

**Université de Berne**

# Les initiatives populaires contraires au droit international

Travail de mémoire rédigé en vue de l'obtention du Master en droit suisse,  
mention droit international et européen

**Guillaume Lammers**  
Sulgenbachstrasse 12  
3007 Bern

[guillaume.lammers@students.unibe.ch](mailto:guillaume.lammers@students.unibe.ch)  
Tél. : 079 744 35 14

No. de matricule : 04-417-200

sous la direction du Prof. **Walter Kälin**

## **Table des matières**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Bibliographie.....</b>  | <b>3</b>  |
| Livres.....  | 3         |
| Articles.....  | 5         |
| <b>Table des abréviations.....</b>   | <b>6</b>  |
| <b>1. Introduction : le droit international et la démocratie directe.....</b>                                    | <b>8</b>  |
| <b>2. Les notions théoriques.....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>2.1. L'initiative populaire en tant qu'instrument de la démocratie directe.....</b>                           | <b>9</b>  |
| 2.1.1. La notion.....  | 9         |
| 2.1.2. Les différentes sortes d'initiative populaire en Suisse.....  | 10        |
| 2.1.3. La procédure.....   | 11        |
| 2.1.3. Les initiatives populaires dans les cantons.....  | 12        |
| 2.1.3.1 <i>Le droit international liant la Confédération.....</i>  | <i>12</i> |
| 2.1.3.2 <i>Le droit international liant les cantons.....</i>   | <i>13</i> |
| <b>2.2. Les relations entre le droit international et le droit interne.....</b>                                  | <b>13</b> |
| 2.2.1. La primauté du droit international sur le droit interne.....  | 13        |
| 2.2.1.1. <i>Les fondements internationaux.....</i>   | <i>13</i> |
| 2.2.1.2. <i>Les fondements internes.....</i>   | <i>15</i> |
| 2.2.1.3. <i>Le principe de l'interprétation conforme au droit international.....</i>                             | <i>15</i> |
| 2.2.2. Le monisme et le dualisme.....  | 16        |
| <b>3. Récapitulation historique.....</b>   | <b>17</b> |
| <b>3.1. Le premier cas : l'initiative populaire Rheinau.....</b>   | <b>17</b> |
| 3.1.1. L'initiative en elle-même.....  | 17        |
| 3.1.2. Le traitement de l'initiative par le CF.....  | 17        |
| <b>3.2. Les initiatives des années 1960-1990.....</b>  | <b>19</b> |
| 3.2.1. L'initiative sur de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités<br>internationaux..... | 19        |
| 3.2.2. Les initiatives « contre l'emprise étrangère ».....   | 20        |
| 3.2.3. Les initiatives des années 1980 et début 1990.....  | 21        |
| <b>3.3. L'initiative « pour une politique d'asile raisonnable » de 1994.....</b>                                 | <b>22</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| 3.3.1. L'évolution de la doctrine.....  | 22        |
| 3.3.2. La définition du jus cogens.....   | 24        |
| 3.3.3. Le traitement de l'initiative.....   | 25        |
| <b>3.4. L'instauration du jus cogens comme limite matérielle au droit d'initiative dans le cadre de l'introduction de la Constitution fédérale de 1999.....</b> | <b>27</b> |
| <b>4. Le problème des initiatives populaires contraires au droit international dispositif.....</b>  | <b>28</b> |
| <b>4.1. Exposé du problème.....</b>   | <b>28</b> |
| <b>4.2. Initiatives en conflit avec le droit international après l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable ».....</b>                               | <b>30</b> |
| 4.2.1. L'initiative « pour la réduction du trafic ».....  | 30        |
| 4.2.2. L'initiative « des dimanches ».....  | 31        |
| 4.2.3. L'initiative « pour l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables ».....                                | 31        |
| 4.2.4. L'initiative « Oui à la protection des animaux! ».....   | 32        |
| 4.2.5. L'initiative « pour des aliments produits sans manipulation génétique ».....   | 33        |
| 4.2.6. L'initiative « pour des naturalisations démocratiques ».....   | 34        |
| 4.2.7. L'initiative « contre la construction de minarets » .....  | 35        |
| 4.2.8. Conclusion intermédiaire .....   | 36        |
| <b>4.3. Les différents moyens de résoudre le conflit.....</b>   | <b>36</b> |
| 4.3.1. Les mesures « préventives ».....   | 37        |
| 4.3.1.1. <i>Le Message</i> .....  | 37        |
| 4.3.1.2. <i>Le contre-projet</i> .....  | 37        |
| 4.3.2. L'interprétation conforme au droit international.....  | 38        |
| 4.3.2.1. <i>L'initiative « pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit »</i> ...39   |           |
| 4.3.2.2. <i>L'initiative « pour l'internement à vie des délinquants sexuels »</i> .....   | 39        |
| 4.3.2.3. <i>Conclusion</i> .....  | 40        |
| 4.3.3. La négociation d'une adaptation du traité.....   | 41        |
| 4.3.4. La dénonciation du traité.....   | 42        |
| 4.3.5. L'engagement de la responsabilité internationale.....  | 43        |
| <b>4.4. Conclusion intermédiaire.....</b>   | <b>44</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>5. Perspectives d'avenir.....</b>  | <b>45</b> |
| <b>5.1. L'élargissement du critère non-écrit de l'exécutabilité .....</b>               | <b>45</b> |
| <b>5.2. La non-application des normes litigieuses.....</b>                              | <b>46</b> |
| <b>5.3. L'organe de contrôle.....</b>   | <b>48</b> |
| <b>5.4. L'élargissement de la notion de jus cogens.....</b>                             | <b>48</b> |
| 5.4.1. Le jus cogens en tant que notion de droit international ou de droit suisse?..... | 48        |
| 5.4.2. Quel contenu à la notion de jus cogens ?.....                                    | 49        |
| 5.4.3. Une solution raisonnable.....  | 50        |
| <b>6. Conclusion.....</b>   | <b>51</b> |
| <b>Selbständigkeitserklärung.....</b>   | <b>54</b> |

## **Bibliographie**

### Livres

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse, vol. 1*, Neuchâtel : Ides et Calendes, 1967

Cité : AUBERT, *Traité*

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Commentaire de l'art. 139 Cst*, in Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève : Schulthess, 2003, p. 1088-1101

Cité : AUBERT, *Commentaire*

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, vol. 1*, 2<sup>e</sup> édition, Berne : Stämpfli, 2006

Cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER

HANGARTNER YVO, *Kommentar zu Art. 139 (neu)*, in Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St-Galler Kommentar*, Zurich/St-Gall/Bâle/Genève : Dike/Schulthess, 2008

Cité : HANGARTNER

GRISEL ETIENNE, *Initiative et référendum populaires*, Stämpfli, Berne 2004, 3<sup>e</sup> édition

Cité : GRISEL

HANGARTNER YVO/ KLEY ANDREAS, *Die demokratische Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich : Schulthess, 2000, p. 331-374 et p. 793-864

Cité : HANGARTNER/KLEY

KÄLIN WALTER, *Der Geltungsgrund des Grundsatzes « Völkerrecht bricht Landesrecht »*, in Jenny Guido/ Kälin Walter (édit.), *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Juristentag 1988*, RSJB 1988, vol. 124<sup>bis</sup>, p.45-65

Cité : KÄLIN, *Völkerrecht bricht Landesrecht*

KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID/CARONI MARTINA/KÜNZLI JÖRG, *Völkerrecht - Eine Einführung*, 2<sup>e</sup> édition, Berne : Stämpfli, 2006

Cité : KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI

MARTENET VINCENT, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, thèse Genève, Genève : faculté de droit de Genève, Bâle/Genève/Munich : Helbing et Lichtenhahn, 1999

Cité : MARTENET

NOBS ROGER, *Volksinitiative und Völkerrecht : eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht*, Thèse St-Gall, Zurich : Dike, 2006

Cité : NOBS

THÜRER DANIEL, *Verfassungsrecht und Völkerrecht*, in Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, §11 p. 179-206, Zurich : Schulthess, 2001

Cité : THÜRER

WILDHABER LUZIUS, *Neues zur Gültigkeit von Initiativen*, in Zen-Ruffinen Piermarco/Auer Andreas (édit.), *De la constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main : Helbing & Lichtenhahn, 1996

Cité : WILDHABER

ZIEGLER, ANDREAS R., *Introduction au droit international public*, Berne : Stämpfli, 2006

Cité : ZIEGLER

## Articles

AUER ANDREAS/TORNAY BÉNÉDICTE, *Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative « Pour des naturalisations démocratiques »*, PJA 2007 p. 740ss

Cité : AUER/TORNAY

JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, RDS 1985, 1<sup>er</sup> vol., p. 416ss

Cité : JACOT-GUILLARMOD, *La primauté*

JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, *Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse*, RSJB 120 (1984), p. 227-244

Cité : JACOT-GUILLARMOD, *Fondements juridiques internationaux*

KÄLIN WALTER, *Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht*, PJA 1993, p. 243ss

Cité : KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*

ZIMMERMAN TRISTAN, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?*, PJA 2007 p. 748ss

Cité : ZIMMERMAN

## **Table des abréviations**

|              |   |
|--------------|---|
| aCst         | Ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse de 1874   |
| AF           | Assemblée fédérale  |
| al.          | alinéa  |
| ALE          | Accord de libre échange du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne, <b>RS 0.632.401</b> |
| art.         | article   |
| ATF          | Arrêts du Tribunal fédéral  |
| c.           | considérant   |
| CE           | Communauté européenne   |
| CDI          | Commission du droit international   |
| CEDH         | Convention européenne des droits de l'Homme, <b>RS 0.101</b>  |
| CF           | Conseil fédéral   |
| cf.          | <i>confere</i> = voir   |
| Cst          | Constitution fédérale de la Confédération suisse, <b>RS 101</b>   |
| CVT          | Convention de Vienne sur le droit des traités, <b>RS 0.111</b>  |
| EEE          | Espace économique européen  |
| fasc.        | Fascicule   |
| FF           | Feuille fédérale  |
| GATT         | Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, <b>RS 0.632.21</b>  |
| JAAC         | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération   |
| LDP          | Loi fédérale sur les droits politiques, <b>RS 161.1</b>   |
| LParl        | Loi fédérale sur le Parlement, <b>RS 171.10</b>   |
| n°           | numéro  |
| NZZ          | Neue Zürcher Zeitung  |
| OGM          | Organismes génétiquement modifiés   |
| OMC          | Organisation mondiale du commerce   |
| ONU          | Organisation des nations unies  |
| p.           | page  |
| p. ex.       | par exemple   |
| Pacte ONU I  | Pacte de l'ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, <b>RS 103.1</b>                                      |
| Pacte ONU II | Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques, <b>RS 103.2</b>   |



|      |   |
|------|---|
| PJA  | Pratique juridique actuelle                                   |
| RDS  | Revue de droit suisse   |
| RO   | Recueil officiel  |
| RS   | Recueil systématique  |
| RSJB | Revue de la Société des juristes bernois                      |
| s    | et suivant  |
| ss   | et suivants   |
| TF   | Tribunal fédéral  |
| UDC  | Union démocratique du centre                                  |
| UE   | Union européenne  |
| ZBI  | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |

## **1. Introduction : le droit international et la démocratie directe**

La Suisse représente un pays bien particulier pour de nombreuses raisons. L'une d'elles est la place que tiennent les droits populaires dans les institutions politiques. Le peuple joue en effet un rôle prépondérant dans la conduite du pays et en est même, de par la Constitution, l'organe souverain et suprême. Il jouit d'un pouvoir de décision inégalé dans le monde, et c'est pour cette raison qu'il est appelé à l'urne beaucoup plus souvent que partout ailleurs. L'initiative populaire, qui permet au peuple de modifier la Constitution, est l'un de ces droits populaires. Elle est régulièrement utilisée.

Cet état de fait est accompagné d'un autre phénomène. Aujourd'hui, des domaines de plus en plus variés se règlent au niveau international. Le droit international public, qui régit les relations interétatiques, prend une place grandissante de par son nombre croissant de règles conventionnelles et coutumières. Depuis plusieurs dizaines d'années en effet, de multiples conférences ont lieu pour élaborer des conventions visant à établir des standards dans de nombreux domaines du droit. En d'autres termes, le droit « s'internationalise ». Les législations nationales sont de plus en plus influencées et régies par ce droit supérieur, en application du principe aujourd'hui reconnu que le droit international prime le droit national.

Cette « internationalisation » va à l'encontre de la tradition helvétique de la démocratie directe. En effet, les normes de droit international s'appliquant à la Suisse sont élaborées par des instances supérieures et dans le cadre d'institutions auxquelles le peuple suisse en tant que tel ne peut pas participer. Ce dernier dispose bien du référendum en matière de traités internationaux, qui lui permet de se prononcer sur certaines catégories spécifiques de traités internationaux (art. 141 al. 1 lettre d Cst). Cependant, cela n'empêche pas qu'une influence plus forte du droit international a comme corollaire une diminution de la souveraineté populaire.

La problématique des initiatives populaires contraires au droit international amène à se poser la question de la relation entre la démocratie directe et le droit international public. On a longtemps considéré l'organe souverain comme étant sans limite et pouvant donc insérer dans la Constitution, par le biais de l'initiative, toutes les normes, de quelque nature que ce soit. Cette conception fut relativisée une première fois par l'introduction du droit international impératif comme limite matérielle à la révision constitutionnelle. Une telle limite est-elle suffisante aujourd'hui ? Si tel n'est pas le cas, à quel point faudrait-il l'étendre ?

Un examen de l'approche utilisée dans les cas où on est confronté à un conflit entre une révision de la Constitution et le droit international et de ses éventuels inconvénients nous permettra d'analyser quelle est aujourd'hui la place du droit d'initiative dans l'ordre juridique. Dans un cadre plus général, cela nous permettra également de mettre en évidence le rôle de plus en plus important que joue le droit international et l'influence qu'il a sur le droit national, à plus forte raison sur une démocratie directe. Le problème des initiatives contraires au droit international n'est en effet qu'une illustration des « rapports de force » entre ces deux ordres juridiques.

Pour traiter de ce sujet, nous allons d'abord expliquer quelques aspects théoriques relatifs aux initiatives populaires. Nous effectuerons ensuite une récapitulation historique jusqu'à l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable », qui a façonné la situation juridique actuelle. Par la suite, nous examinerons les initiatives populaires contraires au droit international déposées depuis lors afin d'analyser la situation actuelle et ses éventuels problèmes. En dernier lieu, nous énoncerons quelques pistes concernant les perspectives d'avenir du droit d'initiative populaire en Suisse que nous pourrions entrevoir.

## **2. Les notions théoriques**

### **2.1. L'initiative populaire en tant qu'instrument de la démocratie directe**

#### 2.1.1. La notion

Pour bien cerner la notion d'initiative populaire et ses implications, il faut d'abord définir le système politique dont elle est l'un des instruments : la démocratie *directe*. Tirant son origine dans les assemblées de citoyens de l'Athènes antique, ce système prévoit que le peuple (ou plus précisément le collège électoral<sup>1</sup>) ne se contente pas de participer à l'organisation politique de l'Etat en élisant ses représentants qui sont, eux, chargés de prendre les décisions en son nom (comme dans le cas d'une démocratie *représentative*). Bien plus, par le biais de ses *droits politiques*, le peuple peut prendre directement des décisions qui devront être respectées par les autorités. En participant ainsi à l'organisation politique, il devient un véritable organe étatique.

L'initiative populaire constitue un de ces droits politiques accordés aux citoyens en Suisse<sup>2</sup>. Prise

---

1 Cf. art. 136 Cst

2 L'initiative populaire et le référendum sont considérés comme les deux caractéristiques de la démocratie directe en Suisse. Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER n° 605 p. 204, GRISEL p. 5ss

dans un sens large, la notion d'initiative populaire permet à un certain nombre de citoyens de proposer à l'Etat d'*adopter*, de *réviser* ou d'*abroger* un acte étatique<sup>3</sup>. Le droit d'initiative a été inscrit dans la Constitution fédérale en 1848 lors de la création de l'Etat fédéral, existant déjà auparavant dans plusieurs cantons. Ce droit était alors très limité. Premièrement, les citoyens ne pouvaient que demander une révision *totale* de la Constitution (plus précisément, on ne faisait pas de distinction entre la révision totale et partielle, mais la procédure s'avérait trop lourde pour une révision ponctuelle). De plus, le peuple ne se prononçait que sur le *principe* d'une révision, et non sur le texte en lui-même. Il a fallu attendre 1891 pour que soit introduite l'initiative tendant à la révision *partielle* de la Constitution, après de nombreuses années de négociation au sein des autorités fédérales, non sans susciter querelles et inquiétudes<sup>4</sup>.

