011, pp. 37-63 ; Piet EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *Common Market Law Review*, no 5, vol. 39, 2002, pp. 945-94 ; Koen LENAERTS, « Federalism and Rights in the European Community », in Ellis KATZ, G. Alan TARR, *Federalism and Rights*, *op.cit.*, note 2, pp. 139-72 ; Federico FABBRINI, *The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Right: A 'Neo-federalist' Perspective*, Jean Monnet working Paper Series 2010/15, New York: NYU School of Law 2010. Disponible sur <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/10/101501.pdf> [consulté le 23 septembre 2013].

¹¹ Voir WOEHLING, « The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », *op.cit.*, note 2, pp. 907-12, sur ces effets « centralisateurs » et « uniformisateurs » ; TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 2, p. 1518 pour une reprise des mêmes termes.

¹² Nul exemple n'est plus parlant à cet égard que l'extrait de l'Opinion dissidente du Juge Dean SPIELMANN dans CourEDH, arrêt du 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, req. n° 10737/84, série A, n° 133 : « Si, à la rigueur, on peut être d'avis que les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge

3. Deux paradoxes

La mutualité des rapports entre fédéralisme et droits de l'homme que je viens d'esquisser donne lieu à au moins deux paradoxes, l'un pratique et l'autre théorique.

Tout d'abord, le paradoxe pratique. Le fédéralisme peut avoir un effet bénéfique sur les droits de l'homme, mais pourtant ces effets peuvent être contrés par l'effet centralisateur et uniformisateur des droits de l'homme selon les cas. Ce paradoxe tient aux effets tant positifs que négatifs de l'un sur l'autre et des efforts mis en place pour les contrer, comme nous le verrons. Cet état de choses est surprenant, cependant, dans la mesure où toute mesure adoptée dans un domaine influence nécessairement l'autre et donc l'effectivité de la mesure en retour.

Ensuite, le paradoxe théorique. Etant donné les rapports mutuels qu'ils nourrissent et le paradoxe pratique de leur contradiction, il paraît d'autant plus paradoxal que la relation entre droits de l'homme et fédéralisme ait été si peu abordée en théorie¹³. Cela vaut étrangement tant en théorie du

international pour se prononcer sur le contenu précis des exigences de l'article 10 (art. 10) de la Convention, toujours est-il que, dans une Europe d'États, il n'est pas acceptable qu'un État concerné laisse à des cantons ou des communes la décision d'une telle appréciation. »

¹³ Il y a bien sûr des exceptions, surtout en théorie constitutionnelle anglo-américaine, cependant. Dans les *Federalist Papers* (1788) déjà, on peut comparer les positions contraires de HAMILTON et de MADISON sur ce sujet. Voir, plus récemment, A. E. D. HOWARD, « Protecting Human Rights in a Federal System », in Marc TUSHNET, dir., *Comparative Constitutional Federalism: Europe and America*, New York, Greenwood Press, 1990, pp. 115-137 ; A. E. D. HOWARD, « Does Federalism Secure or Undermine Rights », *op.cit.*, note 2 (en droit comparé) ; Ellis KATZ, G. Alan TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1996 ; Daniel J. ELAZAR, « Federalism, Diversity and Rights », in Ellis KATZ, G. Alan TARR, dir., *Federalism and Rights*, *op.cit.*, note 2, pp. 1-10 (en théorie fédérale américaine) ; Garry J. JACOBSON, « Contemporary Constitutional Theory, Federalism and the Protection of Rights », in Ellis KATZ, G. Alan TARR, dir., *Federalism and Rights*, *op.cit.*, note 2, pp. 29-56 (en théorie constitutionnelle américaine) ; Luan-Vu N. TRAN, *Human Rights and Federalism. A Comparative Study on Freedom, Democracy and Cultural Diversity*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000 (en droit comparé) ; BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5

fédéralisme qu'en théorie des droits de l'homme¹⁴. On peut avancer deux raisons à cet état de choses. La première, avancée par Olivier BEAUD, est le « stato-centrisme » de la théorie fédérale¹⁵. Selon lui, la théorie du fédéralisme s'est concentrée avant tout sur l'Etat et sa relation à l'individu, ce qui explique une certaine confusion de l'Etat et du fédéralisme, d'une part, et une compréhension simpliste du fédéralisme comme forme politique ne pouvant appartenir qu'à un Etat, d'autre part¹⁶. Cet angle fait négliger aux auteurs toute la question du fonctionnement interne de l'Etat et notamment de la manière dont cette organisation interne plutôt que l'entité étatique protège les droits de l'homme. La deuxième raison que l'on peut proposer tient à l'angle adopté en théorie des droits de l'homme. Les théoriciens des droits de l'homme se sont avant tout concentrés sur le régime politique de l'entité politique garante des droits de l'homme et notamment son caractère démocratique, et non pas tant sur la forme ou l'organisation politique de cette entité, négligeant ainsi toute la question du fédéralisme¹⁷.

(en théorie constitutionnelle comparée européenne et américaine) ; TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 2 (en droit belge et CEDH comparés) ; WOEHLING, « The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », *op.cit.*, note 2 (en droit comparé) ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la contrainte du droit des droits de l'homme ? », in Emmanuel VANDENBOSSCHE, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, dir., *Contraintes européennes et réforme de l'Etat*, Bruges, La Charte, 2013, pp. 295-340 (en droit belge).

¹⁴ Voir BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, sur cet « aveuglement ».

¹⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹⁶ D'où le fait que la question soit si importante dans l'UE : le débat sur le fédéralisme et sa relation aux droits de l'homme peut en effet avoir lieu en dehors du débat sur la nature politique de l'UE et notamment sa nature étatique ou non. Voir BESSON, « The Human Rights Competence in the EU », *op.cit.*, note 10.

¹⁷ Pour des références et une tentative d'y remédier et la relation entre droits de l'homme, démocratie et fédéralisme, voir BESSON, « Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale », *op.cit.*, note 1.

B. En droit suisse

La même mutualité paradoxale des rapports entre droits de l'homme et fédéralisme se retrouve en droit suisse. Le thème pourtant n'est encore que peu abordé en doctrine¹⁸.

En fait, la densité et, par conséquent, la complexité de ces rapports se sont encore accentuées avec le développement du droit international des droits de l'homme liant la Suisse, et notamment l'entrée en vigueur de la CEDH. Les explications de cette densification tiennent, d'une part, à la primauté du droit international, et notamment des droits de l'homme et de la CEDH, sur le droit suisse, y compris le droit fédéral ultérieur mais surtout le droit cantonal, et, d'autre part, au développement du contrôle de conventionnalité du droit fédéral mais aussi du droit cantonal, développé par le Tribunal fédéral (TF) pour prévenir les condamnations de la Suisse par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dont les arrêts sont obligatoires pour la Suisse, qu'ils concernent ou non la Suisse.

II. L'histoire de la question

La question des rapports entre droits de l'homme et fédéralisme n'est pas nouvelle. Il est utile d'en retracer rapidement le développement historique et ce afin de mieux comprendre ensuite les réponses qui y ont été données en droit. L'histoire de ces rapports est présentée ci-dessous, tout d'abord, d'un point de vue général (A.) et, ensuite, du point de vue du droit suisse (B.).

¹⁸ Il y a quelques exceptions : p.ex. Michel HOTTELIER, Hanspeter MOCK, Michel PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2ème éd., Genève, Schulthess, 2011 ; Michel HOTTELIER, « Genève – Strasbourg via Lausanne – retour. Réflexions sur le dialogue des juges cantonaux, fédéraux et européens », in *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 563-80 ; Daniela THURNHERR, « The Reception Process in Austria and Switzerland », in Helen KELLER, Alec STONE SWEET, dir., *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 311-91 ; Giorgio MALINVERNI, « La Suisse et les droits de l'homme », *Annuaire suisse de droit international (ASDI)*, no 1, vol. 45, 1989, pp. 153-92.

