

QUELLES NORMES IMPERATIVES DU DROIT INTERNATIONAL COMME LIMITE A L'EXERCICE DU DROIT D'INITIATIVE PAR LE PEUPLE?

*Tristan ZIMMERMANN**

RÉSUMÉ

L'article a mis en discussion si le peuple est souverain en matière de droits politiques en face d'une conception d'un critère de validité des initiatives populaires purement théorique. Le contrôle des initiatives populaires est exercé par l'Assemblée fédérale qui déclare totalement ou partiellement nulle une initiative populaire qui ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international. Par ailleurs, l'initiative « internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables » a été acceptée par le peuple et les cantons le 8 février 2004, mais, cette exigence apparaît contraire aux dispositions internationales ci-dessus mentionnées et au principe de proportionnalité qu'elles véhiculent. La non-conformité de cette disposition constitutionnelle, autrement dit l'impossibilité d'interpréter celle-ci de manière conforme à des traités internationaux auxquels la Suisse est partie, a été discutée par la doctrine, de même que la difficulté de la concrétiser au niveau législatif. Il convient dès lors de se pencher sur les critères de validité des initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale et plus particulièrement sur les éventuelles limites matérielles qu'elles pourraient rencontrer, au respect des normes impératives de droit international, se justifie au vu des difficultés constantes que rencontre

* Professor Assistente da Universidade de Genebra, Suíça. Aluno do Curso de Doutorado da Universidade de Genebra, Suíça

l'Assemblée fédérale lors de la concrétisation d'initiatives populaires qui leur sont contraires et aussi de l'obligation constitutionnelle lui enjoignant de respecter les droits fondamentaux.

MOTS-CLÉS: Initiatives populaires. Unité de la forme. Règles impératives. Souveraineté. Droit Internationale.

Introduction

Munie de 194'300 signatures, l'initiative « internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables » a été acceptée par le peuple et les cantons le 8 février 2004 et trouve depuis lors son assise constitutionnelle à l'article 123a Cst. Toutefois, le 24 novembre 2006, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a demandé au plénum de rejeter le projet de loi du Conseil fédéral tendant à la concrétisation de cette initiative au motif que son contenu est inconciliable avec les obligations internationales de la Confédération, contrairement à ce que le gouvernement avait préalablement affirmé dans son message¹. Il ressort en effet du texte de cette initiative qu'elle est contraire à l'art. 5 § 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)² et à l'art. 9 § 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II)³, consacrant la garantie de l'*habeas corpus ad custodiendum*. A la lecture de l'art. 123a al. 2 Cst., de nouvelles expertises, nécessaires à la remise en liberté du délinquant, ne sont en effet effectuées que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé et qu'il ne représente dès lors plus de danger pour la collectivité. Or, l'introduction de cette condition ne permet pas d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de la détention et ordonne la libération du délinquant si la détention est illégale suite à un changement de circonstances significatives

¹ FF 2001 3265, 3270.

² RS 0.101.

³ RS 0.103.2.

légitimant la remise en liberté de ce dernier. Ainsi, il pourrait être constaté que le délinquant peut être amendé et ne plus représenter un danger pour la société sans qu'une remise en liberté ne soit ordonnée faute de nouvelles connaissances scientifiques. Cette exigence apparaît contraire aux dispositions internationales ci-dessus mentionnées et au principe de proportionnalité qu'elles véhiculent⁴. La non-conformité de cette disposition constitutionnelle, autrement dit l'impossibilité d'interpréter celle-ci de manière conforme à des traités internationaux auxquels la Suisse est partie, a été discutée par la doctrine, de même que la difficulté de la concrétiser au niveau législatif⁵.

Il convient dès lors de se pencher sur les critères de validité des initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale et plus particulièrement sur les éventuelles limites matérielles qu'elles pourraient rencontrer, afin d'éviter de futures situations similaires dans lesquelles le législatif risque de se trouver dans l'impossibilité de concrétiser la volonté du peuple et des cantons en raison des engagements internationaux liant la Confédération. Par ailleurs, les autorités fédérales pourraient se retrouver prochainement

⁴ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II : Les droits fondamentaux, 2^e éd., Berne 2006, p. 182.