### 2.1.2. Les différentes sortes d'initiative populaire en Suisse

Etant un Etat fédéral, la Suisse connaît plusieurs droits d'initiatives populaires, suivant que l'on se place au niveau fédéral ou cantonal (voire même communal). Au niveau de la Confédération, la seule forme d'initiative populaire est l'*initiative constitutionnelle* (art. 138ss Cst). Elle permet une révision totale (art. 138 Cst) ou partielle (art. 139 Cst<sup>5</sup>) de la Constitution fédérale. Cette seconde variante peut être proposée soit sous la forme d'un projet rédigé soit d'une demande en termes généraux. Une forme supplémentaire d'initiative, l'*initiative populaire générale*, aurait dû voir le jour suite à son acceptation par le peuple le 9 février 2003. Elle aurait étendu le droit d'initiative populaire au niveau législatif. Prenant la forme d'une « proposition conçue en termes généraux »<sup>6</sup>, l'initiative aurait été concrétisée, en cas d'acceptation populaire, par l'Assemblée fédérale, qui aurait eu le choix entre le niveau constitutionnel et le niveau législatif. Les autorités fédérales ont cependant renoncé à concrétiser le projet en 2008, par crainte d'une trop grande difficulté d'application et d'un manque de transparence<sup>7</sup>.

Le problème des initiatives populaires contraires au droit international ne concerne que les initiatives tendant à la révision partielle de la Constitution. Une demande de révision totale ne peut en effet pas être contraire au droit international étant donné qu'il ne s'agit que d'une demande

---

3 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n°597 p.202, NOBS, p.18

4 « (...) On se demande où ira le navire quand, au lieu d'un pilote exercé, cent mains novices et plus ou moins fiévreuses prétendront le diriger ». DROZ NUMA, *Etudes et portraits politiques*, Genève : C. Eggiman, /Paris : F. Alcan., 1895, p. 453

5 « Art. 139 Cst » désigne dans ce travail l'art. 139 Cst [nouveau]

6 Art. 139a Cst, disponible au RO 2003 1949

7 FF 2008 2561

générale devant être par la suite concrétisée par le Parlement, alors qu'une initiative tendant à la révision partielle peut être présentée sous la forme d'un projet rédigé de toute pièce. Le terme d'initiative populaire ne désigne donc dans le cadre de ce travail que l'initiative tendant à la révision partielle de la Constitution.

### 2.1.3. La procédure

Il ne s'agit pas ici d'entrer dans les détails de la procédure qui régleme les différentes étapes de vie d'une initiative populaire mais d'en tirer les grandes lignes afin de mieux comprendre la répartition des rôles entre les autorités fédérales. En effet, ces dernières interviennent à différents stades du traitement de l'initiative et peuvent, chacune, avoir une influence par rapport à un éventuel conflit avec le droit international.

La première étape de l'élaboration d'une initiative populaire est la récolte par le comité d'initiative des cent mille signatures nécessaires (art. 138-139 Cst). Celle-ci devra se faire sur des listes préalablement contrôlées par la Chancellerie fédérale (art. 68-69 LDP), et dans un délai de 18 mois après la publication du texte de l'initiative dans la Feuille fédérale (FF) (art. 138-139 Cst; art. 71 LDP). Avant de parvenir aux autorités fédérales, toutes les signatures auront dû être attestées par une autorité cantonale (art. 62 LDP). La Chancellerie fédérale devra alors déterminer si l'initiative populaire a abouti par une décision éditée dans la FF (art. 72 LDP).

Si une initiative populaire a abouti, il revient alors à l'Assemblée fédérale (AF) de décider si celle-ci est valide et si elle est souhaitable, sur la base d'un rapport du Conseil fédéral (CF) rendu sous la forme d'un Message. On connaît actuellement quatre critères de validité, dont trois sont énoncés à l'art. 139 al. 2 Cst. Une initiative doit premièrement respecter l'*unité de forme*, c'est-à-dire qu'elle doit être conçue soit en termes généraux, soit sous la forme d'un projet rédigé. Un mélange des deux formes mènerait à son invalidation. Deuxièmement, l'initiative doit respecter l'*unité de matière* et ne doit donc couvrir qu'un seul sujet. Il doit exister un « rapport intrinsèque » entre les différentes parties de l'initiative (art. 75 al. 2 LDP). Le troisième critère de l'art. 139 al. 2 Cst est le *respect des normes impératives du droit international*. Ce critère est évidemment central dans le cadre de cette étude et nous y reviendrons en détail par la suite. Il existe finalement un critère non écrit de validité qui stipule qu'une initiative doit être réalisable matériellement pour être soumise au vote (critère de l'*exécutabilité*)<sup>8</sup>. Si tous ces critères sont remplis, l'AF doit dans un deuxième temps se prononcer

---

8 FF 1997 I 453

sur l'opportunité de l'initiative. Elle examine alors tous ses aspects, sa mise en œuvre, ses effets et ses conséquences, que ce soit sur le plan national ou international ; elle décide ainsi d'en recommander l'acceptation ou le rejet. Elle peut également lui joindre un contre-projet. Le CF devra pour finir soumettre l'initiative au vote du peuple et des cantons.

### 2.1.3. Les initiatives populaires dans les cantons

Selon l'art. 51 al. 1 Cst, les cantons doivent obligatoirement introduire le droit d'initiative tendant à la révision de la Constitution. Ils ont de plus tous instauré une initiative. Dans plus de la moitié d'entre eux existe aussi la faculté pour les citoyens d'émettre une initiative populaire de rang infra-législatif<sup>9</sup>.

#### 2.1.3.1 Le droit international liant la Confédération

Les initiatives populaires cantonales, qu'elles soient constitutionnelles, législatives ou infra-législatives, sont soumises à plusieurs conditions de validité, dont celle de la conformité au droit supérieur<sup>10</sup>. Cette dernière notion englobe en premier lieu les *concordats intercantonaux*<sup>11</sup>, mais surtout le *droit fédéral*, conformément au principe de la primauté de ce dernier sur les droits cantonaux<sup>12</sup>, et le *droit international public*, conformément à l'art. 5 al. 4 Cst<sup>13</sup>. Dans le même ordre d'idée, les initiatives législatives doivent aussi respecter la constitution cantonale et les initiatives infra-législatives les lois cantonales<sup>14</sup>. Le droit international en général (c'est-à-dire les traités conclus par la Confédération, mais également la coutume internationale et les principes généraux de droit international) représente ainsi une limite matérielle à toute forme d'initiative populaire, ce qui n'est pas le cas en droit fédéral. Etant donné la tradition monistique de la Suisse<sup>15</sup>, il n'a pas besoin d'être transformé en droit national pour sortir ses effets. Il est considéré comme étant du droit fédéral<sup>16</sup>. L'autorité compétente pour statuer sur la validité d'une initiative est le parlement cantonal<sup>17</sup>. Si une initiative populaire de quelque rang que ce soit viole une disposition de droit international, il devra l'annuler entièrement ou partiellement. Avant d'arriver à une telle extrémité,

---

9 Cf. GRISEL, p.200ss

10 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER n° 822ss p. 276ss ; HANGARTNER/KLEY n° 2011 p. 801 ; ATF 124 I 118 ; ATF 125 I 227 ; ATF 129 I 232

11 Cf 2.1.3.2

12 Art. 49 Cst

13 Cf. MARTENET p. 215

14 Cf. HANGARTNER/KLEY n° 2118 p. 838

15 Cf. *infra* 2.3.2

16 Cf. HANGARTNER/KLEY n° 2119 p. 838-839

17 Cf. GRISEL n° 673 p. 261

il faudra vérifier si une interprétation conforme au droit supérieur est possible, ce qui est la plupart du temps le cas<sup>18</sup>.

### 2.1.3.2 Le droit international liant les cantons

Même si la Confédération est la première compétente pour conclure des traités de droit international<sup>19</sup>, les cantons peuvent également le faire dans les domaines relevant de leurs compétences et dans les limites de l'art. 56 Cst<sup>20</sup>. De tels traités représentent également un motif d'invalidation si une initiative populaire leur est contraire, conformément au principe de la primauté du droit international<sup>21</sup>. Une telle situation reste cependant théorique étant donné le peu de cas d'espèce<sup>22</sup>.

Le droit intercantonal, qui consiste en des concordats conclus entre les cantons, représente une limite matérielle en tout cas pour les initiatives législatives et infralégislatives<sup>23</sup>. Concernant les initiatives constitutionnelles, le TF a émis un doute sur la primauté du concordat<sup>24</sup>. Une jurisprudence plus récente semble cependant également inclure les traités intercantonaux comme limite à une initiative de rang constitutionnel<sup>25</sup>.

## 2.2. Les relations entre le droit international et le droit interne

### 2.2.1. La primauté du droit international sur le droit interne

Il est aujourd'hui largement reconnu dans le monde que le droit international public prime les droits nationaux et s'applique en priorité sur ces derniers. Cependant, ce principe n'a pas toujours été admis.

#### 2.2.1.1. Les fondements internationaux

Les fondements internationaux de la primauté du droit international sur le droit interne se retrouvent

---

18 ATF 125 I 227 c. 4a) ; cf. MARTENET p. 215

19 Art. 54 Cst

20 Cf. MARTENET p. 277s

21 Cf. MARTENET p. 87-89 : l'auteur est d'avis qu'une initiative constitutionnelle contraire à un traité conclu par un canton représente un mandat implicite de dénoncer le traité en question, si tant est qu'il est dénonçable ; HANGARTNER/KLEY n° 2011 p. 801 ; n° 2119 p. 839

22 Cf. MARTENET p. 89

23 Cf. HANGARTNER/KLEY n° 2118 p. 838 ;

24 ATF 100 Ia 418 c. 4 ; HANGARTNER/KLEY n° 2011 p. 801

25 ATF 125 I 227 c. 4 a) : « De manière générale, une initiative populaire cantonale ne doit rien contenir qui viole le droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international ».

avant tout dans trois règles coutumières internationales, codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVT)<sup>26</sup> : la règle *pacta sunt servanda*, l'obligation d'exécuter les traités de bonne foi et l'interdiction d'invoquer le droit interne pour justifier l'inexécution d'un traité.

Tout d'abord, l'art. 26 CVT est une codification du principe *pacta sunt servanda*. Il stipule que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Les traités conclus entre deux ou plusieurs Etats ont ainsi une force obligatoire pour eux (*pacta sunt servanda*) et ces derniers devront prendre toutes les mesures nécessaires pour en assurer la bonne exécution (exécution de bonne foi). Le non-respect de cette règle, c'est-à-dire la violation par un Etat de ses engagements contractuels, engage la responsabilité internationale de celui-ci. Il découle de cette règle l'obligation pour l'Etat d'« assurer à la règle internationale son efficacité pleine et entière »<sup>27</sup>. Ainsi, pour respecter cet engagement, le droit international nouvellement ratifié devra l'emporter sur le droit interne éventuellement contraire.

De plus, l'art. 27 CVT prévoit qu'« une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité (...) ». Cette règle a son importance notamment lors de l'élaboration d'un traité, en ce sens que celui-ci est conclu même si l'organe étatique n'était pas, selon son droit interne, habilité à le faire<sup>28</sup>. En cas de conflit entre une norme de droit international et une norme de droit interne, l'Etat est en effet obligé de respecter ses engagements internationaux, au mépris de son droit national, ce qui démontre une fois de plus la supériorité du droit international. Le TF a d'ailleurs tiré de cette règle le principe selon lequel le droit national doit être interprété de façon conforme au droit international<sup>29</sup>.

Plusieurs auteurs vont encore plus loin que ces trois règles en invoquant d'autres fondements pour justifier la primauté du droit international<sup>30</sup>. Certains déclarent notamment que le principe de la primauté repose dans la nature même du droit international. Il doit passer devant les intérêts propres à chacun car il est le droit d'une communauté entière<sup>31</sup>. Aujourd'hui encore, il est difficile de sanctionner les violations du droit international ; la reconnaissance universelle de sa primauté lui assure incontestablement une efficacité accrue et un plus grand respect de la part des Etats .

---

26 JAAC 53 (1989) fasc. IV n°54, p.442 ; cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER I n°1294 p.457

27 Cf. JACOT-GUILLARMOD, *Fondements juridiques internationaux*, p. 236

28 Cf. KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI p. 24 s

29 ATF 125 II 417 c. 4c

30 Cf. à ce sujet JACOT-GUILLARMOD, *Fondements juridiques internationaux*, p.227ss ; cf. aussi KÄLIN, *Völkerrecht bricht Landesrecht*, p.47 avec autres renvois

31 Cf. PESCATORE : « C'est en vertu de sa nature propre que le [droit international] affirme sa supériorité. C'est parce qu'il est le droit du tout et que l'ensemble ne peut exister qu'à la condition que les parties intégrantes subordonnent leurs intérêts à ceux de l'ensemble. » Cité in JACOT-GUILLARMOD, *Fondements juridiques internationaux* p. 234-235



### 2.2.1.2. Les fondements internes

La primauté du droit international sur le droit interne est depuis longtemps reconnue par les autorités suisses. Elle est notamment inscrite dans la Constitution de 1999, à l'art. 5 al. 4. Avant cela, elle a existé en tant que principe non écrit, aucune mention n'étant faite à son sujet dans la Constitution de 1874. De plus, en cas de conflit entre ces deux types de normes, l'art. 190 Cst oblige les autorités à appliquer en priorité le droit international.

Le TF a reconnu le principe dès ses premières décisions<sup>32</sup>, et n'a pas cessé de le confirmer jusqu'à ce jour. Partant des fondements internationaux décrits plus haut et de la nature même du droit des gens, il a, la plupart du temps, donné la priorité à la règle internationale. Il s'est cependant écarté de sa ligne de conduite à quelques reprises : lors de l'arrêt *Lepeschkin*<sup>33</sup>, confirmé plus tard par l'arrêt *Steenworden*<sup>34</sup>, le TF a placé le traité international en question au même rang qu'une loi interne. Partant de cette constatation, il s'est référé à un autre principe du droit suisse selon lequel une loi postérieure à une convention pouvait lui être contraire, en vertu la maxime *lex posterior derogat priori*. Le TF a consacré en quelque sorte une conception dualiste de l'effet des traités en Suisse, alors que cette dernière est depuis toujours moniste<sup>35</sup>. Par la suite, le juge a nuancé son approche et est revenu au principe de la primauté du droit international. Cependant, dans un célèbre arrêt *Schubert*<sup>36</sup>, il a ajouté une exception à ce principe dans les cas où le législateur avait *volontairement* édicté une loi contraire à un accord international. Bien qu'il n'ait dès lors jamais formellement renversé sa jurisprudence, le TF se montre cependant depuis quelques années systématiquement favorable à la primauté du droit international, notamment dans l'application de l'art. 190 Cst.

### 2.2.1.3. Le principe de l'interprétation conforme au droit international

En cas de conflit ouvert entre une norme de droit international et une norme de droit interne, la première a la priorité sur la deuxième conformément à l'art. 190 Cst. Dans ce cas, l'ultime solution consiste à laisser la norme de droit interne inappliquée. Pour éviter d'en arriver là, la jurisprudence utilise notamment le principe de l'interprétation conforme au droit international<sup>37</sup>. Ce dernier suggère que lorsqu'il existe plusieurs formes d'interprétation possibles pour une règle de droit

---

32 Pour des références aux ATF, cf JAAC 53 (1989) fasc. IV n°54 p.448

33 ATF 49 I 196

34 ATF 59 II 331, 337 : « Au point de vue interne, en effet, les conventions internationales n'ont pas d'autre valeur qu'une loi quelconque régulièrement votée et promulguée. »,

35 Cf. KÄLIN, *Völkerrecht bricht Landesrecht* p.59

36 ATF 99 Ib 39

37 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER n°1302 p.461

interne, le juge devra interpréter la norme interne de façon à ce qu'elle n'entre pas en conflit avec la norme supérieure et, bien plus, qu'elle s'accorde le plus possible avec elle<sup>38</sup>. Ce principe s'impose dès qu'il existe un doute sur un possible conflit entre une norme internationale et une norme interne. Dans le cadre de notre problématique, il joue un rôle relativement important en ce sens qu'il permet d'harmoniser le texte de l'initiative qui contredit une norme internationale sans pour autant dénoncer celle-ci.