A. En général

L'origine des rapports entre droits de l'homme et fédéralisme remonte au 18^{ème} siècle en droit interne avec la reconnaissance juridique des droits fondamentaux ou constitutionnels en droit constitutionnel interne (1.) et se poursuit ensuite en droit international dès 1945 avec l'émergence du droit international et régional, notamment européen, des droits de l'homme (2.).

De nos jours, les deux régimes de droits de l'homme (interne et international) s'appliquent de manière conjointe, notamment au vu de leurs rapports de subsidiarité. Et ceci renforce en fait d'autant plus l'impact des droits de l'homme de droit interne sur le fédéralisme. Dans un souci de clarté, cependant, ils sont traités dans leur ordre de développement historique et donc séparément.

1. Fédéralisme et droits fondamentaux

De manière schématique, on peut distinguer deux grandes étapes du développement des droits fondamentaux de droit interne dans les structures fédérales¹⁹.

Dans la première phase, qui va de la fin du 18^{ème} siècle jusqu'au début du 20^{ème} siècle environ, l'on constate, très schématiquement, une concentration des garanties des droits fondamentaux au niveau local et l'absence de garanties correspondantes au niveau central ou fédéral. A cet égard, Olivier BEAUD parle d'« indifférence » des constitutions fédérales à la garantie des droits individuels²⁰. Lorsque les droits fondamentaux sont garantis, il s'agit tout au plus de minima constitutionnels destinés à assurer une protection minimale ou à remplir d'éventuelles lacunes. Il arrive qu'on puisse trouver la notion de droits constitutionnels fédéraux, mais elle fait référence aux garanties fédérales des droits des entités locales ou fédérées elles-mêmes et de leur autonomie politique. C'est ce qu'on observe en droit constitutionnel

¹⁹ Voir BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, pp. 18-21, 21-24.

²⁰ *Ibid.*, p. 21.

américain²¹ et allemand²², notamment.

La deuxième phase, qui se déroule de la fin du 19^{ème} siècle et s'étend jusqu'au début du 20^{ème} siècle environ, puis se poursuit de nos jours²³, est celle du développement des catalogues fédéraux de droits fondamentaux. Ce développement va généralement de pair avec celui de la justice constitutionnelle sur le plan fédéral²⁴. Cette justice constitutionnelle sera d'autant renforcée par le développement des garanties internationales des droits de l'homme et des mécanismes judiciaires ou quasi-judiciaires internationaux y correspondant. On peut dès lors parler, en suivant Olivier BEAUD, de « fédéralisation des droits fondamentaux »²⁵. C'est ce qu'on observe en droit constitutionnel américain²⁶ et allemand²⁷, notamment.

²¹ Voir p.ex. Richard C. CORTNER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, University of Wisconsin Press, 1981 ; BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, pp. 18-20.

²² Voir Stefan OETER, « Die EMRK und der Föderalismus in Deutschland », dans cet ouvrage. Voir aussi Friedrich GIESE, *Die Grundrechte*, Tübingen, Mohr, 1905 ; BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, pp. 20-21.

²³ On ne connaît pas d'Etat fédéral dans lequel les droits fondamentaux soient redevenus locaux depuis.

²⁴ C'est surtout le cas aux Etats-Unis par le biais du jeu combiné de l'« incorporation doctrine » et de la « due process clause » du XIV^e Amendement de la Constitution américaine, et de leur interprétation par la Cour suprême américaine. Voir notamment U.S. SCt, *The Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873) ; U.S. SCt, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925) ; U.S. SCt, *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010). Voir CORTNER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights*, *op.cit.*, note 21.

²⁵ BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, p. 21.

²⁶ Voir p.ex. CORTNER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights*, *op.cit.*, note 21 ; BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, pp. 22-4.

²⁷ Voir OETER, « Die EMRK und der Föderalismus in Deutschland », *op.cit.*, note 22. Voir aussi GIESE, *Die Grundrechte*, *op.cit.*, note 22 ; BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, pp. 24-5.

2. Fédéralisme et droits de l'homme internationaux et européens

Le développement du droit international et régional (surtout européen) des droits de l'homme durant l'après-1945 marque le début d'une troisième phase dans les rapports entre fédéralisme et droits de l'homme.

Cette phase consolide les droits fondamentaux de droit interne en créant un bloc de droits de l'homme à la fois internes et internationaux. Elle renforce, par conséquent, encore davantage l'impact des droits de l'homme sur le fédéralisme et la fédéralisation des droits de l'homme dans les Etats fédéraux. En effet, l'internationalisation des droits de l'homme accroît le processus de fédéralisation des droits de l'homme de par les spécificités institutionnelles et procédurales du système international de protection des droits de l'homme. Par-là, le droit international des droits de l'homme crée une fiction d'unité de l'Etat. Et ce peu importe le type de droits de l'homme internationaux en cause ou le type de fédéralisme adopté sur le plan interne. Bien sûr, le régime des rapports entre droit international et droit interne retenu (p.ex. moniste ou dualiste) peut tempérer ou, au contraire, accentuer les effets du droit international des droits de l'homme sur le fédéralisme²⁸. Mais l'impact existe toujours.

Différents facteurs de la fédéralisation des droits de l'homme par le jeu du droit international dans les Etats fédéraux peuvent être identifiés.

Premièrement, le droit international des droits de l'homme génère des obligations, tant négatives que positives, de l'Etat (fédéral) sur l'ensemble de son territoire. Il répond donc des actes et omissions de tous ses organes, y compris des entités locales ou fédérées²⁹. Ces obligations entraînent aussi une responsabilité en cas de transfert de pouvoir à une entité locale ou fédérée³⁰, ce qui peut avoir un effet de rétention de pouvoirs, voire du moins

²⁸ C'est ce qui peut expliquer, par exemple, l'impact moindre du droit international des droits de l'homme sur le fédéralisme aux Etats-Unis qui se caractérise par son dualisme ou, du moins, un monisme très léger (surtout face aux traités internationaux). Voir p.ex. Ivan BERNIER, *International Legal Aspects of Federalism*, Londres, Langman, 1973.

²⁹ Cf. p.ex. art. 50 PDCP et 28 PDESC.

³⁰ Cf. p.ex. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale no 5* (3 octobre 2003), CRC/GC/2003/5 ; Comité européen des droits sociaux, *Fédération*

de contrôle accru des pouvoirs décentralisés au profit des entités locales ou fédérées³¹. En droit international et européen des droits de l'homme, il existe d'ailleurs une présomption de juridiction de l'Etat sur son territoire et, en cas de perte de contrôle effectif au profit d'entités fédérées, par exemple, une obligation positive de regagner ce contrôle³². La responsabilité internationale de l'Etat fédéral pour les actes et omissions des entités fédérées en général trouve d'ailleurs confirmation à l'art. 29, puis aux art. 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), dans les limites de l'art. 46 de la même Convention, et à l'art. 4 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

Deuxièmement, le droit international des droits de l'homme bénéficie d'un statut renforcé en droit interne. On constate en effet qu'on lui reconnaît habituellement, même dans les Etats dualistes, une validité immédiate en droit interne, la primauté sur le droit interne contraire, y compris d'origine constitutionnelle la plupart du temps, et un effet direct élargi³³. Il est

internationale des ligues des droits de l'homme c. Belgique (21 mars 2012), Réclamation collective 62/2010, Décision (fond), par. 54-55.

³¹ Voir TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 2, p. 1531.

³² Cf. p.ex. art. 1 CEDH et CourEDH [GC], arrêt du 19 octobre 2012, *Catan c. Russie et Moldavie*, req. n^{os} 43370/04, 18454/06, 8252/05, Rec. 2012 ; CourEDH [GC], arrêt du 8 juillet 2004, *Ilascu c. Russie et Moldavie*, req. n^o 48787/99, Rec. 2004-VII, par. 312. Voir aussi Samantha BESSON, « The Extra-territoriality of the European Convention of Human Rights. Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to », *Leiden Journal of International Law*, no 4, vol. 25, 2012, pp. 857-84.