⁵ KUNZ Karl-Ludwig/STRATENWERTH Günter, *Zum Bericht der Arbeitsgruppe « Verwahrung »*, RPS 2005, p. 1-17 ; SCHEFER Markus, *Grundrechte in der Schweiz : Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller*, Berne 2005, 35. Celui-ci souligne la non-conformité à la CEDH et au Pacte II de la procédure de contrôles successifs proposée au sein du projet du groupe de travail ; JOSITSCH Daniel/BISCHOFF Patrick, *Die Verwahrungsinitiative – ein Pyrrhussieg ?*, Jusletter du 17 janvier 2005. Les auteurs mettent en exergue que le résultat du groupe de travail ne correspond plus à la volonté des initiants ; FOSTER Marc, *Lebenslage Verwahrung : zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV*, PJA 2004, p. 418, 423 et sv. Selon cet auteur, la notion de droit contraignant ne se pose pas, au motif que l'initiative peut être interprétée de manière conforme aux engagements internationaux pris par la Suisse en matière de droits de l'homme, conformément au message du Conseil fédéral (FF 2001 3270). De plus, l'art 31 al. 4 Cst. impose au juge un examen régulier de la légalité de la détention du délinquant. Voy. aussi le Message relatif à la mise en œuvre de l'art. 123a de la Constitution fédérale sur l'internement à vie pour les délinquants jugés très dangereux (FF 2006 869), ainsi que le projet de loi modifiant le code pénal (FF 2006 897).

confrontées à une situation semblable si l'initiative populaire fédérale « pour des naturalisations démocratiques » est soumise au vote et acceptée par le peuple et les cantons. Bien que cette dernière soit en contradiction évidente avec divers traités internationaux auxquels la Suisse est partie⁶, le Conseil fédéral a néanmoins jugé cette initiative valable⁷. Dernièrement, la commission des institutions politiques du Conseil national est même allée plus loin, « en proposant au plénum d'accepter l'initiative et de recommander aux citoyens de voter oui » sur le rétablissement des naturalisations par le peuple⁸.

I. Le contrôle des initiatives populaires

Le contrôle des initiatives populaires est exercé par l'Assemblée fédérale en vertu de l'art. 139 al. 2 (nouveau), selon lequel l'Assemblée fédérale déclare totalement ou partiellement nulle une initiative populaire qui ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, ainsi que de l'art. 173 al. 1 let. f Cst., qui dispose que l'Assemblée fédérale statue sur la validité des initiatives populaires qui ont abouti. Autrement dit, c'est un organe politique qui veille à la validité juridique des initiatives populaires. Il serait vivement souhaitable de corriger cette incongruité en confiant cette tâche au Tribunal fédéral, qui est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération, conformément à l'art. 188 al. 1 Cst. Etant donné que la répartition horizontale des compétences a été approuvée et confirmée par le constituant le 18 avril 1999, ce transfert de compétence du législatif au judiciaire est des plus improbables à l'heure actuelle. Cela l'est d'autant plus en raison du climat de méfiance croissante du politique à l'égard du pouvoir du juge⁹. Ainsi, nous nous contenterons,

⁶ A savoir la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104), le Pacte II ainsi que la CEDH. FF 2006 8481, 8486-90.

⁷ FF 2006 8501.

⁸ Le Temps, samedi 31 mars 2007, p. 6.

⁹ Sont illustratives à cet égard, les prises de position du Conseiller fédéral Christoph Blocher ainsi que du président de l'UDC Ueli Maurer dans le cadre de

dans le cadre de cette étude, d'analyser quelle serait la meilleure approche *de constitutione lata*, afin que la volonté populaire, une fois exprimée à l'urne, soit créatrice d'effets juridiques.

A notre sens, l'Assemblée fédérale, au cours de son examen de la validité des initiatives populaires, devrait se montrer plus restrictive lorsque celles-ci posent un problème de concrétisation dans l'hypothèse où elles seraient acceptées par le peuple et les cantons et non se reposer sur des critères purement formels. Sinon en découleraient un risque pour le crédit de la démocratie directe ainsi qu'une plus grande méfiance du peuple à l'égard des autorités fédérales. En effet, à partir du moment où le peuple exprime son vote à l'urne, son attente à en voir le résultat concrétisé est des plus légitimes. Ainsi, afin de ne pas soumettre au peuple une question dont la réponse serait dénuée de toute conséquence juridique, et par suite porter atteinte à la liberté de vote du corps électoral, il convient d'agir en amont. Pour atteindre cette finalité, l'Assemblée fédérale devrait adopter une jurisprudence plus pragmatique lors du traitement de la validité des initiatives populaires pour ne pas soumettre au vote des objets dont la concrétisation s'avère inconciliable avec certains engagements internationaux auxquels la Confédération a souscrit. Par ailleurs, comme l'ancien juge fédéral André Grisel l'a très justement écrit, « il est vain de faire les frais d'un scrutin populaire qui, qu'elle qu'en soit l'issue, ne sert à rien »¹⁰. Soutenir le contraire reviendrait à poser une question au peuple qui ne se verrait pas concrétisée dans le sens de l'initiative ou resterait lettre morte.