### 2.2.2. Le monisme et le dualisme

Même si le droit international a le pas sur les droits nationaux, les Etats ont le libre choix en ce qui concerne la manière d'intégrer les conventions et autres règles supérieures dans l'ordre juridique interne, tant qu'ils le font en respectant l'obligation d'appliquer les traités de bonne foi (art. 26 CVT). Il existe deux conceptions différentes pour régler les rapports entre le droit international et le droit interne. Selon le *monisme*, le droit international fait partie intégrante du droit national et il n'existe donc qu'un seul ordre juridique<sup>39</sup>. Cette conception est celle de la Suisse. Les normes internationales n'auront ainsi pas besoin d'être « traduites » en des normes de droit interne. Elles pourront être directement invoquées par des individus, à condition encore que ces normes soient *self-executing*, c'est à dire qu'elles soient suffisamment précises pour être justiciables, qu'elles contiennent des droits et obligations pour les personnes et qu'elles s'adressent aux autorités (i. e. que les autorités doivent pouvoir appliquer les normes en questions dans un cas précis)<sup>40</sup>. A l'inverse, la théorie *dualiste* prévoit que l'ordre juridique international doit être transposé par « acte de transformation », comme une loi, dans l'ordre juridique interne pour y produire des effets. Cette pratique est envisageable pour ce qui est des traités internationaux, mais est moins aisée à concevoir pour ce qui est du droit international non-écrit (c'est-à-dire la coutume internationale), dont le contenu est plus difficile à cerner<sup>41</sup>.

## **3. Récapitulation historique**

---

38 ATF 94 I 669 c.6a

39 Cf. ZIEGLER n° 260 p. 107

40 C'est-à-dire que les autorités devront pouvoir appliquer les normes en questions dans un cas précis. Cf. p. ex. ATF 118 Ia 112 c. 2b ; cf. également ZIEGLER n° 274s p. 113s

41 Cf. KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI p. 95

### 3.1. Le premier cas : l'initiative populaire Rheinau

#### 3.1.1. L'initiative en elle-même

La question du traitement d'une initiative populaire contraire au droit international s'est posée pour la première fois en 1953 avec l'initiative « pour la protection des sites depuis la chute du Rhin jusqu'à Rheinau » (l'initiative Rheinau). Celle-ci prévoit de compléter l'art. 24<sup>bis</sup> aCst par une disposition dite « principale »<sup>42</sup> sur la préservation de la beauté des sites<sup>43</sup>. Elle réclame également l'instauration d'une disposition « transitoire » prévoyant l'annulation de la concession accordée à divers acteurs en vue de la construction d'une usine à Rheinau, s'inscrivant dans le cadre d'un accord plus général conclu entre la Suisse et l'Allemagne<sup>44</sup>. C'est cette disposition dite transitoire qui a amené le CF à aborder la question d'une éventuelle limite matérielle au droit d'initiative.

#### 3.1.2. Le traitement de l'initiative par le CF

Dans son Message destiné à l'AF, le CF examine la validité de l'initiative Rheinau et aborde entre autres la question d'une éventuelle limite *matérielle* au droit d'initiative populaire<sup>45</sup>. En effet, l'application de cette initiative implique la violation d'engagements souscrits par la Suisse envers l'Allemagne. Or, une partie des opposants à l'initiative fait valoir que l'objet d'une initiative populaire ne peut être illimité et que certaines restrictions s'imposent aux initiants, dont les « obligations découlant du droit des gens ». Les promoteurs de l'initiative sont d'avis inverse, arguant qu'« une limitation ne peut exister pour le souverain, qui est l'autorité suprême dans notre ordre juridique ».

Concernant l'existence d'une limite matérielle découlant du droit des gens, le CF part tout d'abord du principe que la Constitution peut être restreinte par une « volonté supérieure », et n'exclut pas, par extension, catégoriquement la possibilité d'une limite matérielle au droit d'initiative. Il prend l'exemple d'un Etat fédératif, dans lequel les Etats fédérés doivent respecter le droit supérieur de l'Etat central. Cependant, cette limite ne s'imposerait pas à la Confédération elle-même, à moins que

---

42 FF 1954 I 707

43 FF 1954 I 697

44 Pour plus de détails sur l'état de fait : FF 1954 I 698-706

45 FF 1954 I 714ss

cette dernière ne fasse partie d'un Etat plus grand, un « super-Etat » (« *Überstaat* »). Quant au droit international, ses principes généraux « n'ont pas sur le droit constitutionnel des divers Etats une primauté qui priverait ceux-ci du pouvoir d'insérer dans leur constitution une disposition non conforme au droit des gens ». Ainsi, le CF admet le principe que l'objet d'une initiative populaire soit éventuellement contraire au droit international, mais il refuse d'admettre que cela soit une raison pour mener à son invalidité. Il se fonde notamment sur la jurisprudence *Steenworden* du TF<sup>46</sup> pour affirmer qu'une disposition de droit interne prime un traité international antérieur.

Dans le cadre de l'examen de l'opportunité de l'initiative<sup>47</sup>, le CF aborde la problématique de « la violation d'engagements découlant du droit des gens »<sup>48</sup>. Même si un Etat peut édicter des règles internes contraires au droit international, il est toujours soumis au risque que sa responsabilité internationale soit engagée. Dans le cas d'espèce, un retrait de la concession accordée (comme le demande la disposition transitoire de l'initiative) serait, entre autres, une violation d'une convention entre la Suisse et l'Allemagne. Ayant examiné d'autres points sensibles de cette initiative, le CF recommande en conclusion le rejet de l'initiative. Il redoute que la disposition transitoire nuise « au crédit moral dont jouit la Suisse en sa qualité d'Etat obéissant au droit, de démocratie, de membre de la communauté internationale et de partie à des conventions »<sup>49</sup>. La violation de l'accord amènerait de « graves inconvénients », qui « se manifesteraient dans une forte diminution de la grande confiance dont la Suisse jouit aujourd'hui dans le monde entier comme partie à des conventions »<sup>50</sup>.

Ainsi, l'initiative Rheinau a été la première occasion pour le CF de se prononcer sur une éventuelle limite matérielle imposée par le droit international à la révision de la Constitution par le biais d'une initiative populaire. Sans en exclure le principe, le gouvernement a refusé de considérer le droit des gens de même que le droit constitutionnel comme en étant une. Il n'a donc eu aucune raison d'invalider l'initiative Rheinau. Conscient cependant que l'acceptation par le peuple de la révision constitutionnelle entraînerait une violation des engagements internationaux de la Suisse, il a recommandé au peuple de rejeter l'initiative notamment pour cette raison.

---

46 Cf. *supra* 2.3.2.1

47 FF 1954 I 728ss

48 FF 1954 I 739

49 FF 1954 I 746

50 FF 1954 I 747

## 3.2. Les initiatives des années 1960-1990

### 3.2.1. L'initiative sur de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux

En 1974, une initiative demandant l'instauration d'un référendum facultatif sur demande de trente mille citoyens pour n'importe quel traité international conclu par la Suisse est déposée. Elle demande également que les traités antérieurement conclus pour une durée déterminée soient soumis au référendum. Le texte de l'initiative en tant que tel ne viole aucun engagement international. Il portait cependant potentiellement atteinte à tous les traités conclus par la Suisse, chacun de ceux-ci pouvant être remis en cause par un référendum.

Cette initiative constitue pour le CF une nouvelle occasion de s'exprimer sur les relations entre une initiative populaire et le droit international<sup>51</sup>. Il envisage l'hypothèse où un traité international conclu par la Suisse serait rejeté par un référendum populaire. Se présenteraient alors, selon lui, deux alternatives : soit la Suisse dénonce le traité « de façon immédiate, unilatéralement et contrairement à ce qui a été convenu », soit elle le dénonce « pour la prochaine date possible »<sup>52</sup>. La première option est écartée par le CF, car elle est contraire au principe de l'interprétation conforme au droit international. En effet, une telle manière d'agir constituerait une violation grave du principe *pacta sunt servanda*, surtout en ce qui concerne le cas d'un traité indénonçable, et entraînerait la responsabilité internationale de la Suisse. Quant à l'autre option, bien qu'étant la seule acceptable, elle « suscite également des craintes sérieuses ». La possibilité de faire tomber n'importe quel traité international compromettrait les relations contractuelles de la Suisse et entacherait son renom.

Malgré ces aspects clairement négatifs, le CF refuse d'invalider l'initiative. Il nie l'existence d'une limite à la révision découlant du droit international. Pour étayer son argumentation, il se base sur son rapport rendu dans le cadre de l'examen de l'initiative Rheinau<sup>53</sup> et sur une partie de la doctrine de l'époque. Concernant cette dernière, il cite notamment AUBERT, pour qui il faut laisser au corps électoral la faculté de déterminer si de telles limites existent<sup>54</sup>. Le CF se fonde aussi sur la pratique de l'époque qui refuse encore de reconnaître comme *obligatoire* le principe de primauté du droit

---

51 FF 1974 II 1133

52 FF 1974 II 1152

53 Cf. *supra* 3.1

54 « (...) A supposer que de telles limites existent, pourquoi l'Assemblée fédérale prétendrait-elle les connaître mieux que le corps électoral? », AUBERT, *Traité* n°328 p.132

international<sup>55</sup>. Cependant, comme l'initiative Rheinau, il admet que la violation d'engagements internationaux engage la responsabilité internationale de la Suisse ce qui aurait des conséquences pour la réputation de la « petite Suisse ». Il s'agit là d'une des raisons qui poussa le CF à recommander le rejet de l'initiative.

### 3.2.2. Les initiatives « contre l'emprise étrangère »

Plusieurs initiatives visant toutes à limiter le nombre d'étrangers résidant en Suisse ont été déposées entre 1965 et 1974. Aucune d'entre elles n'a été déclarée invalide pour violation du droit international. Cependant, le CF en a recommandé le rejet à chaque fois. Concernant le rapport des initiatives populaires avec le droit international, il adopte pour commencer une attitude plutôt réservée, avant d'être plus radical et pragmatique<sup>56</sup>.

Dans son message concernant la deuxième initiative contre l'emprise étrangère, il se contente d'expliquer que la pratique envers les étrangers prévue par le texte serait notamment « en contradiction avec les principes de la [C]onvention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>57</sup> (CEDH). Il ne s'exprime par contre ni sur les conséquences d'une acceptation de l'initiative relatives à cette Convention ni sur la question d'une limite matérielle imposée par le droit international.

Le CF va plus loin par la suite. Une nouvelle initiative contre l'emprise étrangère a été déposée en 1972. Le CF déduit deux conséquences en cas d'acceptation de l'initiative<sup>58</sup>. La première, politique, concerne la réputation internationale de la Suisse. Celle-ci serait clairement entachée par la pratique restrictive préconisée par l'initiative envers les étrangers. De plus, les efforts de coopération dans le cadre de l'Europe, qui débouchèrent notamment sur l'Accord de libre-échange avec la Communauté européenne (ALE), seraient vains. Une deuxième conséquence plus juridique est l'incapacité de la Suisse de respecter ses obligations découlant, d'une part, de la Convention internationale sur le statut des réfugiés et, d'autre part, des traités d'établissement de « toutes les conventions concernant l'admission d'étrangers ». La dénonciation de ces conventions serait « inévitable ». Malgré tout, cela n'était pas une raison suffisante pour déclarer l'initiative invalide. Le CF en recommande néanmoins le rejet.

---

55 FF 1974 II 1152-1153

56 Cf. KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien* p.253

57 FF 1969 II 1062

58 FF 1974 I 205

Une quatrième initiative similaire a été déposée en 1974. A cette occasion, le CF confirme qu'une acceptation du texte entraînerait la dénonciation obligatoire de nombreux accords d'établissement<sup>59</sup>. La Suisse serait de plus forcée d'émettre des réserves dans le cadre de sa participation à l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et à l'Association européenne de libre-échange (AELE). Finalement, il évoque la violation de plusieurs dispositions de la CEDH<sup>60</sup>. Toutes ces considérations juridiques amènent le CF à la conclusion plus politique qu'une acceptation de l'initiative aurait des conséquences désastreuses pour les relations internationales de la Suisse.

Le peuple a dû se prononcer cinq fois sur des initiatives populaires à caractère xénophobe entre 1965 et 1974. A chaque fois il a rejeté le texte. Ces initiatives ont donné au CF l'occasion de confirmer la pratique qu'il avait élaborée dans le cadre du traitement des premières initiatives contraires au droit international, à savoir de ne pas considérer le droit international comme limite matérielle à la révision de la Constitution. On constate néanmoins un changement dans l'attitude du CF : alors que dans les années 1950, pour l'initiative Rheinau, il semble aborder la question de la violation de ses engagements de façon plutôt théorique, il apparaît dans le cadre des initiatives contre l'emprise étrangère plus anxieux concernant les conséquences internationales d'une acceptation de l'initiative. La notion d'isolement de la Suisse ressort plusieurs fois dans ses messages. Le développement de la « pression internationale » ne le pousse toujours pas à invalider les initiatives contraires aux engagements contractuels helvétiques, mais semble avoir plus d'importance qu'auparavant.

### 3.2.3. Les initiatives des années 1980 et début 1990

Par la suite, deux initiatives contraires à certains engagements internationaux de la Suisse ont encore été déposées.

La première, intitulée « pour une Suisse sans arme et pour une politique globale de paix » a été déposée en 1986. Elle réclame une suppression totale de l'armée en Suisse et la défense du territoire par une « politique de paix globale »<sup>61</sup>. En vertu de la reconnaissance internationale du statut de neutralité, codifié en 1907 dans la Convention de Paix de La Haye, la Suisse jouit de droit, mais elle doit également assumer des obligations. Elle doit notamment assurer son auto-défense et interdire

---

59 FF 1976 I 1365s

60 Les art. 3, 8 et 14 CEDH ; FF 1976 I 1366

61 FF 1988 II 948

l'utilisation de son territoire ou de son espace aérien par des forces armées étrangères<sup>62</sup>. La suppression de l'armée rendrait la Suisse incapable d'assumer ses obligations internationales et elle perdrait ainsi son statut de neutralité. Ses rapports avec les Etats voisins seraient par ailleurs « rapidement et désagréablement affectés ».

La seconde initiative s'intitule « pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit »<sup>63</sup>. Le but des initiants est de transférer de la route au rail le trafic de marchandises transitant à travers la Suisse par les régions alpines. L'initiative est contraire à plusieurs traités conclus avec les Etats européens et avant tout avec l'ancien Accord de transit, par lequel la Suisse s'était engagée à ne pas limiter le trafic routier des véhicules allant jusqu'à 28 tonnes. De plus, le texte introduit une discrimination contraire aux art. 15 et 16 de l'Accord étant donné que l'interdiction ne vise que le transit des véhicules d'un Etat tiers en direction d'un autre Etat tiers en passant par la Suisse. Les cas de transit interne et de transit de la Suisse vers un Etat tiers n'étaient eux pas visés. Cependant, l'initiative a été soumise au vote et le peuple et les cantons l'ont acceptée lors du scrutin du 20 février 1994<sup>64</sup>. Il s'agit de la première initiative contraire au droit international à passer le vote populaire. Nous examinerons plus loin les conditions de sa mise en œuvre.

### 3.3. L'initiative « pour une politique d'asile raisonnable » de 1994

#### 3.3.1. L'évolution de la doctrine

A l'époque de l'initiative Rheinau, la majorité de la doctrine rejetait l'idée d'une limite matérielle à la révision de la Constitution<sup>65</sup>. Certains auteurs, pour qui la révision de la Constitution est illimitée, se rattachaient ainsi à l'idée prévalant déjà lors de l'élaboration de la Constitution de 1848 selon laquelle, dans une « démocratie pure », le peuple a les mêmes fonctions qu'un monarque illimité et qu'il est libre de modifier le texte fondamental comme bon lui semble<sup>66</sup>. Cependant, plusieurs auteurs étaient d'un avis divergent et voyaient dans le maintien de certaines institutions comme les cantons, les libertés individuelles ou le référendum une limite quant à l'objet d'une révision<sup>67</sup>. Cependant, même si certains auteurs admettaient l'existence d'une limite matérielle, ils ne la définissaient pas forcément; ainsi le droit international n'était pas considéré comme étant une limite,

---

62 FF 1988 II 956

63 FF 1992 II 865

64 FF 1994 II 690

65 FF 1954 I 721

66 FF 1954 I 718

67 FF 1954 I 722



de quelque façon que ce soit.