³³ Cf. les différents chapitres du Helen KELLER, Alec STONE SWEET, dir., *A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Même s'ils sont différents en termes de fonctions, les droits de l'homme internationaux ne diffèrent pas dans leur structure et contenu des droits de l'homme de droit interne. Leur relation de subsidiarité matérielle repose en effet sur le caractère externe et a-politique des premiers qui ne peuvent être véritablement garantis que dans un contexte institutionnel et notamment démocratique, soit avec les seconds. C'est ce qui explique l'absence de variation des relations entre fédéralisme et droits de l'homme nationaux ou internationaux, contrairement à ce qui vaut dans d'autres domaines du droit international qui ne concerne pas le régime politique de l'Etat (et où l'on rencontre donc plus de clauses fédérales ou, du moins, d'application stricte des modalités constitutionnelles d'adoption et de mise en œuvre du droit international par les entités

habituellement considéré comme partie intégrante du droit fédéral dans les Etats fédérés, et son autorité est donc renforcée en outre par le jeu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral.

Troisièmement, l'existence d'un contrôle judiciaire ou quasi-judiciaire international destiné à contrôler la mise en œuvre interne du droit international des droits de l'homme, comme par exemple le contrôle qu'exerce la Cour européenne des droits de l'homme, renforce le contrôle judiciaire interne de la mise en œuvre des droits de l'homme. Il contribue en effet à la création ou, du moins, à la consolidation du contrôle de constitutionnalité des lois, ou du moins d'un contrôle de conventionnalité dans les Etats qui ne connaissent pas le contrôle de constitutionnalité³⁴. Ce contrôle de conventionnalité renforce à son tour le pouvoir des tribunaux fédéraux dans les Etats fédérés.

Finalement, du fait du jeu des responsabilités en droit international mentionnés précédemment, c'est en principe l'Etat fédéral qui assume la défense devant les organes judiciaires ou quasi-judiciaires internationaux de contrôle de la mise en œuvre des droits de l'homme. Divers Etats fédéraux ont prévu des modalités permettant de mieux représenter leurs entités fédérées, mais les cas sont rares en pratique. La conséquence est non seulement ce que Françoise TULKENS et Sébastien VAN DROOGHENBROECK appellent un « recentrement de responsabilité » et donc indirectement une attraction de la compétence au niveau fédéral, mais aussi une tendance des autorités fédérales à contourner ou nier la question fédérale dans leur argumentaire et ce afin d'éviter d'amoindrir leur défense³⁵. Une autre conséquence est le nivellement vers le bas ou le choix du plus grand dénominateur commun dans l'interprétation des droits de l'homme par les

fédérées). Sur ces rapports de validation et de légitimation mutuelles des droits de l'homme internes et internationaux, voir Samantha BESSON, « The Legitimate Authority of International Human Rights », in Andreas FOLLESDAL, Johan KARLSSON SCHAFFER, Geir ULFSTEIN, dir., *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 32-83.

³⁴ Cf. les différents chapitres du KELLER, STONE SWEET, *A Europe of Rights*, *op.cit.*, note 33.

³⁵ Voir TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 2, pp. 1529-30.

organes internationaux³⁶, voire par les Etats fédéraux eux-mêmes lors du choix de l'une des interprétations des droits de l'homme défendues par les entités locales ou fédérées³⁷.

B. En droit suisse

En droit suisse, on retrouve ces mêmes trois phases dans l'histoire de la relation entre droits de l'homme et fédéralisme et de la fédéralisation progressive des droits de l'homme.

Premièrement, la relation entre droits fondamentaux fédéraux et droits fondamentaux cantonaux. Comme en Allemagne et aux Etats-Unis, les droits fondamentaux étaient absents de la première Constitution fédérale (1848). Ce n'est qu'avec la Constitution fédérale de 1974 que certains droits fondamentaux ont été introduits sur le plan fédéral. Le but était cependant avant tout de suppléer aux droits fondamentaux cantonaux. C'était le cas, par exemple, de la liberté de conscience et de croyance (art. 49) qui donnait des garanties aux minorités religieuses dans les cantons qui ne les protégeaient pas suffisamment. La Constitution de 1874 garantissait de plus l'autonomie constitutionnelle des cantons, y compris en matière de droits fondamentaux (p.ex. art. 3 et 5). Si l'on peut dire qu'elle protégeait les droits des individus, ce n'était qu'indirectement en protégeant les droits des cantons de protéger les droits des individus³⁸. C'est la Constitution fédérale de 1999 (Cst.) qui a marqué la fédéralisation définitive des droits fondamentaux. Elle contient un catalogue complet de droits fondamentaux fédéraux (art. 7-41 Cst.). Ces droits doivent être réalisés « dans l'ensemble de l'ordre juridique » suisse (art. 35 par. 1 Cst.), y compris en droit cantonal par conséquent. Les catalogues cantonaux de droits fondamentaux subsistent bien sûr, même après cette date-là, et ont même parfois été adaptés au catalogue fédéral

³⁶ Cf. p.ex. CourEDH, arrêt du 14 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, req. n° 13580/88, série A, n° 291-B, par. 28 ; CourEDH [GC], arrêt du 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n°s 30562/04, 30566/04, Rec. 2008, par. 109-110.

³⁷ Voir TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme ? », *op.cit.*, note 4, qui parlent de « droit comparé interfédéral ».

³⁸ Voir BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, p. 21.

voire développés encore davantage que ce dernier durant les révisions des constitutions cantonales de la dernière décennie.

Deuxièmement, la relation entre droits de l'homme internationaux et droits fondamentaux cantonaux. L'impact des droits de l'homme internationaux adoptés après 1945 sur les droits fondamentaux cantonaux a été particulièrement important. Ce fut le cas en particulier de la CEDH³⁹, et ce pour différentes raisons. Tout d'abord, il faut mentionner le monisme suisse (art. 5 par. 4 Cst.) et la primauté du droit international sur le droit cantonal, notamment par le biais du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst., combiné avec l'art. 190 Cst.)⁴⁰. La jurisprudence du Tribunal fédéral l'a reconnu notamment dans le cas du droit international des droits de l'homme et de la CEDH à qui il reconnaît la primauté sur le droit suisse, y compris le droit fédéral ultérieur⁴¹, mais surtout le droit cantonal contraires. Ensuite, il faut souligner le développement du contrôle de conventionnalité des lois cantonales par le Tribunal fédéral. Ce contrôle s'est développé en dépit de l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, afin de prévenir les condamnations de la Suisse par la CourEDH. Les arrêts de la CourEDH sont en effet obligatoires pour la Suisse, qu'ils concernent ou non

³⁹ Voir p.ex. Florence RIVIÈRE, « L'intégration 'paisible' de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, no 39, 1999, pp. 461-77. Voir, par contre, sur la réception de la CEDH en Autriche : THURNHERR, « The Reception Process in Austria and Switzerland », *op.cit.*, note 18.

⁴⁰ Voir Giorgio MALINVERNI, « L'application de la CEDH en Suisse », *Mémoires de la Faculté de droit de Genève*, vol. 49, 1976, pp. 23-35.

⁴¹ Cf. p.ex. ATF 125 II 417 *PKK*, du 26 juillet 1999 ; ATF 139 I 16, du 12 octobre 2012.

la Suisse⁴², et peuvent donner lieu à la révision des arrêts du TF en vertu de l'art. 122 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral⁴³.

III. Les solutions

Face aux conséquences négatives de la fédéralisation des droits de l'homme sur le fédéralisme, différentes solutions ont été proposées au fil du temps. Ces solutions sont présentées ci-dessous, tout d'abord, d'un point de vue général (A.) et, ensuite, du point de vue du droit suisse (B.).