Plus tard, un nombre croissant d'auteurs commença à reconnaître l'existence d'une limite matérielle au droit d'initiative, qui découlerait du droit international. Se fondant sur le principe de la primauté du droit international et sur la conception moniste de la Suisse, GUGGENHEIM conclut qu'« une révision contraire au droit des gens ne peut donc faire l'objet d'une initiative en matière constitutionnelle »<sup>68</sup>. Pour WILDHABER, les initiatives contraires à la CEDH doivent être déclarées non valables<sup>69</sup>. Certains auteurs restent cependant contre une telle idée. AUBERT, notamment, considère « qu'il n'appartient pas à l'Assemblée fédérale de préférer sa justice à celle du peuple et des cantons »<sup>70</sup> et s'oppose à l'idée d'une limite matérielle supérieure. Il rejoint ainsi les considérations qui prévalaient à l'époque de l'initiative Rheinau et laisse le dernier mot à l'organe souverain.

A partir des années 1980, une opinion majoritaire se dessine, selon laquelle les normes *impératives* du droit international, en d'autres termes le *jus cogens*<sup>71</sup>, imposent une limite matérielle à l'initiative populaire. De plus en plus d'auteurs reconnaissent que la situation juridique n'est plus adaptée aux exigences internationales. Pour SALADIN, l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat, éventualité envisagée lors des précédents exemples d'initiatives, n'est aucunement adéquat dans le cas de la violation du *jus cogens*<sup>72</sup>. Pour KÄLIN, le pouvoir de décision étatique est aujourd'hui lié à un réseau étendu d'obligations internationales et ce plus particulièrement en Europe, où la CEDH a donné naissance à un véritable « ordre public » européen<sup>73</sup>. Même AUBERT, précédemment opposé farouchement à l'idée d'une limite matérielle à la révision de la Constitution, estime qu'une initiative contraire aux règles fondamentales du droit international doit être déclarée nulle<sup>74</sup>. De nombreux autres auteurs sont alors du même avis<sup>75</sup>.

Certains auteurs vont même plus loin. WILDHABER estime que, outre les normes du *jus cogens*, tout traité non dénonçable, dû à l'absence d'une telle clause de dénonciation ou à la portée si importante

---

68 GUGGENHEIM PAUL, *Traité de droit international public, Tome 1*, 2<sup>e</sup> édition, Genève : Georg & Cie SA, 1967 p.148s

69 WILDHABER LUZIUS, *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention*, RDS I 333

70 AUBERT, *Traité* n°332 p.133

71 Cf *infra* 3.3.3

72 SALADIN PETER, *Völkerrechtliches jus cogens und schweizerisches Landesrecht*, in Jenny Guido/ Kälin Walter (édit.), *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Festgabe zum Juristentag 1988, RSJB 1988, vol. 124<sup>bis</sup>, p. 67-96, p.87

73 KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien* p. 255

74 AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des sources de droit international*, *Annuaire suisse de droit international* XLVI (1989), p. 21

75 Cf. KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien* p. 244 note 11 ; cf. également FF 1994 III 1482

du traité qu'il est de fait indénonçable, devrait être une cause d'invalidité<sup>76</sup>. Pour JACOT-GUILLARMOD, le CF devrait déclarer nulle toute initiative consistant une « menace à l'égard des traités internationaux liant la Suisse » ; il inclut donc l'ensemble du droit international comme limite matérielle à la révision constitutionnelle<sup>77</sup>.

Une partie minoritaire de la doctrine est cependant opposée à l'idée d'une limite imposée par le *jus cogens*. Pour GRISEL, le droit d'initiative ne rencontre aucune limite matérielle. Selon la Constitution, le peuple et les cantons forment l'organe souverain et ils détiennent un pouvoir qui n'a pas de supérieur ; ce serait donc eux qui devraient avoir le dernier mot. De plus, « l'article 121, alinéa 1, [a]Cst. a pour but de reconnaître à 100 000 citoyens le même droit de proposition qu'au Parlement ; cet objectif serait déjoué, si l'Assemblée fédérale pouvait soustraire au vote, pour des raisons politiques, les demandes populaires »<sup>78</sup>. EICHENBERGER considère, quant à lui, qu'aucune nouvelle norme constitutionnelle ne peut être limitée par une norme plus ancienne de droit international<sup>79</sup>.

### 3.3.2. La définition du *jus cogens*

La notion de *jus cogens* (ou *norme impérative du droit international général*) est vague et difficile à cerner. Selon l'art. 53 CVT, une norme du *jus cogens* est « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise (...) »<sup>80</sup>. Le *jus cogens* consiste en quelque sorte en un noyau dur des normes fondamentales non écrites de droit international, supérieur à l'ensemble du droit international. Ces normes font partie du droit coutumier, mais sont pour la plupart codifiées dans des traités. Les conditions pour la formation du *jus cogens* sont d'ailleurs les mêmes que pour le droit coutumier, mais à un degré plus avancé. Ainsi, elles nécessitent une pratique continue par l'ensemble de la communauté internationale (*consuetudo*), tout du moins par une large majorité. De plus, l'élément psychologique (*opinio juris*) doit consister en la conviction des Etats qu'il est impossible de déroger à la règle, si ce n'est par une autre norme de même niveau<sup>81</sup>.

L'existence du *jus cogens* est aujourd'hui largement reconnue à travers le monde. C'est d'ailleurs notamment pour cette raison que la Commission du droit international de l'ONU (CDI), à l'origine

---

76 WILDHABER p.299

77 JACOT-GUILLARMOD, *La primauté du droit international*, p.416s, 427

78 GRISEL, Initiative et référendum p. 255 (3<sup>e</sup> édition)

79 EICHENBERGER KURT, *Fragen des Ausmasses und der Methoden von Partialrevisionen der Bundesverfassung im Vorfeld einer Totalrevision*, RDS 1977, 1<sup>er</sup> vol., p. 210

80 Art. 53 CVT

81 Cf. le Message concernant la CVT, FF 1989 II 720

de la CVT, a décidé de codifier la notion dans ce traité en 1966<sup>82</sup>. Cependant, à l'époque comme aujourd'hui, son contenu exact est controversé. Lors de l'élaboration de l'art. 53 CVT, la CDI a renoncé à donner un contenu à la notion de *jus cogens* et a confié cette tâche à la pratique internationale ultérieure. Cette manière de faire a comme résultat que le contenu du *jus cogens* n'est pas clairement défini et varie d'une source à l'autre. Cependant, plusieurs règles incontestées se dégagent de l'ensemble des opinions, tels le principe de l'interdiction du recours à la force (art. 2 ch. 4 de la Charte des Nations Unies<sup>83</sup>)<sup>84</sup>, l'interdiction du génocide<sup>85</sup>, certaines règles de la CEDH comme le principe de *non-refoulement*<sup>86</sup>, ou encore l'interdiction de l'esclavage, de la piraterie et de la torture<sup>87</sup>. Il faut cependant garder à l'esprit que le *jus cogens* n'est pas un ensemble de règles immuables que l'on peut définir en des termes abstraits. Conformément à la volonté de la CDI, il incombe dès lors à la pratique et à la doctrine de concrétiser cette notion. De plus, l'autorité doit statuer au cas par cas pour savoir si elle est confrontée à une norme impérative.

### 3.3.3. Le traitement de l'initiative

L'initiative « pour une politique d'asile raisonnable » donne lieu à un changement dans la pratique du CF. Déposée en 1992 par les Démocrates suisses, celle-ci prévoit une politique d'asile plus sévère et, notamment, le renvoi immédiat de tout requérant d'asile rebouté. Selon les signataires, le CF a perdu tout contrôle sur la politique d'asile et l'initiative est prévue pour lutter contre l'augmentation drastique de requérants qui est censée se produire<sup>88</sup>.

Le CF examine alors en détail la problématique que pourrait poser l'initiative au regard du droit supérieur<sup>89</sup>. Citant la pratique antérieure, il rappelle que jusqu'alors, aucune initiative populaire n'a été invalidée par l'AF parce qu'elle est contraire au droit international. Il apporte cependant une précision à ce constat : les anciennes initiatives s'opposaient au droit international *conventionnel*. La Suisse pouvait alors dénoncer le traité en cas d'acceptation de l'initiative<sup>90</sup>. Se basant sur la doctrine « quasi-unanime » de l'époque<sup>91</sup>, il va cette fois plus loin en déclarant qu'« une telle

---

82 Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II

83 RS 0.120

84 CIJ, aff. des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis), 27 juin 1986, p.14 § 190

85 CIJ, aff. des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), 3 février 2006

86 Cf. *infra* 3.3.3

87 Cf. ZIEGLER n°163 p.72 ; cf. également le Message relatif à la nouvelle Constitution du 18 avril 1999, FF 1997 I 454

88 FF 1994 III 1476

89 FF 1994 III 1480

90 FF 1994 III 1481

91 Cf. *supra* 3.3.1

procédure n'est toutefois pas possible lorsque l'acceptation d'une initiative populaire entraînerait la violation d'obligations contraignantes de droit international public »<sup>92</sup>, en d'autres termes, la violation du *jus cogens*. Ainsi, « si des dispositions constitutionnelles violant le droit international contraignant entraient en vigueur, il en résulterait un dommage irréparable »<sup>93</sup>.

Selon le CF, l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable » viole un certain nombre de dispositions internationales. Tout d'abord, le texte considère le réfugié comme toute personne étant en danger dans son pays d'*origine*. La notion est donc plus restrictive que celle prévue la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, qui étend le danger également au dernier pays de *résidence*<sup>94</sup>. Plusieurs accords de reprise de personnes conclus entre la Suisse et ses voisins devraient par ailleurs être dénoncés, leur exécution étant rendue difficile par l'initiative. Ensuite, l'exigence selon laquelle le réfugié soit *personnellement* persécuté pour être accueilli est contraire aux art. 8 CEDH et 12 ch. 2 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, qui garantissent tous deux le droit au regroupement familial. L'absence de tout recours est de plus une violation de l'art. 13 CEDH qui garantit un tel droit.

Avant tout, l'initiative prévoit le renvoi *immédiat* de chaque requérant débouté. Cette pratique serait incompatible avec le principe de *non-refoulement* ancré dans la Convention de Genève relative au statut des réfugiés et qui interdit le renvoi d'« un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »<sup>95</sup>. Une procédure de renvoi immédiat comme celle prévue par l'initiative empêcherait l'examen du risque potentiel encouru par le réfugié et entraînerait la violation de la convention. De plus, vu la restriction à la notion de réfugié prévue par l'initiative, certaines personnes échapperaient au champ d'application de la convention alors qu'elles bénéficient de sa protection. Le CF constate dans son Message que le principe de *non-refoulement* est unanimement considéré comme faisant partie du *jus cogens*<sup>96</sup>, que ce soit par la jurisprudence ou par la doctrine. Dans les cas précédents de conflits potentiels entre une initiative et un traité international, le CF a envisagé comme solution la dénonciation du traité. Cependant, une telle manière de faire ne serait pas possible dans le cas présent étant donné que le principe en question existe au-delà du traité en tant que principe non-écrit. En cas d'acceptation de l'initiative,

---

92 FF 1994 III 1481

93 FF 1994 III 1481

94 Art. 1 lettre A de la Convention, RS 142.30

95 Art. 33 de la Convention ; cf. également l'art. 3 CEDH et l'art. 3 de la Convention de l'ONU contre la torture ; cf. également les art. 6 et 7 du Pacte ONU II, en relation avec l'art. 2.

96 FF 1994 III 1486

les autorités se trouveraient face à un dilemme : soit elles n'appliqueraient pas la disposition constitutionnelle, en violation des principes démocratiques, soit elles violeraient le droit international impératif, ce qui causerait un « tort irrémédiable » tant bien aux personnes concernées par l'initiative qu'à la Suisse en tant que telle<sup>97</sup>. Etant donné le caractère central des dispositions incriminées de l'initiative (al. 1 et 4), le CF incite l'AF à déclarer l'initiative entièrement nulle<sup>98</sup>.

Le Parlement a suivi les recommandations du CF et a déclaré l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable » entièrement nulle<sup>99</sup>. Ainsi, pour la première fois, une initiative populaire fédérale a été invalidée parce que son contenu était incompatible avec le droit international. On reconnaît ainsi que le droit international peut être une limite matérielle au droit d'initiative. On s'est écarté donc de la conception selon laquelle la Constitution n'a aucune limite et le peuple et les cantons ont le dernier mot en matière de révision constitutionnelle. Le comportement du Parlement est osé, car il ne repose sur aucune base légale. A l'instar du CF, l'AF a préféré suivre l'avis de la doctrine de plus en plus dominante. Cette invalidation n'a suscité d'ailleurs que peu de critiques<sup>100</sup>.

### 3.4. L'instauration du *jus cogens* comme limite matérielle au droit d'initiative dans le cadre de l'introduction de la Constitution fédérale de 1999

La Constitution de 1874 ne comprenait aucune disposition contenant une limite matérielle à la révision de la Constitution. A l'époque, on considérait le peuple et les cantons, l'organe souverain, comme les seuls aptes à décider du sort d'une initiative. Le CF et l'AF ne pouvaient que recommander l'acceptation ou le rejet d'un texte, mais ne pouvaient en aucune manière soustraire à la votation un texte dont le contenu leur semblait illicite. Suite à l'évolution doctrinale et à l'importance grandissante du droit international impératif, qui ont débouché sur l'invalidation de l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable », le CF a jugé utile d'introduire dans la Constitution le *jus cogens* comme une limite matérielle à sa révision, afin de « [régler] les exigences de validité des initiatives populaires (...) de manière claire et transparente »<sup>101</sup>. La décision de l'AF avait été prise sans aucune base constitutionnelle et il fallait pallier à cette lacune.

Une base constitutionnelle a été ainsi introduite dans la nouvelle Constitution : l'art. 139 Cst

---

97 FF 1994 III 1487 ; cf. également KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien* p. 255

98 FF 1994 III 1487

99 FF 1996 I 1305

100 Cf. AUBERT, *Commentaire* n°15

101 FF 1997 I 369 (cf. aussi FF 1997 I 442)

comprend les limites formelles (unité de forme et de matière) et matérielle (« les règles impératives du droit international »). Dans le Message relatif à la nouvelle Constitution, le CF considère comme faisant partie des « règles impératives du droit international », en d'autres termes du *jus cogens*, « le noyau du droit international humanitaire et les interdictions en matière de violence, d'agression, de génocide ou de torture »<sup>102</sup>, de même que « les garanties de la CEDH qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité »<sup>103</sup>. Il existe ainsi désormais une base constitutionnelle permettant, et même obligeant l'AF à invalider une initiative populaire contraire au droit international impératif. Le CF procède à un examen systématique de conformité d'une initiative aux règles du *jus cogens* dans le cadre de son Message destiné au Parlement.

## **4. Le problème des initiatives populaires contraires au droit international dispositif**

### 4.1. Exposé du problème

Comme nous l'avons vu, la relation conflictuelle entre les initiatives populaires et le droit international occupe les autorités fédérales depuis maintenant plus d'un demi-siècle. Alors que le problème semblait anecdotique lors du premier cas de l'initiative Rheinau, la multiplication des conflits à partir des années 1970 et des initiatives « contre l'emprise étrangère » a forcé les autorités à réagir, sous l'impulsion de la doctrine. La solution trouvée dans le cadre de l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable », qui a mené à l'invalidation de celle-ci, a été saluée de partout, bien qu'elle ait été prise sans base constitutionnelle ni légale. Elle a été codifiée dans la Constitution fédérale de 1999.

Ainsi, conformément à l'art. 139 al. 2, une initiative qui viole les dispositions du *jus cogens* doit être invalidée par l'AF. Le nombre de règles comprises dans ce droit international impératif est extrêmement réduit. De nombreux traités importants, notamment ceux destinés à la protection des droits de l'Homme, n'en font pas partie<sup>104</sup>. Ils restent donc du droit international *dispositif* qui ne constitue aucune limite matérielle à la révision de la Constitution<sup>105</sup>. Les autorités sont tenues de soumettre au peuple les initiatives populaires violant ce droit international dispositif (sous réserve

---

102 FF 1997 I 369

103 FF 1997 I 454

104 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER n°1301 p.460

105 Lors de la refonte de la Constitution, il avait été envisagé d'inclure les traités non dénonçables comme limite matérielle à la révision de la Constitution. Cela a finalement été refusé. Cf. AUBERT, *Commentaire* n° 15 note 22.

évidemment du respect des autres conditions de forme)<sup>106</sup>. Si l'initiative est acceptée, elles devront appliquer la révision constitutionnelle conformément aux volontés des initiants et du peuple. Cependant, selon le principe de la primauté du droit international, elles devront le faire en respectant les normes supérieures. Pour résoudre au mieux cet antagonisme, les autorités ont depuis le début envisagé une approche comprenant plusieurs moyens que nous examinerons plus tard.