A. En général

Parmi les solutions proposées pour limiter l'effet de centralisation des droits de l'homme dans les Etats fédéraux, il faut distinguer entre celles qui concernent le droit constitutionnel interne et les droits fondamentaux de droit interne (1.) et celles qui relèvent du droit international et européen des droits de l'homme (2.)⁴⁴.

1. Fédéralisme et droits fondamentaux

Il ressort de l'étude du droit constitutionnel comparé que les Etats fédéraux ont à ce jour développé au moins deux mécanismes constitutionnels pour

⁴² Cf. p.ex. Samantha BESSON, « Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse », in Bernhard EHRENZELLER, Stefan BREITENMOSE, dir., *EMRK und die Schweiz*, Saint-Gall, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2010, pp. 125-99 ; Samantha BESSON, « The *Erga Omnes* Effect of Judgements of the European Court of Human Rights – *What's in a Name ?* », in Samantha BESSON, dir., *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 – Premier bilan et perspectives / The European Court of Human Rights after Protocol 14 – First assessment and perspectives*, Zurich, Schulthess, 2011, pp. 125-75.

⁴³ Cf. p.ex. CourEDH [GC], arrêt du 30 juin 2009, *VgT II c. Suisse*, req. n° 32772, Rec. 2009 ; CourEDH, arrêt du 11 octobre 2011, *Emre II c. Suisse*, req. 505610. Voir aussi Frank SCHÜRMANN, « Die Kantone und die Umsetzung der Urteile des EGMR: Die Sicht des Bundes », dans cet ouvrage.

⁴⁴ Voir aussi BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, pp. 24-5 ; WOEHRLING, « The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », *op.cit.*, note 2, pp. 912-13.

contrer certains des effets centralisateurs de la protection des droits fondamentaux⁴⁵.

Le premier mécanisme est celui des clauses fédérales. Il s'agit de clauses, constitutionnelles principalement, qui rappellent que dans le cadre de l'exercice des compétences locales des entités locales ou fédérées, ce sont les droits fondamentaux locaux qui s'appliquent. En bref, les droits fondamentaux de chaque niveau de gouvernance suivent les compétences respectives de ces entités et les uns s'exercent toujours à l'exclusion des autres.

Un deuxième mécanisme est celui des clauses de dérogation (« notwithstanding clause » en anglais). Ce sont des clauses, à nouveau principalement constitutionnelles, qui autorisent les dérogations législatives aux droits fondamentaux fédéraux par les entités fédérées dans le cadre de leurs compétences locales. L'exemple le plus fameux est l'art. 33 par.1 de la Charte canadienne des droits et des libertés de 1982. Ici, contrairement à ce qui vaut dans le cas des clauses fédérales, les droits fondamentaux s'appliquent aux entités fédérées comme à l'entité fédérale, mais des dérogations sont possibles.

2. Fédéralisme et droits de l'homme internationaux et européens

Le droit international des droits de l'homme contient lui aussi différents mécanismes destinés à ménager le fédéralisme et à protéger la structure fédérale des Etats parties. On peut en mentionner deux principaux.

⁴⁵ De manière fort intéressante, le système adopté dans l'UE ne correspond ni à l'un ni à l'autre, puisque les droits fondamentaux de l'UE lient aussi les Etats membres de l'UE qui ne peuvent pas y déroger. La seule condition est la mise en œuvre ou la dérogation au droit de l'UE (CJUE, 26 février 2013, C-617/10, *Aklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, Rec. 2013), et la question est donc distincte de celle des compétences. Voir aussi l'Avocate générale Eleanor SHARPSTON dans ses Conclusions dans CJUE, 30 septembre 2010, C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi (ONEM)*, Rec. 2011, p. I-01177, par. 172-173. Voir encore BESSON, « The Human Rights Competence in the EU », *op.cit.*, note 10 ; BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, p. 26.

Premièrement, les clauses fédérales de droit international. Comme les clauses fédérales de droit interne, ces clauses prévoient une exemption de la responsabilité des Etats fédéraux en cas de violation des droits de l'homme internationaux par les entités locales ou fédérées⁴⁶. Une variante est la limitation de la responsabilité à l'exercice de compétences fédérales même en cas de mise en œuvre locale, ou à la violation de l'obligation positive d'encouragement des entités locales à respecter le droit international des droits de l'homme (p.ex. art. 28 de la Convention américaine des droits de l'homme⁴⁷). Certaines clauses fédérales peuvent même prévoir l'attraction de la responsabilité directe des Etats locaux ou fédérés pour violation des droits de l'homme qui lient les Etats fédéraux dont ils dépendent.

Deuxièmement, les réserves fédérales. Il s'agit de réserves ordinaires aux traités internationaux de protection des droits de l'homme qui prévoient que les actes ou omissions des entités locales ou fédérées sont exclus du champ d'application personnel du traité. Ces réserves ne doivent pas être assimilées à des réserves territoriales qui sont en principe prohibées en matière de traités de protection des droits de l'homme (p.ex. art. 56 CEDH)⁴⁸. Elles doivent par ailleurs respecter les conditions strictes imposées aux réserves aux traités en matière de droits de l'homme en général (p.ex. art. 57 CEDH)⁴⁹.

Enfin, il est toujours loisible aux Etats parties à un traité de protection des droits de l'homme de conclure cet accord comme un accord mixte et donc conjointement avec leurs entités fédérées. Cela leur permet de partager leurs obligations en matière de droits de l'homme en fonction des compétences respectives, puis ensuite les responsabilités y relatives⁵⁰. Curieusement, cette

⁴⁶ Voir TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 2, p. 1527.

⁴⁷ Voir cependant une interprétation restrictive de l'art. 28 CADH par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : CIADH, *Garrido et Baigorria c. Argentina*, Réparations, Jugement, 27 août 1998, Série C., no 39, par. 45.

⁴⁸ Cf. p.ex. CourEDH [GC], arrêt du 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, req. n° 71503/01, Rec. 2004-II, par. 140.

⁴⁹ Voir TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 2, pp. 1528-9.

⁵⁰ Cf. sur cette solution à l'exemple de la Belgique, TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 2, pp. 1519-20, 1520-3 et 1529. Voir aussi VAN

solution a rarement été adoptée en pratique, alors qu'elle permettrait de mieux faire valoir les intérêts des entités fédérées devant les organes des traités ou tribunaux internationaux, comme la CourEDH notamment⁵¹.

B. En droit suisse

En droit suisse, aussi, différentes parades ont été mises en place au cours du temps. Parmi les solutions proposées pour limiter l'effet de centralisation des droits de l'homme, il faut distinguer entre celles qui concernent le droit constitutionnel interne et les droits fondamentaux de droit interne, d'une part, et celles qui relèvent du droit international des droits de l'homme, d'autre part.

Premièrement, en droit interne, le droit suisse ne connaît ni de clause fédérale ni de clause de dérogation. Ce qui s'en rapproche le plus est le principe de l'attribution des compétences (art. 3 Cst.). Son rôle en matière de droits de l'homme demeure indéterminé, cependant. Pour ce qui est des instruments de droit international des droits de l'homme en Suisse, deuxièmement, la Suisse n'est pas au bénéfice de clauses fédérales ni de réserves fédérales. Les cantons ne sont pas non plus associés de manière spécifique à ces accords de manière à refléter la répartition des compétences internes en droit suisse, ni, par conséquent, aux procédures internationales de contrôle de la mise en œuvre des obligations internationales de la Suisse en matière de droits de l'homme⁵². De fait, les art. 55 et 56 Cst. n'ont jamais été invoqués par les cantons dans le domaine de la négociation d'accords internationaux en matière de droits de l'homme.

DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la contrainte du droit des droits de l'homme ? », *op.cit.*, note 13 ; TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme ? », *op.cit.*, note 4.