Parmi les traités internationaux toujours plus nombreux conclus entre les Etats, il se détache un petit groupe d'entre eux qui revêt une importance particulière. Ces conventions règlent des domaines fondamentaux et mettent en place des institutions politiques et juridiques importantes pour les relations internationales. Il s'agit en quelque sorte de piliers du droit international.

Il en va ainsi p. ex. des traités régissant la protection des droits de l'Homme. Que doit faire l'AF lorsqu'elle se trouve en face d'une initiative qui viole des dispositions de la CEDH (autres que les dispositions impératives) ou les Pactes de l'ONU relatifs respectivement aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I)<sup>107</sup> et aux droits civils et politiques (Pactes ONU II)<sup>108</sup>?

D'autres traités d'une nature plus technique et commerciale jouent également un rôle central aujourd'hui. Ce genre de traité est particulièrement important pour un petit État comme la Suisse. On pense notamment aux accords bilatéraux conclus en 1999 puis en 2004 entre la Suisse et la Communauté Européenne (CE) suite au rejet de l'adhésion à l'Espace économique européen (EEE) par référendum en 1992. Ces traités évitent à la Suisse un isolement politique que beaucoup craignaient avec le rejet de l'EEE et la rendent « eurocompatible », notamment par la reprise de nombreuses dispositions de droit européen qui sont intégrées aux accords. Au niveau du commerce international, on pense avant tout à l'ALE ou à l'accord instituant l'OMC, comprenant plusieurs accords-cadres dont l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT).

Plusieurs de ces traités ne sont formellement pas dénonçables. D'autres envisagent la possibilité d'une dénonciation, mais vu leur importance, une telle manière de faire est aujourd'hui impensable pour des raisons économiques et politiques. La doctrine désigne aujourd'hui ces deux types de traités de « droit international impératif *de facto* » (« faktisch zwingendes Völkerrecht »)<sup>109</sup>. L'approche utilisée jusqu'alors par les autorités est-elle adaptée à ce genre de traités ? En d'autres termes, est-il toujours possible pour la Suisse de concilier sa politique en matière de droits

---

106 Cf. HANGARTNER/KLEY n° 561 p. 230

107 RS 0.103.1

108 RS 0.103.2

109 Cf. p. ex. WILDHABER p. 297ss

populaires avec l'« internationalisation » grandissante du droit ?

## 4.2. Initiatives en conflit avec le droit international après l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable »

L'initiative « pour une politique d'asile raisonnable » constitue un précédent dans l'histoire des droits populaires en Suisse et a modifié la pratique des autorités depuis lors. Elle reste un cas unique, car aucune autre initiative populaire n'a été invalidée depuis pour violation du *jus cogens*, bien que plusieurs textes déposés étaient clairement contraires au droit international.

### 4.2.1. L'initiative « pour la réduction du trafic »

Il s'agit de la seule initiative populaire contraire au droit international encore déposée sous l'empire de l'ancienne Constitution de 1874. Les initiants demandent une réduction de moitié du trafic routier en Suisse dans un délai de dix ans après l'acceptation populaire<sup>110</sup>.

L'initiative est contraire à plusieurs traités internationaux conclus entre la Suisse et ses voisins européens. Outre plusieurs conventions concernant le trafic sur route, l'ALE est touché<sup>111</sup>. A cette occasion, le CF confirme la pratique établie dans le cadre de l'initiative sur l'asile, selon laquelle les normes du droit international impératif constituent une limite matérielle à la révision de la Constitution<sup>112</sup>. Mais selon lui, les traités en question ne contiennent pas de normes faisant partie du *jus cogens* et il n'y a donc aucune raison d'invalider l'initiative en vertu de l'éventuelle violation de ces conventions. Il est intéressant de noter que le Message du CF peut prêter à confusion dans la justification de son refus d'invalider l'initiative. Il relève que « les organes fédéraux n'ont jusqu'à présent pas tenu compte des obstacles que le droit des traités oppose à la révision constitutionnelle », mais il avance surtout l'argument selon lequel « (...) l'ensemble des accords bilatéraux ou multilatéraux dans le champ desquels entre la présente initiative sont dénonçables ou ont été conclus pour une durée limitée ». Cela signifierait-il que les traités non-dénonçables tels les Pactes ONU I et II constituent un motif d'invalidation, bien que n'appartenant pas au *jus cogens*<sup>113</sup>?

---

110 FF 1998 212

111 FF 1998 239 note 13

112 « (...) Certaines obligations découlant du droit international peuvent constituer des obstacles à une révision constitutionnelle. (...) C'est le cas lorsque des dispositions impératives du droit international (*ius cogens*) ou du droit des traités sont en cause et que la Suisse ne peut, de sa propre initiative, se soustraire aux obligations qui en découlent. » FF 1998 209s

113 Cf. BAUMANN ROBERT, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, ZBl. 2007 p. 200



Pour résoudre le conflit qui se poserait si l'initiative était acceptée, le CF envisage soit de ne pas appliquer la disposition constitutionnelle aux ressortissants des partenaires contractuels de la Suisse, soit de dénoncer les traités que l'initiative contredit. La première alternative rendrait la mise en œuvre du souhait des initiants encore plus difficile, alors que la seconde serait juridiquement possible mais politiquement problématique, car la Suisse serait placée dans une position de faiblesse au niveau du transport international<sup>114</sup>.

#### 4.2.2. L'initiative « des dimanches »

L'initiative a été déposée le 1<sup>er</sup> mai 1998 auprès de la Chancellerie fédérale. Elle prévoit en cas d'acceptation populaire l'interdiction, un dimanche par saison, de tous les véhicules motorisés des routes de Suisse, à l'exception des transports publics et des autres cas relevant de l'intérêt public et déterminés par la Confédération.

Le texte est contraire à plusieurs traités conclus avec l' Union européenne (UE) permettant le libre-passage des véhicules immatriculés à l'étranger et autorisant l'utilisation du réseau routier suisse pour le trafic de marchandises également le dimanche<sup>115</sup>. Bien que l'UE puisse ne pas voir d'un très bon œil une initiative de ce genre<sup>116</sup>, la Confédération considère ses relations internationales pourraient être préservées par l'instauration d'exceptions relevant de l'intérêt public.

#### 4.2.3. L'initiative « pour l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »

L'initiative vise à modifier la Constitution de façon à permettre l'internement à vie de délinquants sexuels ou violents déclarés dangereux et non amendables, sans qu'il y ait de possibilité de mise en liberté anticipée ou de congé<sup>117</sup>. Un réexamen du cas ne serait permis dans la seule hypothèse où de « nouvelles connaissances scientifiques » sont mises à jour. Pour le CF, cette notion désigne des « nouvelles découvertes et théories innovatrices, des explications d'un type nouveau pour des phénomènes déterminés »<sup>118</sup>.

Cette initiative viole en premier lieu l'art. 5 al. 4 CEDH, qui permet à quiconque de saisir

---

114 FF 1998 239

115 FF 2000 466 et 479

116 FF 2000 480

117 FF 2001 3265ss

118 FF 2001 3283

régulièrement un tribunal pour qu'il vérifie la légalité de sa détention<sup>119</sup>. Ce droit n'existe pas lorsqu'un tribunal a lui-même prononcé l'internement, sauf si « la privation de liberté dépend aussi de dispositions personnelles (p. ex. maladie mentale, alcoolisme ou toxicomanie) ou d'autres circonstances susceptibles de se modifier »<sup>120</sup>. Pour le CF, il faudrait donc interpréter extensivement la notion de « nouvelles connaissances scientifiques » afin d'y intégrer également ce type de circonstances<sup>121</sup>.

Etant donné que l'initiative prévoit que les délinquants sexuels ou violents qualifiés de violents et de non amendables *par les experts* doivent être internés à vie, on peut se demander si les tribunaux disposent encore, dans de telles affaires, d'une marge d'appréciation dans l'évaluation de la situation personnelle de l'accusé. Si tel n'est pas le cas, ils ne pourraient plus être qualifiés d'indépendants, ce qui constituerait une violation de l'art. 6 al. 1 CEDH et de l'art. 14 al. 1 Pacte ONU II<sup>122</sup>. Pour le CF, l'initiative n'empêche pas les tribunaux de s'écarter des conclusions des experts et il n'y a donc pas de violation de ces deux articles<sup>123</sup>.

L'initiative a été acceptée par le peuple et les cantons à 56.2 % lors de la votation du 8 février 2004. La Constitution a alors été complétée par l'art. 123a Cst. Sa mise en œuvre est examinée au point 4.3.2.3.

#### 4.2.4. L'initiative « Oui à la protection des animaux! »

L'initiative « pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!) » a été déposée à la Chancellerie fédérale le 23 juillet 2003. Dans le cadre de la législation sur la protection des animaux, elle exige que la Confédération respecte neuf principes inscrits dans l'art. 80 Cst révisé<sup>124</sup>. Ces principes sont particulièrement restrictifs et prévoient notamment l'interdiction de tout transit ou exportation d'animaux de boucherie vivants (lettre c) et l'interdiction de l'importation d'animaux et de produits d'origine animale dont la détention, respectivement la fabrication n'auraient pas été accomplies conformément aux principes de la législation fédérale sur la protection des animaux (lettre i).

Dans le cadre de l'examen de la conformité au droit international, le CF revient sur le fait que cette

---

119 FF 2001 3287s  
120 FF 2001 3287  
121 FF 2001 3288  
122 FF 2001 3288  
123 FF 2001 3288  
124 FF 2004 3082

initiative présente le risque de violer le droit international<sup>125</sup>. Les deux dispositions susmentionnées sont en effet en contradiction avec plusieurs engagements majeurs de la Suisse. La lettre c viole l'Accord entre la Confédération suisse et la CE sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route et surtout les articles V (liberté de transit) et XI (interdiction de restrictions et de prohibitions à l'importation/exportation de produits) du GATT. D'autre part, la lettre i viole le même art. XI du GATT sans que cette restriction puisse entrer dans le cadre des exceptions permises à l'art. XX GATT. De plus, elle entraînerait une interdiction d'importer en Suisse de la viande préparée selon l'abattage rituel et empêcherait par la même occasion les communautés juives et musulmanes de se procurer de la viande respectivement casher ou halal. Un tel état de fait est une violation des art. 9 CEDH/18 Pacte ONU II (liberté de pensée, de conscience et de religion), seuls ou combinés respectivement avec les art. 14 CEDH/2 Pacte ONU II (interdiction de la discrimination).

Une acceptation de l'initiative aurait des conséquences lourdes pour la Suisse sur le plan international. La violation du GATT permettrait à un Etat plaignant de saisir l'organe de règlement des différends institué par l'OMC, ce qui soumettrait la Suisse à de lourdes sanctions, voire à des mesures de rétorsion si elle n'adapte pas son droit aux exigences du traité<sup>126</sup>. De plus, alors que le comité de contrôle institué par le Pacte ONU II ne pourrait que constater les éventuelles violation sdu traité, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait astreindre la Suisse, suite au recours d'un particulier, à rétablir un droit conforme à la CEDH et on devrait alors à nouveau autoriser l'importation de viande casher et halal<sup>127</sup>.

#### 4.2.5. L'initiative « pour des aliments produits sans manipulation génétique »

L'initiative prévoit l'introduction d'une disposition transitoire à l'art. 120 Cst prévoyant que « l'agriculture suisse n'utilise pas d'organismes génétiquement modifiés » (OGM) durant cinq ans suivant une éventuelle acceptation par le peuple et les cantons<sup>128</sup>. Cette initiative n'est pas contraire au *jus cogens*, cependant elle soulève des problèmes concernant plusieurs traités. Premièrement, plusieurs traités de l'OMC seraient éventuellement violés par cette initiative. Une interdiction des OGM violerait non seulement le GATT, mais aussi deux accords annexes : l'accord relatif aux obstacles techniques au commerce et l'accord sur l'application des mesures sanitaires ou

---

125FF 2004 3084ss ; FF 2004 3102ss

126FF 2004 3086, 3105

127FF 2004 3104s

128 FF 2004 3632

phytosanitaires<sup>129</sup>. De telles violations ne sont pas avérées étant donné que la pratique de l'OMC concernant les produits OGM n'était alors pas claire. Deuxièmement, un moratoire violerait l'ALE<sup>130</sup>. L'UE a bien instauré un moratoire de fait sur les OGM jusqu'en 2004, mais ce type de produits est désormais permis et réglementé par plusieurs directives européennes. Cet état de fait rend alors incompatible la disposition transitoire avec ce traité ; les conditions de la clause de sauvegarde de l'art. 20 ALE ne seraient par ailleurs pas remplies. Troisièmement, un moratoire de cinq ans sur les produits OGM est incompatible avec le protocole de Cartagena du 29 janvier 2000, qui garantit une utilisation et un transfert de tout OGM de manière sûre<sup>131</sup>. Les organes du traité pourraient en effet interpréter une telle disposition comme une violation du traité.

L'initiative a été acceptée à 55.7 % lors de la votation du 27 novembre 2005. Il existe dès lors une interdiction en Suisse d'introduire et de mettre en circulation des plantes, parties de plantes et des semences génétiquement modifiées, de même que les animaux génétiquement modifiés destinés à la production d'aliments et d'autres produits agricoles<sup>132</sup>. L'interdiction est valable jusqu'au 27 novembre 2010.

#### 4.2.6. L'initiative « pour des naturalisations démocratiques »

L'UDC a déposé en 2006 l'initiative « pour des naturalisations démocratiques ». Ce texte réclame une révision de la Constitution de telle façon que celle-ci autorise chaque commune à décider des modalités de la naturalisation, alors que cette capacité était attribuée jusque là aux cantons. Toute décision de l'organe communal serait en outre « définitive », ce qui signifie concrètement qu'il n'y aurait aucune voie de recours ouverte suite à un refus de naturalisation.

Cette initiative est à replacer dans le contexte général de la naturalisation en Suisse. Le TF a rendu le 9 juillet 2003 un arrêt célèbre dans lequel il juge comme anticonstitutionnelle la procédure de naturalisation par les urnes pratiquée par la commune d'Emmen<sup>133</sup>. Cette procédure amenait en effet à des résultats clairement discriminatoires : en 2000, aucun candidat originaire d'Europe de l'Est n'a été accepté lors de la votation, après une campagne accompagnée de tracts à caractère raciste. L'origine des requérants était clairement un critère décisif dans la décision prise par le peuple<sup>134</sup>. Le

---

129 FF 2004 4641

130 FF 2004 4642

131 FF 2004 4643

132 Art. 197 ch. 7 Cst

133 ATF 129 I 217 ; cf. également FF 2006 8491

134 ATF 129 I 217 c. 2.4

TF a déclaré que le résultat de la votation était contraire à l'interdiction de discrimination résultant de l'art. 8 al. 2 Cst. En outre, une procédure de naturalisation par les urnes ne peut pas respecter le devoir de motivation du refus qui est nécessaire aux décisions de naturalisation, conformément au droit d'être entendu de l'art. 29 al. 2 Cst.<sup>135</sup>. Les juges de Lausanne ont déclaré ainsi une telle procédure comme anticonstitutionnelle. Dans un autre arrêt émis le même jour, ils ont débouté les requérants qui s'opposaient à la décision du Conseil d'Etat de Zurich déclarant nulle une initiative populaire tendant à instaurer la naturalisation par les urnes dans la Ville de Zurich<sup>136</sup>. L'arrêt *Emmen* a été encore confirmé par la suite<sup>137</sup>. En laissant le libre choix aux communes quant à l'organe compétent pour les questions de naturalisation, les initiants ont souhaité revenir à la situation qui précédait l'arrêt *Emmen*<sup>138</sup>.

En cas d'acceptation de l'initiative, la protection de la sphère privée découlant de l'art. 17 du Pacte ONU II et de l'art. 8 CEDH serait violée, du fait des données transmises, selon le type de naturalisation, à un nombre élargi de personnes. Mais surtout, une décision de refus ne pourrait plus être soumise à un recours au sens des art. 2 al. 3 Pacte ONU II et 8 CEDH. La Suisse ne pourrait également plus respecter l'obligation de garantir des voies de recours contre les discriminations découlant de la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale<sup>139</sup> (art. 6).

En outre l'initiative viole indirectement l'interdiction de toute discrimination ancrée dans plusieurs traités internationaux. En effet, l'objectif avoué des initiants est de revenir à une situation juridique identique à celle d'avant l'arrêt *Emmen*. Or, par ses jugements, le TF avait non seulement invalidé les procédures qui ne respectaient pas le devoir de motiver les décisions sur les naturalisations, mais également cherché à éviter que des décisions discriminatoires soient prises dans ce domaine. Un retour en arrière signifierait donc également la possibilité de procéder à de telles décisions.<sup>140</sup>

#### 4.2.7. L'initiative « contre la construction de minarets »

Déposée le 8 juillet 2008 par l'UDC, l'initiative « contre la construction de minarets » (l'initiative contre les minarets) est le dernier exemple en date d'une initiative populaire contredisant le droit

---

135ATF 129 I 217 c. 3

136ATF 129 I 232

137ATF 132 I 167, ATF 132 I 196 ; cf. également FF 2006 8491

138Cf. AUER/TORNAY p. 741 ; FF 2006 I 8496

139RS 0.104

140Cf. AUER/TORNAY p. 741-742

international. Comme son titre l'indique, le but des initiants est d'inscrire dans la Constitution un nouvel art. 72 al. 3 stipulant que « la construction de minarets est interdite ». Le minaret est un élément architectural des mosquées, qui consiste en une tour permettant au crieur appelé *muezzin* d'appeler les musulmans à la prière. Il existe pour l'instant trois minarets en Suisse, à Genève, Zurich et Winterthour. Construits sur une mosquée, ils ont une fonction religieuse, bien qu'il n'y ait pas de crieur en Suisse<sup>141</sup>.

Selon le CF, interdire la construction de minarets violerait la liberté de pensée, de conscience et de religion ancrée aux art. 9 CEDH et 18 du Pacte ONU II. L'initiative enfreindrait également l'interdiction de discriminations ancrée aux art. 14 CEDH et 2 Pacte ONU II, de même que la protection des minorités de l'art. 27 Pacte ONU II. Comme aucune des normes mentionnées ci-dessus ne fait partie du droit international impératif, pour le CF, l'initiative n'est pas invalidée pour violation du *jus cogens*.

#### 4.2.8. Conclusion intermédiaire

Nous voyons donc que depuis l'initiative sur l'asile, plusieurs initiatives violant le droit international ont été déposées. Les traités concernés sont avant tout les conventions de sauvegarde des droits de l'Homme. Cependant, les accords commerciaux comme le GATT ou l'ALE sont également régulièrement menacés par une initiative populaire. L'AF n'a jamais eu une nouvelle occasion d'appliquer l'art. 139 al. 2 pour violation du droit international impératif. Malgré tous les inconvénients que représentent l'acceptation de telles initiatives, le CF a toujours maintenu une interprétation étroite de la notion de *jus cogens*. Il s'agit maintenant d'examiner l'approche prônée par les autorités en cas d'acceptation d'une initiative contraire au droit international.

### 4.3. Les différents moyens de résoudre le conflit

Pour tenter de résoudre le conflit entre une initiative populaire et le droit international, les autorités ont toujours suivi la même approche qui prône en une série de mesures. Que ce soit avant la votation, ou lors de la concrétisation de la révision constitutionnelle fraîchement acceptée par le peuple les cantons, elles ont plusieurs outils à leur disposition. La question, déjà mentionnée plus haut, est de savoir si ceux-ci sont encore suffisants à l'heure actuelle.

---

141FF 2008 6934

### 4.3.1. Les mesures « préventives »

Pour tenter d'éviter un conflit entre une révision constitutionnelle et une norme de droit international, il est possible pour les autorités d'intervenir avant la votation, d'une façon certes indirecte, mais qui peut avoir son importance.

#### 4.3.1.1. Le Message

Selon l'art. 97 LParl, le CF délivre à l'AF, pour chaque initiative populaire, un projet d'arrêté fédéral accompagné d'un Message. Ce dernier remplit plusieurs fonctions ; il est avant tout le document de base sur lequel l'AF prendra ses décisions concernant l'initiative<sup>142</sup>. Le CF se prononce sur plusieurs points dont on trouve une liste non-exhaustive à l'art. 141 LParl. Il procède à deux types d'examen. Premièrement, il contrôle les conditions de validité de l'art. 139 al. 2 Cst, puis il se prononce sur l'opportunité de l'initiative, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'initiative est souhaitable ou non. C'est à cette occasion que le CF peut s'exprimer sur le rapport entre l'initiative et le reste du droit international.

Le Message du CF est un document sur lequel se fonde l'AF pour prendre sa décision d'invalider, respectivement de recommander ou de rejeter l'initiative. Une fois que l'initiative a passé le contrôle de validité, le dernier mot appartient évidemment au peuple et aux cantons. Cependant, le Message est surtout un moyen pour le CF de se prononcer en détail sur tous les problèmes et questions que pourraient soulever l'initiative en relation avec le droit international. Publié dans la FF, il est ainsi accessible à tout un chacun. Les informations qu'il contient peuvent également être reprises plus tard dans les explications du CF accompagnant le matériel de vote fourni à tous les citoyens.<sup>143</sup>

Le Message peut ainsi jouer un rôle important, car c'est sur cette base que l'AF choisira de recommander au peuple l'acceptation ou le rejet de l'initiative. Mais surtout, le CF peut amener les citoyens à se pencher sur des problèmes qu'ils n'auraient pas forcément pu prédire et il peut les rendre sensibles sur les conséquences internationales d'une acceptation de l'initiative, d'une manière objective et neutre.

#### 4.3.1.2. Le contre-projet

Selon l'art. 139 al. 3 Cst, l'AF peut opposer un contre-projet à l'initiative populaire. Comme son

---

142Cf. Nobs p. 290

143Cf. art. 11 LDP

nom l'indique, il s'agit d'un texte émis par l'AF destiné à proposer aux citoyens une alternative à l'initiative populaire. Celui-ci peut être soumis en même temps que l'initiative au vote du peuple et des cantons (contre-projet direct) ou être émis plus tard sous la forme d'un acte normatif (contre-projet indirect). L'institution du contre-projet offre ainsi aux citoyens un choix supplémentaire et leur permet d'avoir plus que la simple alternative d'accepter ou de refuser l'initiative. Les autorités législatives peuvent ainsi proposer une solution plus nuancée ou mieux rédigée que l'initiative. Un contre-projet indirect permet en outre de régler l'objet de l'initiative au niveau de la loi, dans l'hypothèse où un article constitutionnel serait mal adapté<sup>144</sup>.

Dans le cadre de notre problématique, l'institution du contre-projet permet donc aux autorités de prévenir un conflit avec les normes de droit international en reprenant les souhaits des initiants tout en respectant les traités internationaux concernés par l'initiative. L'AF est souvent plus à même de cerner les enjeux qu'impliquerait une acceptation du texte au niveau des traités conclus par la Suisse, elle est donc mieux armée pour trouver une solution permettant de soumettre au peuple un texte qui respecte les engagements de la Suisse sur la scène internationale. Elle pourrait par exemple instaurer des exceptions pour tous les cas où une norme de droit international serait violée<sup>145</sup>.

#### 4.3.2. L'interprétation conforme au droit international

S'il s'avère qu'une initiative contraire à des normes internationales a été acceptée en votation populaire, les autorités fédérales devront la mettre en œuvre. Pour régler le conflit, cette fois-ci bien réel, entre la nouvelle norme constitutionnelle et le droit international contraire, les autorités devront avant tout tenter d'interpréter l'initiative conformément au droit international<sup>146</sup>. Il est nécessaire pour cela que le texte de l'initiative permette une interprétation et laisse une marge de manœuvre aux autorités. Si tel est le cas, les autorités devront alors chercher à accorder un sens au texte qui soit en accord avec les dispositions internationales menacées. S'il est possible par ce moyen de maintenir en place les relations contractuelles de la Suisse, il faudra avant tout veiller à respecter la volonté des initiants. Cet outil a été utilisé dans le passé par les autorités pour mettre en œuvre les initiatives « pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit » et pour l'internement à vie des délinquants sexuels.

---

144Cf. GRISEL, p. 279

145A l'exemple de l'initiative des dimanches : les initiants avaient prévu une clause d'exception pour motif d'intérêt public. Le CF avait envisagé d'appliquer cette clause pour éviter une violation du droit international.

146Cf. KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien* p. 254, AUER/THORNAY p. 743, HANGARTNER/KLEY n°546 p. 224 ; cf. *supra* 2.3.1



4.3.2.1. L'initiative « pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit »

Cette initiative a débouché sur l'introduction, dans la Constitution de 1874 de l'art. 36<sup>sexies</sup> (aujourd'hui art. 84 Cst) et 22 disp. trans. aCst (aujourd'hui art. 196 ch. 1 disp. trans. Cst) aCst. Les initiants avaient pour but de protéger l'environnement de la zone alpine<sup>147</sup>. Or, pour remplir cet objectif, ils n'avaient prévu d'éliminer que le transit proprement dit, c'est-à-dire les transports de marchandises passant par la Suisse, mais en provenance d'un Etat tiers et à destination d'un Etat tiers (art. 36<sup>sexies</sup> aCst ; art. 84 al. 2 Cst). Les transports intérieurs (locaux ou intercantonaux) et bilatéraux (de la Suisse vers un Etat tiers) n'étaient eux pas concernés par l'initiative<sup>148</sup>. Avant tout, cela ne permettait de remplir que partiellement l'objectif général de l'initiative, à savoir la protection de l'environnement dans la zone alpine<sup>149</sup>. Mais surtout, cela représentait une nette discrimination entre les transporteurs étrangers et les transporteurs suisses, ces derniers n'étant pas visés par l'interdiction du transport de marchandises par route de l'art. 36<sup>sexies</sup> aCst al. 2<sup>150</sup>. Une telle discrimination n'était pas compatible avec les art. 15 et 16 de l'Accord de transit Suisse-CE, interdisant les discriminations. Pour cette raison, l'Office fédéral de la justice a estimé que l'utilisation d'instruments de marché non discriminatoires, comme par exemple l'introduction de taxes incitatives, permettraient de remplir les objectifs du mandat constitutionnel. Cette solution ne vise pas seulement le transit en tant que tel, mais tout transport de marchandise dans les Alpes, conformément aux obligations internationales de la Suisse, d'une part, et la philosophie du traité CE, que la Suisse devait respecter en vue des négociations bilatérales, d'autre part<sup>151</sup>.

L'art. 84 al. 2 Cst a été concrétisé par une loi provisoire<sup>152</sup>, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 au plus tard (art. 7), dans le cadre des Accords bilatéraux I. A cette occasion, les autorités modifièrent par voie d'interprétation les différents points problématiques de l'art. 84 al. 2 Cst<sup>153</sup>. L'art. 1 al. 2 de la loi sur le transfert prévoit ainsi un objectif de 650'000 courses annuelles par route<sup>154</sup>.

4.3.2.2. L'initiative « pour l'internement à vie des délinquants sexuels »

Suite à l'acceptation par le peuple de cette initiative le 8 février 2004, le Département fédéral de

---

147 Cf. *supra* 3.2.3

148JAAC 59 (1995) n° 25 p. 220

149JAAC 59 (1995) n° 25 p. 224 c. 3.4

150JAAC 59 (1995) n° 25 p. 221 c. 2.1

151JAAC 59 (1995) n° 25 p. 220 c. 2.1 ; JAAC 59 (1995) n° 25 p. 225 c. 3.5 ; cf également FF 1997 I 266 ; FF 1999 5598

152Loi sur le transfert, RS 740.1

153Cf. AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Commentaire de l'art. 84 Cst*, in Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève : Schulthess, 2003 n°9

154En désaccord avec l'art. 84 al. 2 qui prévoit une suppression complète du trafic routier : FF 1999 5598

justice et police a institué un groupe de travail chargé de concrétiser la révision de la Constitution. Celui-ci a rendu le 15 juillet 2004 un rapport détaillant les mesures envisagées pour mettre en œuvre l'article constitutionnel par une révision du Code pénal (CP). Le groupe de travail s'est penché de près sur le problème que pose l'initiative par rapport à l'art. 5 al. 4 CEDH. Rappelons que ce dernier exige que, dans certaines circonstances, la légalité de l'internement du délinquant doit être régulièrement examinée. Cependant, l'art. 123a al. 2 Cst n'autorise un tel contrôle que lors de « nouvelles découvertes scientifiques », autant dire à des conditions très restrictives.

La notion de « nouvelles découvertes scientifiques » a donné lieu à de très vifs débats dans le groupe de travail. Une partie des membres avance que, pour être conforme à la CEDH, les « nouvelles découvertes scientifiques » doivent inclure les changements liés à la personne. La notion ne devrait donc pas être prise dans un sens seulement objectif<sup>155</sup>. Le groupe n'a cependant pas pris de position définitive sur la question. Lors de la procédure de consultation du rapport et de l'avant-projet du groupe de travail, de nombreux groupes ont cependant jugé une telle interprétation nécessaire<sup>156</sup>. Le CF s'y est par ailleurs rallié<sup>157</sup>. La révision du CP concrétisant l'art. 123a Cst est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2008. La question du réexamen de l'internement est réglée à l'art. 64c CP. Cette disposition ne contient aucune indication quant à son interprétation mais il est à prévoir que les autorités en dégageront un sens conforme à l'art. 5 al. 4 CEDH lors de son application.

#### 4.3.2.3. Conclusion

Une interprétation conforme au droit international d'une initiative populaire permet de résoudre le conflit au niveau national, sans toucher aux traités internationaux concernés. La possibilité d'une telle interprétation est cependant limitée à la volonté des initiants, et plus précisément à la marge de manœuvre qu'ils laissent aux autorités pour concrétiser l'initiative si celle-ci est acceptée. Les autorités ont jusqu'ici réussi à concilier les normes en conflit, bien qu'elles aient dû parfois s'éloigner quelque peu de la volonté initiale du comité d'initiative. Mais il se peut que ce ne soit pas toujours le cas, par manque de marge de manœuvre. A titre d'exemple, mentionnons l'initiative contre les minarets. Celle-ci a une formulation courte, absolue et sans équivoque, et il est peu probable que l'on puisse harmoniser son contenu avec les multiples dispositions de la CEDH et du

---

155 Cf. p.12 et 20 du Rapport, accessible sur [http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/lebenslange\\_verwahrung.Par.0011.File.tmp/vn-ber-f.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/lebenslange_verwahrung.Par.0011.File.tmp/vn-ber-f.pdf) (lecture le 27 novembre 2008)

156 Cf. le résumé des résultats de la procédure de consultation : [http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/lebenslange\\_verwahrung.Par.0032.File.tmp/051123\\_vernehmli\\_verw\\_f.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/lebenslange_verwahrung.Par.0032.File.tmp/051123_vernehmli_verw_f.pdf) (lecture le 27 novembre)

157 FF 2006 886

Pacte ONU II qu'elle viole<sup>158</sup>. Une interprétation qui s'éloigne trop de la lettre de la révision pourrait de plus mécontenter les initiants et les partisans de l'initiative. Si une loi d'application est prévue, ceux-ci pourraient l'attaquer en référendum et on retournerait à la situation initiale en cas de refus. On peut par ailleurs se demander à quel point une interprétation qui s'éloigne trop du sens de l'initiative est compatible avec l'institution des droits politiques et la souveraineté populaire.

#### 4.3.3. La négociation d'une adaptation du traité

A défaut de pouvoir interpréter une initiative conformément au droit international, la Suisse pourra essayer de négocier une adaptation du traité par un amendement. Cette manière de faire est réglée aux art. 39-41 CVT. Les traités peuvent également prévoir leurs propres règles concernant les modifications<sup>159</sup>. Certains traités, comme la CEDH, l'excluent<sup>160</sup>. Cette pratique est envisageable pour des traités à faible nombre de parties, mais elle semble plus difficile pour les traités multilatéraux de grande envergure, comme les Pactes ONU I et II ou les accords OMC. En effet, une révision du traité doit toujours être acceptée par une majorité des parties.

Dans le cadre de l'initiative « Oui à la protection des animaux! », le CF est parvenu à la conclusion que la Suisse ne pourrait que chercher à amender les traités litigieux ou à s'en retirer si la révision était acceptée. La question de la faisabilité d'un amendement a été laissée ouverte pour le Pacte ONU II et l'accord instituant l'OMC<sup>161</sup>. L'Accord avec l'UE sur le transport de marchandises et de personnes par rail et par route ne pourrait être lui adapté qu'avec l'accord de l'UE. Enfin, la CEDH ne permet pas d'émettre des réserves après la ratification ; de même, une dénonciation suivie d'une nouvelle adhésion avec réserve à la Convention est considérée comme un abus de droit<sup>162</sup>.