⁵¹ De manière fort intéressante à cet égard, l'UE et ses Etats membres, qui sont bientôt parties tous deux à la CEDH, ont opté pour un mécanisme de co-défendeurs devant la CourEDH dans l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH (art. 3), confirmant ici la dimension fédérale du système de droits de l'homme de l'UE.

⁵² Voir Philippe BOILLAT, « La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme », in Roland BIEBER *et al.*, dir., *Protection des droits de l'homme en Europe*, Berne/Zurich, Stämpfli/Schulthess, 2001, pp. 15-19.

Différents mécanismes spécifiques à la situation helvétique ont néanmoins été mis en place, notamment au moment de l'adhésion de la Suisse à la CEDH⁵³.

Il faut mentionner, tout d'abord, le fait que la Suisse a ratifié la CEDH (1974) relativement tardivement par rapport à son adhésion au Conseil de l'Europe (1963), et ce de manière à pouvoir accommoder les différentes modifications législatives et institutionnelles du droit fédéral mais aussi cantonal nécessaires à la mise en conformité du droit fédéral et cantonal avec la CEDH. C'est d'ailleurs une pratique fréquente faite siennée par la Suisse lors de la ratification des autres traités internationaux de protection des droits de l'homme. Par ailleurs, au moment de la ratification, certains protocoles facultatifs de la Convention n'ont pas été ratifiés et ce notamment afin de ménager les sphères d'autonomie correspondantes des cantons. Il s'agissait du Protocole 1^{er}, dont les art. 2 et 3 garantissent le droit à l'éducation et le droit à des élections libres, et du Protocole 4 dans le contexte de la politique migratoire des cantons⁵⁴. La Suisse a aussi émis des réserves et des soi-disantes «déclarations interprétatives» à certains articles de la Convention, dont les art. 5 et 6 CEDH en relation aux procédures cantonales administratives, civiles et pénales qui contenaient des régimes dérogatoires⁵⁵. Ceci a d'ailleurs valu plusieurs condamnations à la Suisse⁵⁶, condamnations qui ont mené à la fédéralisation de ces procédures d'ailleurs. Enfin, en termes de contrôle judiciaire du respect de la CEDH, le TF a commencé par s'abstenir de contrôler la conventionnalité des constitutions cantonales⁵⁷. Une autre preuve de discipline fédérale du TF était le contrôle conventionnel préventif

⁵³ Voir Michel HOTTELIER, « La réception de la CEDH dans les cantons », dans cet ouvrage.

⁵⁴ Voir HOTTELIER, MOCK, PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, note 18, pp. 9-10 ; MALINVERNI, « La Suisse et les droits de l'homme », *op.cit.*, note 18, p. 173.

⁵⁵ Voir MALINVERNI, « La Suisse et les droits de l'homme », *op.cit.*, note 18, pp. 171-2.

⁵⁶ Voir la condamnation de la Suisse dans CourEDH, arrêt du 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, req. n° 10328/83, série A, n° 132, ou encore dans CourEDH, arrêt du 26 septembre 1997, *R.M.D. c. Suisse*, req. n° 19800/92, Rec. 1997-VI, par. 53.

⁵⁷ ATF 104 Ia 215, du 21 juin 1978, p. 221 (revirement : ATF 111 Ia 239, du 27 novembre 1985). Voir MALINVERNI, « La Suisse et les droits de l'homme », *op.cit.*, note 18, p. 189.

très restrictif longtemps appliqué en matière de législation cantonale⁵⁸, à l'exception bien sûr des cas dans lesquels la Suisse ou un autre Etat partie avait déjà été condamné dans une situation similaire⁵⁹.

IV. Les développements

Au fil du temps, les solutions mises en place pour contrer l'impact de la fédéralisation des droits de l'homme sur le fédéralisme se sont érodées. Ces développements sont présentés ci-dessous, tout d'abord, d'un point de vue général (A.) et, ensuite, du point de vue du droit suisse (B.).

A. En général

Les mécanismes de protection du fédéralisme contre l'effet centralisateur et uniformisateur des droits de l'homme présentés précédemment ont graduellement perdu beaucoup de leur force. Ils ont parfois simplement entièrement disparu.

Cette érosion graduelle des barrières constitutionnelles s'est fait par le jeu des droits de l'homme internationaux et surtout de leur combinaison avec les droits fondamentaux fédéraux, d'une part, et par le contrôle judiciaire fédéral de ces droits combinés, d'autre part. C'est notamment le développement du contrôle de conventionnalité dans les Etats fédéraux qui a sonné le glas de certains mécanismes défensifs de l'autonomie constitutionnelle cantonale en matière de droits fondamentaux.

B. En droit suisse

En droit suisse, on a pu observer le même phénomène d'érosion graduelle des mécanismes de prévention des effets négatifs de la fédéralisation des droits de l'homme.

⁵⁸ Voir MALINVERNI, « La Suisse et les droits de l'homme », *op.cit.*, note 18, pp. 174-5.

⁵⁹ ATF 107 Ia 64, du 25 mars 1981, p. 67. Voir les suites de CourEDH, arrêt du 15 mars 1983, *Minelli c. Suisse*, req. n° 8660/79, série A, n° 62 : ATF 109 Ia 160, du 21 septembre 1983.

Premièrement, il faut noter l'érosion graduelle des barrières constitutionnelles au contrôle judiciaire fédéral du droit cantonal. Ce développement s'est opéré, d'une part, du fait du renforcement du contrôle de conventionnalité du droit cantonal, y compris des constitutions cantonales. Cela s'est fait notamment par le biais de l'assimilation des droits constitutionnels fédéraux et des droits de l'homme internationaux, comme la CEDH, initialement afin d'assurer notamment l'épuisement des voies de recours cantonales avant de saisir le TF d'une violation de la CEDH et donc ne pas déprécier la Constitution⁶⁰. D'autre part, le TF a développé ses interprétations des droits conventionnels matériels et procéduraux, interprétations qui lient ensuite les cantons au titre du droit fédéral.

Deuxièmement, sur le plan des relations internationales de la Suisse, on remarque le retrait progressif des réserves de la Suisse à la CEDH, notamment suite à la fédéralisation des procédures civiles et pénales et à l'aménagement des procédures administratives cantonales⁶¹. La Suisse envisage aussi désormais la ratification des protocoles de la CEDH qu'elle n'avait pas ratifiés pour des raisons d'incompatibilité avec le droit cantonal⁶².

V. Les réactions

Les réactions à la fédéralisation des droits de l'homme et à l'érosion des premiers mécanismes mis en place tant au niveau interne qu'international ne se sont pas fait attendre, même si elles ont été très diverses. Ces réactions sont présentées ci-dessous, tout d'abord, d'un point de vue général (A.) et, ensuite, du point de vue du droit suisse (B.).

⁶⁰ Voir ATF 107 Ia 64, du 25 mars 1981, p. 67. Voir aussi HOTTELLIER, MOCK, PUÉCHAVY, *op.cit.*, note 18, pp. 11-2 ; MALINVERNI, « La Suisse et les droits de l'homme », *op.cit.*, note 18, p. 165 ss.

⁶¹ Par exemple suite à l'arrêt CourEDH, *R.M.D. c. Suisse*, *supra*, note 56. Voir HOTTELLIER, MOCK, PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, note 18, p. 24 ss, pp. 33-4.

⁶² Voir HOTTELLIER, MOCK, PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, note 18, pp. 9-10.

A. En général

Le droit constitutionnel comparé révèle une grande variété de réponses non seulement à la fédéralisation des droits de l'homme, mais aussi à l'érosion progressive des barrières constitutionnelles. Certains Etats fédéraux se sont accommodés de la nouvelle situation, alors que d'autres connaissent un conflit ouvert, voire même un repli des entités fédérées et de leurs institutions.