On voit ainsi qu'il n'est pas toujours sûr que les partenaires contractuels de la Suisse soient prêts à modifier un traité qui a déjà été le fruit de longues négociations durant lesquelles les différents partenaires ont chacun essayé de s'assurer le plus grand nombre d'avantages. Une négociation en vue d'adapter le traité comporte dès lors son lot d'incertitudes. La possibilité d'amender un traité dépend premièrement de sa nature et deuxièmement de la volonté des autres parties contractantes. Ceci est particulièrement flagrant dans le cadre des accords bilatéraux conclus avec l'UE. En échange d'accords avantageux pour elle, la Suisse a dû concéder d'autres traités avantageux pour

---

158Cf. à ce propos : FF 2008 6957

159 Cf. art. 29 Pacte ONU I, art. 51 Pacte ONU II, art. X OMC

160 Art. 57 CEDH

161FF 2004 3105-3106

162Art. 57-58 CEDH ; FF 2004 3087

l'UE. Cette dernière accueillerait avec circonspection une demande de négociation de ceux-ci et elle pourrait aller jusqu'à la refuser. De plus, cette façon de faire serait mauvaise pour la réputation internationale de la Suisse. Elle donnerait en effet l'image d'un partenaire contractuel instable et qui peut changer de position à n'importe quel moment.

#### 4.3.4. La dénonciation du traité

Si l'initiative n'a pas pu être interprétée conformément au droit international liant la Suisse et que les traités concernés n'ont pas pu être adaptés, les autorités n'auront alors pas d'autre choix que de dénoncer les accords en question<sup>163</sup>. On considérera alors que l'acceptation de l'initiative constitue un mandat implicite pour le CF de dénoncer le traité<sup>164</sup>. Dans le cas d'un accord limité dans le temps, il faudra attendre le délai d'expiration pour mettre en œuvre la disposition révisée. Cette solution a plusieurs fois été envisagée par le CF par le passé<sup>165</sup>. Elle apparaît comme étant une des plus radicales, et représente en quelque sorte une solution de dernier recours.

Cette pratique est clairement envisageable en ce qui concerne les accords bilatéraux ou multilatéraux d'une portée limitée. Mais c'est ici qu'apparaît pleinement le problème concernant les traités que la doctrine et la pratique nomment « droit international impératif *de facto* ». Rappelons que l'on désigne par ce terme les traités qui, bien que ne contenant pas de règles faisant partie du *jus cogens*, sont formellement ou factuellement indénonçables<sup>166</sup>. On comprend sous cette notion, par exemple, les accords importants dans le domaine des droits de l'homme (Pactes ONU I et II, CEDH), mais aussi dans le droit commercial (GATT, Bilatérales).

A partir de l'initiative « Oui à la protection des animaux ! », le CF s'est penché de près sur l'impossibilité de dénoncer certains traités faisant partie du droit international dispositif<sup>167</sup>. Cette initiative est contraire à plusieurs accords : la CEDH et le Pacte ONU II pour ce les droits de l'Homme, l'Accord avec la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de personnes par rail et par route et le GATT pour ce qui est des accords commerciaux. Une dénonciation aurait été envisageable pour les accords de l'OMC (dont le GATT) et la CEDH, mais

---

163Cf. AUER/TORNAY p. 743 ; KÁLIN, *Menschenrechtsgarantien* p. 254 ;

164Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER n° 750 p. 251

165FF 1954 I 739 (initiative Rheinau) ; FF 1974 I 205 (initiative contre l'emprise étrangère III) ; FF 1976 I 1365s (initiative contre l'emprise étrangère IV. Le CF envisage ici également d'émettre des réserves aux accords OCDE et AELE).

166Cf. *supra* 4.1

167FF 2004 3077, 3088

cela aurait eu des conséquences désastreuses pour la politique internationale de la Suisse<sup>168</sup>. La dénonciation de l'Accord avec la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de personnes par rail et par route aurait entraîné la rupture de tous les accords bilatéraux conclus avec l'UE suite à l'application de la clause « guillotine »<sup>169</sup>. Finalement, la possibilité d'une dénonciation est totalement exclue pour le Pacte ONU II<sup>170</sup>.

Malgré les grandes difficultés que soulèvent la dénonciation des accords en question, le CF a refusé de les assimiler à du *jus cogens* et l'initiative n'a pas été invalidée<sup>171</sup>. Il a préféré en effet sauvegarder le droit populaire du peuple de se prononcer sur les révisions constitutionnelles, auquel il ne faudrait déroger « que dans les cas d'absolue nécessité »<sup>172</sup>. La pratique a été confirmée pour les initiatives « pour des naturalisations démocratiques »<sup>173</sup> et « contre la construction de minarets »<sup>174</sup>, deux initiatives violant également le droit international impératif *de facto*.

La doctrine s'accorde à dire qu'une dénonciation de tels accords suite à une révision constitutionnelle n'est clairement pas envisageable<sup>175</sup>. Cet état de fait illustre parfaitement la tension entre les droits populaires et l'« internationalisation » du droit que l'on connaît aujourd'hui. La solution de la dénonciation, pendant longtemps envisagée comme possible, ne constitue plus guère une porte de sortie. Aucune des initiatives violant de tels traités n'a été acceptée par le peuple jusqu'à présent. Mais si ce cas de figure se présentait, la Suisse se trouverait face à un énorme dilemme.

#### 4.3.5. L'engagement de la responsabilité internationale

En ultime recours, la Suisse peut encore envisager d'accepter la violation de ses engagements internationaux et d'en supporter les conséquences<sup>176</sup>. Elle serait alors soumise à des sanctions internationales, du fait de l'engagement de sa responsabilité. Les traités majeurs prévoient, pour la

---

168« Une sortie de l'OMC n'est pas une option réaliste: elle aurait de graves conséquences économiques pour l'économie suisse » (FF 2004 3086). Concernant un retrait de la CEDH : « La Suisse, garante des droits de l'homme, ne serait plus crédible aux yeux de la communauté internationale » (FF 2004 3087).

169FF 2004 3106 ; cette clause prévoit que la dénonciation d'un traité du paquet des Bilatérales I entraîne la résolution des autres accords du paquet.

170FF 2004 3105

171FF 2004 3088

172FF 2004 3088

173FF 2006 8490

174FF 2008 6930 ; FF 2008 6964

175Cf. AUER/TORNAY p. 744 ; WILDHABER p. 297ss ; KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien* p. 254. L'auteur envisage aussi le cas d'une violation du droit coutumier. Dans cette hypothèse, il serait impossible pour la Suisse de modifier ses obligations internationales unilatéralement.

176Cf. KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien* p. 254, AUER/TORNAY p. 746

plupart, leur propre mécanisme de sanction.

La CEDH permet à une ou plusieurs personnes physiques ou morales de déposer un recours à la Cour européenne des droits de l'Homme pour toute violation de la convention. Dans le domaine des droits de l'Homme toujours, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels est l'organe de surveillance pour le Pacte ONU I. Concernant le Pacte ONU II, il s'agit du Conseil des droits de l'homme. Enfin, l'OMC connaît un mécanisme de règlement des différends particulièrement efficace.

Il existe donc de multiples conséquences à la violation des engagements internationaux de la Suisse. Deux types de mesures pourraient alors être prises à son encontre. Les organes internationaux compétents pourraient d'abord faire pression sur les autorités helvétiques pour qu'elles modifient les dispositions incriminées. Cela reviendrait à adapter la révision de la Constitution aux exigences internationales, mais au prix de procédures longues, coûteuses, et parfois problématiques pour les relations de la Suisse. La Suisse pourrait également être incitée à verser des prestations en guise de réparation du dommage subi par le particulier ou par l'Etat ou être soumise à des mesures de rétorsion diverses, pouvant aller jusqu'à l'exclusion de l'organisation en question<sup>177</sup>. Outre les désagréments matériels que cela représente, de telles sanctions auraient un effet désastreux pour la réputation de la Suisse. Il est inconcevable pour un Etat de droit d'en arriver à une telle extrémité.

#### 4.4. Conclusion intermédiaire

La « réponse classique »<sup>178</sup> donnée jusqu'à présent aux initiatives populaires contraires au droit international dispositif, que nous avons examinée dans ce chapitre, a permis de trouver des solutions lorsque le conflit s'est présenté *in concreto*, à trois reprises. Conformément à la tradition helvétique, on a pu préserver la large souveraineté populaire qui existe en Suisse, tout en évitant les dégâts sur le plan international. Néanmoins, il n'est pas sûr que cela puisse être le cas indéfiniment. On constate que, de tous les moyens envisagés pour résoudre le conflit, aucun ne permet une certitude absolue.

Il n'est pas exclu que la Suisse se retrouve un jour dans une impasse juridique aux conséquences politiques non négligeables. L'approche utilisée par les autorités, encore envisageable il y a plusieurs dizaines d'années<sup>179</sup>, ne permet plus aujourd'hui de résoudre à coup sûr les problèmes que

---

177FF 2004 3088s ; FF 2008 6964

178Cf. AUER/TORNAY p. 743

179Cf. AUER/TORNAY p. 744

posent les initiatives contraires au droit international. Il en découle une certaine imprévisibilité. Au lieu de permettre des initiatives populaires violant plus ou moins ouvertement le droit international, ce qui déboucherait sur l'engagement de la responsabilité internationale de la Suisse, il serait judicieux d'envisager une intervention en amont ou au moins d'utiliser une approche plus respectueuse du principe de la primauté du droit international de l'art. 5 al. 4 Cst. Consciente de cet état de fait, la doctrine a lancé depuis quelques années plusieurs pistes qui permettraient de s'adapter à cette situation tout en préservant le plus possible les droits populaires.

## 5. Perspectives d'avenir

### 5.1. L'élargissement du critère non-écrit de l'exécutabilité

Pour être valide et soumise au peuple, une initiative populaire doit être réalisable. Le critère de l'exécutabilité constitue en effet une condition *non-écrite* de validité des initiatives. C'est pour cette raison que l'AF a déclaré en 1955 l'initiative populaire « Chevallier » invalide<sup>180</sup>. Il s'agit d'un critère tellement évident que les autorités ont renoncé à l'inscrire expressément dans la Constitution lors de sa refonte en 1999<sup>181</sup>. Il a néanmoins été consacré dans la jurisprudence du TF concernant les initiatives populaires cantonales<sup>182</sup>. Une piste consisterait alors à invoquer ce critère d'inexécutabilité pour invalider les initiatives qui violeraient des traités non dénonçables<sup>183</sup>. L'impossibilité juridique du fait que l'initiative ne peut pas être mise en œuvre constituerait alors une limite matérielle à la révision de la Constitution.

Cette piste n'est de loin pas la meilleure à envisager et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, le critère de l'exécutabilité est controversé. AUBERT considère par exemple qu'il y a plus de chance qu'une initiative populaire pas totalement inexécutable soit déclarée nulle « par commodité », qu'une initiative réellement impossible à concrétiser soit soumise au vote du peuple et des cantons<sup>184</sup>. Il estime que la règle n'a pas été inscrite dans la Constitution de 1999 non pas parce qu'elle va de soi, mais justement à cause de son caractère ambigu. Deuxièmement, ce critère ne semble englober qu'une inexécutabilité *matérielle*, physique<sup>185</sup>. Dans le cas qui nous intéresse, l'impossibilité est *juridique* car ce sont des normes de droit qui empêchent la mise en œuvre de

---

180FF 1955 I 333 ; FF 1955 II 1522

181FF 1997 I 453

182Cf. *supra* 2.3.2.1

183Cf. ZIMMERMAN p. 754

184Cf. AUBERT, *Commentaire* n°10, ZIMMERMAN 754

185Cf. HANGARTNER/KLEY n°499 p. 209

l'initiative. Cette deuxième variante de l'inexécutabilité ne repose sur aucune pratique et apparaît donc comme plus controversée encore que le critère de l'inexécutabilité matérielle. Finalement, dans l'hypothèse où les autorités considèrent un jour l'inexécutabilité juridique comme une cause d'invalidation d'une initiative, la problématique de la violation du droit international dispositif ne serait que partiellement réglée. N'entreraient en effet dans ce critère que les traités internationaux *formellement* non dénonçables, comme les Pactes ONU I et II, mais pas les traités *factuellement* non dénonçables comme la CEDH<sup>186</sup>. Cette solution représenterait certes une avancée, mais incomplète et surtout improbable.

## 5.2. La non-application des normes litigieuses

Une autre approche préconisée par une partie de la doctrine veut qu'en cas d'acceptation d'une initiative populaire qui contredit des normes de droit international, les autorités renoncent à appliquer les dispositions constitutionnelles litigieuses<sup>187</sup>. Cette approche se base sur l'art. 5 al. 4 Cst, qui proclame la supériorité du droit international sur le droit interne<sup>188</sup> mais surtout sur l'art. 190 Cst, qui consacre l'immunité des lois fédérales et du droit international. Conformément à cette disposition et à la pratique récente du TF, une norme, de quelque nature que ce soit, qui est contraire au droit international, ne devra pas être appliquée<sup>189</sup>.

Une telle approche cherche à trouver un compromis entre les deux ordres juridiques, en tâchant de sauvegarder au maximum l'application de leurs dispositions respectives<sup>190</sup>. Le texte des initiants serait alors soumis intégralement au vote du peuple et des cantons. Cependant, en cas d'acceptation, les autorités ne devront pas appliquer les dispositions litigieuses dans la mesure où celles-ci violent des engagements supérieurs et où ni une interprétation conforme au droit international, ni une modification des traités ne s'avèrent possibles.

Rappelons qu'en cas d'application de normes constitutionnelles violant des dispositions de droit international, la Suisse serait exposée à des sanctions édictées par les organes internationaux de surveillance comme la Cour européenne des droits de l'homme, les Comités institués par les Pactes

---

186 Cf. ZIMMERMAN p. 754

187 Cf. AUER/TORNAY p. 745-746 ; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, Bern : Stämpfli, 2007 p. 21

188 Concernant l'art. 5 al. 4 Cst, ZIMMERMAN considère que, conformément au principe *lex specialis derogat generali*, celui-ci doit s'effacer devant l'art. 139 al. 2 Cst ; ZIMMERMAN p. 756

189 ATF 119 V 171 ; cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER n° 1857 ss p. 653 ss, et plus spécialement les n° 1881-1884.

190 Cf. AUER/TORNAY p. 745 : « Puisque tant la démocratie directe que la protection internationale des droits de l'homme se trouvent ancrées au cœur même du système constitutionnel helvétique, ce système doit réussir à les concilier, quitte à décevoir les intégristes des deux côtés. »



ONU I et II ou l'organe de règlement des différends de l'OMC. Selon le type de mesures, elle serait condamnée à des sanctions pécuniaires ou forcée de réviser les dispositions litigieuses<sup>191</sup>. La non-application des normes problématiques serait alors un moyen pour la Suisse d'échapper à des procédures devant les organes internationaux qu'elle perdrait probablement et d'éviter ainsi une dégradation de sa réputation d'Etat de droit.

Une telle approche permet ainsi de résoudre le problème sans nécessiter de lourdes modifications constitutionnelles. Elle apparaît comme une piste raisonnable et adaptée. Depuis une pratique récente, le TF refuse d'appliquer une loi contraire au droit international. Il est dès lors tout à fait concevable qu'il emploie la même approche pour des articles constitutionnels<sup>192</sup>. Il apparaît cependant comme problématique de soumettre un texte au vote du peuple et des cantons et de ne pas le concrétiser entièrement par la suite. Il en découle selon nous un affaiblissement de l'institution de la démocratie directe. Il n'est pas sûr que le corps électoral soit entièrement satisfait de voir que les objets sur lesquels il vote sont ensuite écartés par préférence à des normes établies sans leur concours. Dans le cadre de la révision des droits populaires de 2001, les autorités ont renoncé à étendre le critère de « normes impératives du droit international », notamment car « le peuple pourrait avoir l'impression que ses décisions ne sont pas prises au sérieux »<sup>193</sup>. Mais c'est exactement ce qui pourrait se produire si un texte qu'il a pourtant accepté n'est, par la suite, pas traduit entièrement dans les faits<sup>194</sup>. Malgré cet inconvénient, une telle piste est à envisager. Elle permettrait à la Suisse de respecter ses engagements internationaux d'une manière flexible et pragmatique. Au lieu de décider d'une façon abstraite jusqu'à quel point la Constitution peut être révisée, un examen au cas par cas permet de trouver le meilleur compromis entre les deux niveaux de normes en conflit. Pour réduire le risque de voir les citoyens s'insurger du non-respect de ses décisions, il appartiendra aux autorités de les avertir clairement que, par respect par la Suisse de ses obligations internationales, certaines parties du texte ne pourraient pas être concrétisées<sup>195</sup>. Avant cela, ce seront les comités d'initiative qui devront réaliser que le fait de soumettre des initiatives orientées (volontairement ou non) contre le droit international pourrait à force mener à la frustration des électeurs<sup>196</sup>.

---

191 Cf *supra* 4.4

192 Cf. AUER/TORNAY p. 746 ; ATF 131 II 352 c. 1 ; ATF 129 III 656

193 FF 2001 4615

194« Es wäre Rechtsmissbrauch und ein Vertrauensbruch gegenüber dem Verfassungsgeber, die Initiative zwar zur Abstimmung zu bringen, sie im Fall der Annahme aber nicht oder nur eingeschränkt anzuwenden. », HANGARTNER/KLEY n°561 p. 230

195 Cf. AUER/TORNAY p. 746 ; voir également l'interview d'AUER dans *Le Temps* du 10 mai 2008 p. 8

196 Cf. AUER/TORNAY p. 746

### 5.3. L'organe de contrôle

Une certaine partie de la doctrine est d'avis qu'un contrôle préalable par une instance judiciaire devrait être institué<sup>197</sup>. L'organe actuel pour se prononcer sur la validité d'une initiative est l'AF. Pour ces auteurs, il est problématique que ce soit une autorité politique qui contrôle la validité des initiatives, alors que les critères à appliquer sont juridiques. Un organe juridique serait alors plus à même de s'en tenir au droit et de ne pas faire intervenir des considérations politiques dans les débats.

Pour AUER et ZIMMERMAN<sup>198</sup>, le TF devrait pouvoir être consulté au sujet de la validité des initiatives populaires. AUER estime qu'il faudrait le doter d'une compétence d'examen subsidiaire et générale de toute norme, qui lui permettrait entre autres de contrôler la conformité des normes constitutionnelles révisées envers le droit international<sup>199</sup>. Si une norme s'avérait contraire, le remède serait sa non-application, conformément à l'art. 190 Cst et à la jurisprudence récente du TF.

NOBS, quant à lui, propose l'institution de « *commissions d'initiative* ». Celles-ci seraient au nombre de deux, chacune composée de huit à dix membres du Conseil national et du Conseil des Etats. Elles seraient chargées du contrôle de la validité et de la conformité des initiatives au droit international. Un examen de ces questions dans le cadre de commissions au nombre réduit de membres permettrait, comme pour le TF, d'assurer un contrôle « rehaussé, autonome et dépassionné » se limitant aux questions juridiques pertinentes et balayant ainsi les dérives politiques dans le cadre d'un contrôle effectué par l'AF<sup>200</sup>.

### 5.4. L'élargissement de la notion de *jus cogens*

#### 5.4.1. Le *jus cogens* en tant que notion de droit international ou de droit suisse?

La notion de « normes impératives du droit international » de l'art. 139 al. 2 Cst a jusqu'à maintenant été considérée comme comprenant l'ensemble de normes que le droit international public désigne sous le terme de *jus cogens*. Il existe depuis plusieurs années un débat sur la nature même de cette notion. Faut-il par elle comprendre les normes reconnues *par le droit international public* comme étant impératives, ou peut-on élargir la notion de « normes impératives du droit

197Cf. AUER/TORNAY p. 745 ; cf. également *Le Temps* du 10 mai 2008 p. 8

198Cf. ZIMMERMAN p. 759-760

199Cf. AUER ANDREAS, *Statt Abbau der Volksrechte - Ausbau des Rechtsstaates - Völkerrechtswidrige Volksinitiativen als Anstoss zum Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit*, NZZ du 10 septembre 2008

200Cf. NOBS p. 388ss

international » de l'article à d'autres normes et ainsi en faire une *notion interne de droit constitutionnel* indépendante de la notion internationale du *jus cogens* ? Cette question est fondamentale dans la mesure où la deuxième alternative seulement permet d'élargir la notion à des normes qui ne sont pas forcément reconnues comme impératives par la communauté internationale dans son entier, mais qui le sont par la Suisse<sup>201</sup>.

Une interprétation historique de l'art. 139 al. 2 Cst et un examen de la pratique jusqu'à ce jour nous amènent à penser que la notion de « normes impératives du droit international » est synonyme de la notion de droit international public de *jus cogens*<sup>202</sup>. Un des signes les plus flagrants de cet état de fait est le fait que les autorités n'ont pas voulu étendre l'art. 139 al. 2 Cst au droit international impératif *de facto*<sup>203</sup>. La doctrine est, quant à elle, plus encline à donner à la notion de « norme impérative du droit international » un contenu de droit interne indépendant du droit international public<sup>204</sup>. Elle est à vrai dire plutôt partagée<sup>205</sup>. Les partisans d'une conception « constitutionnelle » se fondent notamment sur le fait que l'interprétation de la Constitution n'a pas été confiée à la pratique et à la doctrine internationales. Il s'agit plutôt du devoir des organes appelés à appliquer la Constitution. Cette dernière est d'ailleurs à interpréter de telle façon qu'elle puisse concrétiser au mieux les valeurs et les buts fondamentaux de l'ordre juridique international<sup>206</sup>. Les adversaires d'une telle conception se basent quant à eux avant tout sur le fait que le Message du CF concernant la notion ne renvoie qu'à des ouvrages de droit international public. De plus, la nécessité de concrétiser la notion par la pratique<sup>207</sup> est inhérente à la notion de *jus cogens* au sens du droit international, comme l'a voulu la CDI lors de l'élaboration de la CVT<sup>208</sup>. Enfin, la tradition constitutionnelle consiste surtout à sauvegarder au maximum la liberté du Constituant et par là le droit d'initiative<sup>209</sup>.

#### 5.4.2. Quel contenu à la notion de *jus cogens* ?

Si l'on considère la notion de « normes impératives du droit international » de l'art. 139 al. 2 Cst

201 En d'autres termes, le droit international impératif *de facto*.

202 FF 1997 I 453-454 ; cf. NOBS p. 106, HANGARTNER/KLEY n° 554

203 Cf. NOBS p. 106

204 Cf. NOBS p. 106

205 Sont d'avis que la notion est indépendante de la notion de droit international, entre autres : BIAGGINI GIOVANNI, *Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform*, PJA 1999 p. 728 ; NOBS p. 107 et 111, ZIMMERMAN p. 758. THÜRER p. 184 f. N°14-15. *Contra* : HANGARTNER/KLEY n°554 p. 228 ; AUER/TORNAY p. 744. Pour d'autres références de doctrine, cf. AUER/TORNAY p. 744 note 35

206 Cf. THÜRER n° 15 p. 185

207 Cf. FF 1997 454

208 Cf. *supra* 3.3.2

209 Cf. HANGARTNER/KLEY n°554 p. 228

comme une norme de droit interne pouvant aller plus loin que le *jus cogens* purement international, il subsiste encore la difficulté du contenu à donner à cette notion « constitutionnelle » de *jus cogens*. Se limite-t-on aux traités pour la protection des droits de l'homme ? Ou inclut-on d'autres critères ? Le critère pourrait être la portée du traité en question ou l'impossibilité de le dénoncer. Mais quels sont exactement les traités qui entrent dans ces catégories ? Nous pouvons partir du principe que la CEDH<sup>210</sup> et les Pactes ONU feraient partie de ce *jus cogens* élargi. Qu'en est-il des autres accords pour la protection des droits de l'Homme, des accords OMC, des accords bilatéraux ? Une approche sensée serait d'inclure dans ce *jus cogens* élargi les traités pour la protection des droits de l'Homme de même que les autres traités qui s'avèrent indénonçables conformément aux art. 54ss CVT, comme le prône ZIMMERMAN<sup>211</sup>. Afin de ne pas tronquer l'exercice des droits populaires, il faudrait cependant veiller à ne pas prévoir une interprétation trop large de la notion est de se limiter aux traités dont la violation mènerait à une impasse juridique. Cette solution permettrait alors à la Suisse de rester en phase avec ses obligations internationales, tout en respectant sa tradition constitutionnelle. La doctrine favorable à une interprétation large de l'art. 139 al. 2 Cst a des avis différents sur l'extension à donner à la notion. La majorité des auteurs considère aujourd'hui qu'il faudrait étendre la notion *au moins* aux traités dont la Suisse ne pourrait se retirer, si ce n'est au droit coutumier en entier, voire le droit international dans son ensemble<sup>212</sup>.

#### 5.4.3. Une solution raisonnable

L'extension de la notion de *jus cogens* aux normes de droit international public autres que le noyau dur reconnu par la communauté internationale constitue une solution adaptée au problème qui nous occupe. En considérant que la notion de « normes impératives du droit international » ne se fonde pas seulement sur la notion de droit international public mais est ouverte à une interprétation extensive par les organes fédéraux, nous pouvons ainsi élever au même rang que le *jus cogens* certaines normes qui ne sont pas reconnues par la communauté internationale comme ne souffrant aucune dérogation mais dont la sauvegarde est essentielle aux yeux de la Suisse. Les autorités ont renoncé à franchir un tel pas il y a plusieurs années<sup>213</sup>, estimant que les conflits devraient être réglés

---

210 Certains auteurs la considèrent déjà comme une forme de *jus cogens* régional, ZIMMERMAN p. 758

211 Cf. ZIMMERMAN p. 759

212 Cf. WILDHABER p. 299 : l'auteur considère que constituent une limite matérielle à la révision de la constitution, en plus du *jus cogens*, les traités d'une portée considérable, qui sont formellement ou *de facto* indénonçables. KÄLIN estime quant à lui que les initiatives contraires aux traités dont la Suisse ne peut se retirer et à la coutume doivent être invalidées (cf. KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*, p. 257).

213 Cf. AUER/TORNAY p. 744, qui renvoient au Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil d'Etat du 2 avril 2001 (FF 2001 4590)

au cas par cas et que « la probabilité qu'une initiative populaire contraire au droit international soit adoptée par le peuple est minime »<sup>214</sup>. Cette probabilité risque cependant d'augmenter étant donné la fréquence à laquelle sont déposées des initiatives violant le droit international.

## **6. Conclusion**

L'institution des droits politiques suisses doit aujourd'hui relever le défi que lui impose le droit international. Comme lui, le droit d'initiative doit évoluer pour s'adapter à la situation juridique actuelle. Pendant longtemps, l'approche envisagée par l'AF a clairement mis en avant les droits populaires. Mais on assiste, en ce moment, aux limites de ce système. Le mouvement d'« internationalisation » du droit qui se produit depuis plusieurs dizaines d'années a atteint un tel stade que le risque est bien plus accru aujourd'hui qu'une décision populaire soit contraire à ce droit supérieur. Si le cas d'une initiative populaire violant le *jus cogens* ne s'est plus reproduit depuis l'initiative sur l'asile, on a assisté à plusieurs reprises à des initiatives violant des normes internationales d'une haute importance, avant tout dans le domaine des droits de l'homme.

Si le droit international a gagné en quantité, il a aussi gagné en importance. Si la Suisse est une démocratie directe, elle est aussi un Etat de droit. En cette qualité, elle ne peut se permettre de prendre le risque de mettre en œuvre des dispositions violant plus ou moins ouvertement ses engagements internationaux et ce d'autant moins pour ce qui est des droits de l'homme, première « cible » de ces initiatives conflictuelles. Si tel était le cas, elle se retrouverait dans une impasse juridique. Elle serait confrontée au choix d'une violation de droits fondamentaux - impensable pour un Etat de droit - ou d'un isolement sur la scène internationale, avec des conséquences désastreuses sur le plan politique et surtout de moins en moins envisageable dans le monde d'aujourd'hui. Certaines de ces conséquences se font d'ailleurs déjà ressentir. Nous pensons ici avant tout à l'initiative contre les minarets qui a forcé le CF à intervenir très tôt auprès de pays musulmans afin de les assurer que cette initiative ne venait pas du gouvernement et à rédiger en un temps record un Message recommandant le rejet du texte.

Une approche au cas par cas, telle que préconisée jusqu'ici, n'est plus adaptée à la situation actuelle du droit international ni à l'importance qu'ont certains traités dans le droit interne. Dans les années 1990, les autorités ont réussi à introduire une première limite au droit d'initiative, en déclarant invalide une initiative contraire au droit international impératif. Elles doivent aujourd'hui de

---

214FF 2001 4615

nouveau oser franchir le pas et prendre en compte cette catégorie intermédiaire que constitue le droit international « impératif *de facto* ». Au lieu de prendre un risque qui n'est plus tout à fait maîtrisé, il faut réformer l'institution de l'initiative populaire afin de pouvoir agir en amont et ainsi éviter des situations inextricables.

Nous considérons qu'un changement d'approche de la part des autorités, débouchant sur la non-application des normes litigieuses, d'une part, ou l'élargissement du critère de normes impératives du droit international de l'art. 139 al. 2 Cst, d'autre part, sont les deux pistes à envisager. Cette deuxième piste est à notre avis à privilégier car elle permet une vraie intervention en amont, ce qui procure plusieurs avantages. Premièrement, les auteurs d'initiatives seraient dissuadés de rédiger des initiatives dont ils sauraient qu'elles seraient invalidées. Dans le même ordre d'idée, seul l'élargissement du critère épargnerait au monde politique la nécessité de s'embarrasser d'une initiative susceptible d'inquiéter d'autres Etats, telle que l'initiative contre les minarets. Cela permettrait enfin aux citoyens de voter en toute connaissance de cause. Cette option se heurte cependant à une plus grande difficulté de mise en œuvre. S'il s'avère effectivement qu'une interprétation extensive de l'art. 139 al. 2 Cst n'est pas possible, il faudrait alors procéder à une révision de la Constitution, soumise au référendum obligatoire.

Parallèlement, un transfert du contrôle des initiatives au TF constituerait également un progrès. Un tribunal est plus à même d'appliquer des critères juridiques et de percevoir toutes les conséquences de l'acceptation d'une initiative contraire au droit international que l'AF, qui est immanquablement soumise à des considérations politiques. De plus, le TF s'est montré extrêmement favorable au droit international, et plus particulièrement aux droits de l'Homme dans sa jurisprudence récente<sup>215</sup>. Il est dès lors concevable que, si un tel transfert de compétences s'opérait, le contrôle de la conformité des initiatives populaires au droit international serait plus rigoureux.

A défaut de tels changements, nous ne pouvons que plaider pour un changement de pratique de la part des autorités menant à la non-application des normes litigieuses. Cela n'empêcherait pas les comités de créer des initiatives violant, intentionnellement ou non, le droit international. Mais celles-ci n'auraient aucune conséquence néfaste sur ce plan-là en cas d'acceptation. Il faudrait par ailleurs prévenir les citoyens qu'une initiative violant le droit international ne pourrait pas être appliquée dans sa totalité, afin qu'il vote en connaissance de cause.

Quoi qu'on en dise, le droit international a une importance de plus en plus grande dans le monde

---

<sup>215</sup>Cf. *supra* 2.3.2.1

d'aujourd'hui. Cet état de fait se fait particulièrement ressentir dans notre démocratie directe. Les diverses voies étudiées dans le cadre de ce travail devraient avant tout permettre à la Suisse de se mettre en phase avec cette situation. Elle remplirait alors pleinement les devoirs qui lui incombent en tant qu'Etat de droit. Cela serait de plus un signal fort à l'encontre de certains comités desquels émanent ces initiatives et qui semblent parfois créer volontairement de tels conflits avec le droit international. Il est en effet intéressant de constater que ce genre d'initiatives provient régulièrement de milieux qui sont réputés pour être hostiles aux relations internationales.

Encore faut-il accepter de réformer le droit d'initiative populaire. Or, ceci n'est pas forcément évident. Le Conseil des Etats a récemment refusé de donner suite à une initiative parlementaire réclamant vers une extension de la notion de *jus cogens* de l'art. 139 al. 2 Cst. Peut-être faudra-t-il encore attendre longtemps avant que l'on réalise que le peuple suisse ne peut plus être autant souverain que par le passé. Peut-être faudra-t-il que l'on soit mis devant le fait accompli pour réaliser que certains domaines, les droits fondamentaux avant tout, sont désormais réglés au niveau international, qu'ils échappent dès lors à la seule compétence des Etats et que la démocratie directe ne peut pas être autant étendue qu'auparavant.

## **Selbständigkeitserklärung**

«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe o des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 20 des Universitätsstatus vom 17. Dezember 1997 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. »

Datum/Unterschrift :