L'exemple le plus parlant est bien sûr l'exemple américain. Aux Etats-Unis, la fédéralisation des droits de l'homme s'est opérée avant tout par le biais de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême et de l'incorporation progressive des droits et amendements du *Bill of Rights* américain parmi les droits opposables aux Etats américains. En réponse, les tribunaux des Etats américains ont adopté une politique de résistance dès les années 1960, qu'on appelle communément le « new judicial federalism »⁶³. Cette doctrine est le fruit de deux approches : l'une progressiste fondée sur la force anti-conservatrice du fédéralisme des droits de l'homme, et représentée de manière célèbre par le Juge William J. BRENNAN de la Cour suprême,⁶⁴ et l'autre attachée à l'autonomie des tribunaux étatiques et à la recherche des spécificités du droit constitutionnel des Etats américains⁶⁵. Le nouveau fédéralisme judiciaire a culminé dans les années 1980 dans une renaissance du fédéralisme et des droits des Etats dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine⁶⁶.

⁶³ Cf. BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5 ; CORTNER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights*, *op.cit.*, note 21 ; HOWARD, « Protecting Human Rights in a Federal System », *op.cit.*, note 13.

⁶⁴ Voir William BRENNAN, « State Constitutions and the Protection of Individual Rights », *Harvard Law Review*, no 3, vol. 90, 1977, p. 493.

⁶⁵ Voir p.ex. New York Court, *People v. Dunn*, (1990). Voir pour une discussion : James A. GARDNER, « The Failed Discourse of State Constitutionalism », *Michigan Law Review*, vol. 90, 1992, p. 761 ; Paul W. KAHN, « Interpretation and Authority in State Constitutionalism », *Harvard Law Review*, vol. 106, 1993, p. 1147.

⁶⁶ Voir p.ex. U.S. SCt, *Printz v. United States*, (1997).

B. En droit suisse

En droit suisse, on observe une réaction moins ferme et surtout moins claire que celle que l'on a pu observer aux Etats-Unis. Bien sûr, tout est matière de perception : plus l'effet centralisateur se fait sentir sur le plan fédéral, plus les différences cantonales peuvent être interprétées comme un acte de résistance.

Certes, on a pu observer, tout d'abord, un certain repli cantonal, bien qu'assez modéré. On peut mentionner les réformes constitutionnelles cantonales, ou les débats récents sur les droits populaires dans certains cantons. Les réactions fédérales sont aussi à l'image de ce repli, comme le montrent les questions importantes de procédure qui se sont posées en matière de mise en œuvre des arrêts de la CourEDH concernant les cantons⁶⁷.

Parallèlement, cependant, on doit aussi souligner l'obsolescence du droit constitutionnel cantonal et du droit cantonal des droits fondamentaux lui-même, sauf lorsqu'il a été révisé, et, plus généralement, l'indolence des tribunaux cantonaux de droit public sur ce point⁶⁸. Leurs interprétations sont rarement novatrices. Alors même qu'ils ont la possibilité d'aller plus loin que la CEDH et le droit constitutionnel fédéral en vertu non seulement du principe de subsidiarité matérielle et procédurale de la CEDH⁶⁹, mais aussi du principe de subsidiarité inhérent au droit constitutionnel fédéral notamment en matière de droits de l'homme, ils n'en font que rarement usage.

⁶⁷ Voir MALINVERNI, « La Suisse et les droits de l'homme », *op.cit.*, note 18, pp. 173-4. Cf. aussi les contributions de Daniel RIETIKER, « Les cantons et le droit cantonal devant la Cour européenne des droits de l'homme », dans cet ouvrage, et de SCHÜRMAN, « Die Kantone und die Umsetzung der Urteile des EGMR », *op.cit.*, note 43. Plus généralement, voir l'article de Daniel GERNY, « Kantonsverfassungen werden zur Kampfzone », *Neue Zürcher Zeitung* du 29 novembre 2013.

⁶⁸ Voir Eva Maria BELSER, « Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat », dans cet ouvrage.

⁶⁹ Voir Samantha BESSON, « The *Erga Omnes* Effect of Judgements of the European Court of Human Rights – *What's in a Name ?* », *op.cit.*, note 42, sur la subsidiarité dans le système conventionnel.

VI. La nécessité d'un bilan

Il découle de cette introduction succincte à la thématique de la relation entre le fédéralisme et les droits de l'homme, tant en général qu'en Suisse, qu'un bilan de ces rapports est nécessaire, tant d'un point de vue pratique que théorique.

Tout d'abord, du point de vue pratique, l'intérêt du bilan existe tant sur le plan fédéral que cantonal. Sur le plan fédéral, il est clair que l'objectif d'une meilleure mise en œuvre du droit international et européen des droits de l'homme est de plus en plus important. La pression des organes de contrôle internationaux de la mise en œuvre des droits de l'homme, qu'ils soient judiciaires ou quasi-judiciaires, ne cesse en effet d'augmenter. Par exemple, dans le contexte de la CEDH, on dénombrait 36 affaires de violation d'origine cantonale sur 87 affaires dans laquelle la Suisse a été condamnée par la CourEDH, soit près de 50%⁷⁰. Dans ce contexte, une meilleure compréhension des difficultés que rencontrent les cantons dans la mise en œuvre des droits de l'homme et de la manière de concilier la répartition des compétences entre Confédération et cantons est capitale⁷¹. Du point de vue cantonal, aussi, il est important de mieux comprendre la marge d'appréciation et de manœuvre dont disposent encore les cantons en matière constitutionnelle et notamment dans le domaine de la protection des droits de l'homme. La réactivation du discours de subsidiarité dans le système conventionnel, et notamment sa mention dans le Préambule de la Convention après l'entrée en vigueur du nouveau Protocole 15, est un signe de reconnaissance de l'importance de la contextualisation des droits de

⁷⁰ Cf. les contributions de RIETIKER, « Les cantons et le droit cantonal devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, note 67, et de SCHÜRMANN, « Die Kantone und die Umsetzung der Urteile des EGMR », *op.cit.*, note 43.

⁷¹ Cf. p.ex. l'étude du CSDH, *Die Umsetzung internationaler Menschenrechtsempfehlungen im föderalistischen Staat*, 10 février 2012, disponible sur http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/120214_SKMR_Studie_Follow-up.pdf.

l'homme, tant sur le plan national qu'infranational dans les Etats fédéraux⁷². Ici, l'intérêt de la Confédération semble donc rejoindre celui des cantons⁷³.

Sur un plan théorique, aussi, un bilan s'impose. Comme je l'ai indiqué précédemment, le thème est curieusement sous-étudié, tant en théorie du fédéralisme qu'en théorie des droits de l'homme. En outre, les quelques discussions qui existent sont soit historiques soit descriptives, et un traitement structurel et normatif de la question manque cruellement⁷⁴. Les recherches qui existent sont souvent américaines ou inspirées de la théorie constitutionnelle américaine, ce qui n'est pas adapté aux circonstances européennes, d'une part, et surtout aux circonstances particulières du droit international des droits de l'homme, d'autre part.

VII. La structure et l'essentiel de l'ouvrage

Le présent ouvrage est divisé en trois parties.

La première partie porte sur la Convention européenne des droits de l'homme et les cantons suisses. Elle regroupe différentes contributions qui portent sur la réception de la Convention dans les cantons (Michel HOTTELIER, Eva Maria BELSER), le contrôle judiciaire du respect de la Convention (Arnold MARTI, Heinz AEMISEGGER, Daniel RIETIKER) et l'exécution des arrêts de la CourEDH (Frank SCHÜRMANN, Frédéric SCHEIDEGGER). A chaque fois, les points de vue cantonaux, fédéraux et conventionnels sont présentés. La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée aux rapports entre la Convention et le fédéralisme en général. Cette partie comprend, tout d'abord, une discussion des rapports entre le droit international et européen des droits de l'homme en général, et la CEDH en particulier, et la forme politique fédérale (Samantha BESSON), puis une

⁷² Sur l'idée d'une marge « régionale » d'appréciation sur le modèle de la marge nationale d'appréciation, voir TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme ? », *op.cit.*, note 4.

⁷³ Voir aussi l'opinion dissidente de la Juge Helen KELLER dans CourEDH, arrêt du 24 septembre 2013, *Dembele c. Suisse*, req. n° 74010/11, par. 16 et 18.

⁷⁴ Pour ce même contraste, indirectement : BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 5, p. 18 et note 19.

analyse de la jurisprudence de la CourEDH relative aux droits des minorités fédérales (Giorgio MALINVERNI). La troisième et dernière partie de l'ouvrage porte sur l'expérience comparée d'autres Etats fédéraux parties à la Convention. Le premier est la Belgique (Françoise TULKENS & Sébastien VAN DROOGHENBROECK) et le deuxième, l'Allemagne (Stefan OETER).

L'essentiel des différents chapitres peut être résumé comme suit.

Dans son chapitre *La réception de la CEDH dans les cantons*, Michel HOTTELIER traite de la réception de la CEDH dans les cantons. Le survol chronologique de la réception de la CEDH par la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'il opère révèle plusieurs phases durant lesquelles des chapitres importants du droit constitutionnel ont freiné l'implantation de la Convention en droit suisse. Le premier est le fédéralisme qui, durant une dizaine d'années, a conduit la casuistique de la Cour suprême à appliquer la CEDH avec une réserve soutenue et à interpréter ses dispositions sans risquer de remettre en cause l'exercice par les cantons de leurs compétences traditionnelles en matière d'organisation judiciaire et de procédure pénale. Les condamnations répétées de la Suisse par la Cour européenne des droits de l'homme ont mis fin à cette vision restrictive et ont eu pour effet de redessiner le statut des droits fondamentaux dans notre pays. Peu après, c'est le statut de la juridiction constitutionnelle qui, progressivement, a conduit les juges fédéraux à soumettre les lois fédérales au contrôle de la conventionnalité. Et plus récemment, c'est le processus de révision de la Constitution fédérale qui a commencé à s'adapter aux exigences conventionnelles avec le refus du Tribunal fédéral d'appliquer d'éventuelles normes constitutionnelles contraires à la CEDH.

Dans son chapitre *Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat*, Eva Maria BELSER traite des droits fondamentaux cantonaux et de leur rôle pour la mise en œuvre des droits de l'homme dans un Etat multiniveaux comme la Suisse. Elle commence par rappeler que la Confédération et les cantons ont entrepris des efforts importants pour mettre leurs ordres juridiques respectifs en conformité avec la CEDH. Cette priorité d'adaptation de tous les échelons de l'Etat avec la Convention a cependant eu pour conséquence une certaine mise de côté des droits fondamentaux cantonaux. Depuis la création de l'Etat fédéral, ces derniers avaient pourtant été décisifs pour le développement de la protection des droits fondamentaux au niveau fédéral. Il semblerait donc que cette dynamique se soit inversée avec le renforcement des droits de la

Constitution fédérale, puis avec la mise en œuvre de la CEDH en Suisse. Le développement actuel des droits fondamentaux en Suisse se fait désormais par le haut plutôt que par le bas. Ceci, à terme, pourrait ralentir le développement de la protection de ces droits et donc son degré aussi. En effet, les organes internationaux comme la CourEDH ne sont pas autorisés à fixer des standards maximaux de protection des droits de l'homme, mais uniquement un seul minimal de protection pour tous les Etats européens, au risque sinon de sortir de leur cadre et de la retenue qui doit être la leur. En fait, dans un Etat multiniveaux comme la Suisse, il est encore plus important que le développement de ce minimum européen se fasse à chaque échelon de gouvernance, y compris au niveau cantonal. Ce sont surtout d'ailleurs les cantons qui sont à même de réagir aux besoins et aux menaces qui pèsent sur les droits de la Convention en Suisse.

Dans sa contribution *Die Bedeutung der EMRK in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte – am Beispiel des Kantons Schaffhausen*, Arnold MARTI défend, sur la base de l'exemple du canton de Schaffhouse, la thèse selon laquelle la réception de la CEDH dès son entrée en vigueur en 1974 a constitué un défi important non seulement pour la Confédération, mais aussi pour les cantons dans la mesure où la compétence en matière de procédures pénale et administrative était à l'époque une compétence cantonale. Les plus grandes difficultés ne se situaient pas seulement dans le domaine de la législation et de la jurisprudence, mais aussi, du moins durant les premières années, dans le domaine de l'activité de surveillance des instances judiciaires supérieures. Depuis l'unification du droit de la procédure civile et pénale, puis de l'introduction du droit à un recours effectif en droit public, les questions de mise en œuvre de la CEDH qui se posent dans les cantons se concentrent désormais davantage sur ses droits matériels que sur ses droits procéduraux.

Dans son chapitre *Die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur EMRK für die Kantone*, Heinz AEMISEGGER présente l'argument suivant : pour autant que le droit suisse permette un règlement des différends conforme au droit international, les autorités d'application du droit devraient se fonder sur le droit suisse et en particulier se référer, comme base légale, aux droits fondamentaux de la Constitution fédérale et non pas aux droits de la CEDH. Les garanties de la Convention ont en effet été largement concrétisées en droit interne, et notamment dans la Constitution fédérale et les lois fédérales, mais aussi en droit cantonal. Pour le cas où cela n'a pas été fait, le législateur devrait combler ces « lacunes ». Il demeurera dans tous les

cas encore beaucoup de marge pour les autorités d'application du droit pour identifier des solutions praticables à des problèmes non-résolus par le législateur de manière casuistique. Selon l'auteur, les violations de la Convention qui ont lieu dans le cadre de procédures juridiques internes devraient être écartées dès que possible par les autorités suisses par égard pour le principe de subsidiarité. Cela permettrait, en effet, d'éviter les requêtes inutiles auprès de la CourEDH à Strasbourg. A cette fin, il conviendrait de mieux régler législativement le mécanisme de remise en conformité de droit interne. Les dispositions existantes (p.ex. art. 122 Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, Révision ; art. 416 ss Code de procédure pénale suisse, Frais de procédure, indemnités et réparation du tort moral) ne sont en effet pas suffisantes. L'adoption de telles règles aurait aussi pour effet d'assurer une mise en œuvre effective de la Convention dans les cantons.

La contribution de Daniel RIETIKER porte sur *Les cantons et le droit cantonal devant la CourEDH*. Il constate, tout d'abord, que les constats de violation de la CEDH par la Suisse se sont multipliés récemment. L'objectif de l'auteur est de tirer un bilan du comportement des cantons et du droit cantonal devant la Cour européenne des droits de l'homme depuis le 1^{er} novembre 1998 (date de l'entrée en fonction de la Cour permanente). L'approche adoptée par le chapitre ne suit pas l'ordre des différentes dispositions de la CEDH, mais consiste à décortiquer les affaires par rapport aux erreurs comparables, voire répétitives, commises par les autorités concernées. Il s'avère que les affaires peuvent être rangées en plusieurs catégories. Ainsi, la Cour a condamné la Suisse à plusieurs reprises en raison d'un défaut de base légale en droit cantonal. Dans d'autres affaires, l'origine de la violation de la CEDH réside dans un défaut d'organisation des services cantonaux. Parfois, les violations de la CEDH ont été causées par l'absence de motifs justifiant une ingérence dans les droits invoqués ou par une rigidité excessive dans l'application d'une règle ou présomption. Enfin, à titre d'exemple, sont également abordées les difficultés particulières auxquelles sont confrontés les juges cantonaux face à la situation d'enlèvement d'enfants. A la lumière des discussions récentes sur la subsidiarité de la Cour, la question – analogue ? – du rôle du Tribunal fédéral par rapport aux instances cantonales se pose presque automatiquement.

Dans son chapitre *Die Kantone und die Umsetzung der Urteile des EGMR: Die Sicht des Bundes*, Frank SCHÜRMANN présente une perspective fédérale sur la mise en œuvre des arrêts de la CourEDH dans les cantons. Il

commence par rappeler que la mise en œuvre des arrêts de la CourEDH par les cantons est un thème complexe, qui a été encore peu exploré. Sa contribution traite d'abord des bases légales de l'obligation des Etats parties à la Convention de mettre en œuvre les arrêts de la Cour. L'auteur traite ensuite de la manière dont les cantons ont mis en œuvre ces arrêts à ce jour, tant dans les cas où ces arrêts concernaient directement le droit ou les pratiques cantonales que dans les cas où certaines pratiques cantonales d'application du droit fédéral étaient en cause. La contribution conclut sur une note positive et s'appuie en cela sur les résolutions pertinentes du Comité des ministres du Conseil de l'Europe : tous les cas de surveillance de la mise en œuvre d'arrêts de la Cour par les cantons suisses se sont soldés par un rapport positif de conformité à ce jour.

Dans son chapitre *Les cantons et l'exécution des jugements de la CourEDH : le point de vue cantonal*, Frédéric SCHEIDEGGER constate que les arrêts de la CourEDH sont bien exécutés par les cantons, mais que cela ne dit rien des efforts de ceux-ci pour s'acquitter de leur obligation de réaliser les droits fondamentaux dans leur ordre juridique, de les respecter ou de contribuer à leur réalisation. Il plaide en faveur d'une meilleure reconnaissance des développements des cantons en la matière et d'un examen systématique de la réalisation des droits fondamentaux dans les politiques publiques. Deux arrêts de la CourEDH sont examinés et commentés du point de vue cantonal : *Association Rhino et autres c. Suisse* et *Khelili c. Suisse*. En lien avec ce dernier arrêt, l'auteur s'interroge sur la conformité de l'article 8a de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite à l'article 8 CEDH. La dernière partie de la contribution est consacrée à certains moyens cantonaux liés à l'exécution des arrêts de la CourEDH : la diffusion des rapports trimestriels de la Confédération et la législation. En conclusion, l'auteur estime que le fédéralisme est propre à favoriser les droits de l'homme. Il suggère d'inviter à l'avenir les cantons à présenter des observations écrites ou à participer aux audiences sur la base de l'art. 36 par. 2 CEDH.

Dans sa contribution *Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – Je t'aime, moi non plus*, Samantha BESSON se penche sur la relation entre droits de l'homme internationaux et européens et fédéralisme du point de vue non pas de la théorie du fédéralisme, mais de la théorie des droits de l'homme. Selon ce que l'on retient comme étant la justification et la fonction des droits de l'homme et leurs relations aux institutions politiques, mais aussi à l'égalité politique et donc à l'une ou l'autre conception de la démocratie, l'évaluation de la

relation qui existe entre ces droits et le fédéralisme pourra en effet varier grandement. Il est donc essentiel pour l'auteur d'aller au cœur de ce que sont la justification et la fonction des droits de l'homme pour ensuite pouvoir mieux les articuler avec la forme politique fédérale. Cette articulation passe en effet par celle des relations respectives du fédéralisme et des droits de l'homme, d'une part, avec la démocratie, d'autre part. L'argument de l'auteur se déploie en trois temps. Tout d'abord, elle examine la relation qui existe entre les droits de l'homme et l'entité politique débitrice. Elle passe ensuite à la relation des droits de l'homme à l'un des régimes politiques de cette entité politique débitrice : la démocratie, au travers de leurs relations à l'égalité politique. Finalement, dans une troisième partie, l'auteur lie les droits de l'homme à une forme politique de l'entité politique débitrice en particulier : le fédéralisme, au travers de leurs relations respectives à la valeur pivot de l'égalité politique et donc de la démocratie. A chaque étape de son raisonnement, l'auteur se réfère à la jurisprudence de la CourEDH, jurisprudence qu'elle contribue par-là à justifier mais aussi à critiquer.

Dans sa contribution sur *La CEDH et la protection des minorités fédérales*, Giorgio MALINVERNI commence par constater que seuls 6 des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe sont des Etats fédéraux. Pour la majorité des Etats européens, le fédéralisme n'est donc pas un moyen de protéger les minorités. A cela s'ajoute bien entendu que la CEDH n'a pas été conçue comme un instrument de protection des minorités. L'opinion majoritaire durant l'après-guerre était en effet que la garantie des droits fondamentaux des individus et l'interdiction de la discrimination suffisait à la protection des droits des minorités. Ce n'est que durant les années 1990 que la nécessité d'une protection spéciale des minorités en tant que telles est devenue claire. C'est aussi à cette époque-là que la CourEDH a commencé à rendre ses premières décisions dans le domaine. Le fédéralisme est une forme d'organisation de l'Etat qui permet d'assurer aux minorités une certaine autonomie. L'exemple en Suisse est bien sûr la création du canton du Jura. La CEDH ne contient aucune référence claire aux minorités fédérales. La jurisprudence de la CourEDH non plus, ou seulement indirectement. Ainsi, la Cour a exigé la représentation des minorités dans les organes de l'Etat, principalement sur la base de l'art. 3 du Protocole no 1 et de l'art. 14 CEDH. La jurisprudence la plus célèbre à cet égard est l'arrêt *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*. La plupart du temps, cependant, la CourEDH protège les minorités sur la base des droits individuels et de l'interdiction de la discrimination. Il y a aujourd'hui un corpus de décisions important et détaillé sur la protection des droits des personnes appartenant à des minorités

religieuses, linguistiques et ethniques, comme notamment ceux des Roms. Cette contribution présente cette jurisprudence de manière complète et critique.

Dans leur chapitre sur *Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme ? L'exemple de la Belgique*, Françoise TULKENS et Sébastien VAN DROOGHENBROECK rappellent que le droit international et européen des droits de l'homme est censé être « neutre » vis-à-vis de l'organisation fédérale dont certains États décident de se doter. Il exerce cependant de manière indirecte, sur cette forme fédérale, des « pressions » qui peuvent tout aussi bien être « centripètes » que « centrifuges ». Les auteurs illustrent ces phénomènes au départ, essentiellement, de l'expérience fédérale belge.

Enfin, dans sa contribution *Die EMRK und der Föderalismus in Deutschland*, Stefan OETER souligne que la CEDH se révèle être d'une importance considérable dans l'exercice du pouvoir des *Länder* et qu'elle leur impose des obligations juridiques étendues. Cependant, cet aspect n'est pratiquement pas abordé dans le débat qui porte sur les obligations des autorités allemandes en vertu de la CEDH et de la mise en œuvre de celle-ci dans l'ordre juridique allemand. Dans cette perspective, l'auteur estime que l'on peut parler d'un fédéralisme « aveugle » concernant la théorie des droits de l'homme. Selon lui, les dispositions constitutionnelles allemandes qui régissent la relation entre le droit international et le droit national assurent – du moins *de jure* – que les obligations des *Länder* vis-à-vis de la CEDH n'accusent pratiquement aucune lacune. La CEDH jouit d'une priorité sur toutes les autres normes nationales dans la hiérarchie des normes fédérales, y compris sur les constitutions des *Länder*. Cette priorité peut également être assurée en pratique par le biais de la protection judiciaire. *De facto*, lors de son activité de réglementation, le législateur au niveau du *Land* est contraint de respecter les lignes directrices de la CEDH (concrétisées par la jurisprudence de la CourEDH) dans quelques domaines problématiques seulement. Dans tous les cas, la CEDH fait partie du droit fédéral que devra respecter l'administration des *Länder* dans l'exécution du droit fédéral. Les zones à problèmes concernent cependant certains domaines tels que l'exécution des peines et le droit des étrangers. Quant aux juridictions des *Länder*, la CEDH fait également partie intégrante du droit applicable par celles-ci. Des difficultés se posent régulièrement en ce qui concerne le respect des garanties procédurales judiciaires et dans le cadre de l'organisation des tribunaux.