Dans le cadre de l'initiative « internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non

l'arrêt du Tribunal fédéral rendu le 18 mars 2005 au sujet de l'aide d'urgence aux requérants déboutés par une décision définitive de non-entrée en matière (ATF 131 I 166, X.). Voy. Le Temps du 2 décembre 2005, p. 9 et 18 ; SPESCHA Marc, Absolute Demokratie – gefährdeter Rechtsstaat : Demokratiepraktische und staatsethische Ueberlegungen aus Anlass aktueller Gesetzrevisionen im Bürger-, Asyl- und Ausländerrecht, in PJA 2006, p. 181, 192 ; BOCE 2005, p. 336-337.

¹⁰ GRISEL André, A propos de la hiérarchie des normes juridiques, in ZBl 1987, p. 377, 387.

amendables », les autorités fédérales, une fois conscientes de la contravention de cette initiative à des engagements internationaux obligeant la Suisse, se sont efforcées de l'interpréter de manière conforme à ceux-ci, au risque d'aller à l'encontre de la volonté des initiants et par voie de conséquence du peuple. Pareille mésaventure était déjà arrivée aux partisans de l'initiative « pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit »¹¹. Ces deux exemples fournissent la preuve qu'un sérieux problème de concrétisation se pose lorsque des initiatives sont contraires à des traités auxquels la Suisse est partie, sans pour autant que des normes impératives de droit international n'entrent en jeu. Le Conseil fédéral n'a pas souhaité l'édition de normes réglementant ces cas de figure et a préféré que ce problème soit réglé de manière casuistique. En effet, il craignait qu'en cas de débat parlementaire sur cette question, le peuple ait l'impression que ses décisions ne sont pas prises au sérieux¹². Autrement dit, une fois le vote effectué, les conséquences sont du seul ressort des autorités fédérales. Cette approche semble questionnable d'un point de vue du respect des droits politiques. La maxime *in dubio pro populo* ne doit pas servir à soulager la conscience des autorités fédérales mais bien plutôt permettre que le peuple se prononce souverainement sur des sujets susceptibles de prendre matériellement forme.

II. Les conditions de validité des initiatives populaires rédigées de toutes pièces

Les conditions dont dépend la validité juridique des initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale sont au nombre de quatre : l'unité de la forme, l'unité de la matière, la conformité aux règles impératives du droit international ainsi que l'exécutabilité¹³. Les trois premières conditions apparaissent de manière explicite dans le texte de notre Charte fondamentale, aux

¹¹ FF 1992 II 865. Voy. BAUMANN Robert, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, in ZBI 2007, p. 181, 210.

¹² FF 2001 4590, 4615.

¹³ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1 : L'Etat, 2^e éd., Berne 2006, p. 248 ss.

articles 139 (ancien) al. 3, 139 (nouveau) al. 2 et 194 al. 2 et 3 Cst., tandis que la condition de l'exécutabilité est implicite et découle d'un principe général du droit, qui veut que le peuple ne se prononce que sur des questions susceptibles d'être concrétisées, selon une jurisprudence que le Tribunal fédéral a développée concernant les initiatives cantonales¹⁴.

A. Unité de la forme

La révision partielle de la Constitution peut être demandée par le biais d'une initiative formulée en termes généraux ou sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces (art. 139 (nouveau) al. 2 Cst et 75 al. 3 LDP). L'exigence de l'unité de la forme interdit au comité d'initiative de mélanger les deux formes. La raison d'être de cette condition tient aux procédures distinctes auxquelles sont soumises les deux formes d'initiative.

B. Unité de la matière

Le principe de l'unité de la matière est respecté lorsqu'il existe un rapport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative (art. 75 al. 2 LDP), ainsi qu'une unité de but¹⁵. Cette exigence découle de la liberté de vote, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté (art. 34 al. 2 Cst.)¹⁶. Elle trouve également application lors de la récolte des signatures¹⁷. Le vote ne peut par conséquent porter sur une question comprenant plusieurs objets distincts. En effet, les électeurs ne doivent pas être amenés à donner une seule réponse, s'ils ont des opinions divergentes sur les diverses questions que le texte de l'initiative soulève¹⁸. Sinon, la volonté du peuple ne pourrait être exprimée de manière claire et sans

¹⁴ *Id.*, p. 252 ; ATF 94 I 120, 126 *Überparteiliches Initiativkomitee* = JdT 1969 I 202, 203.

¹⁵ ATF 130 I 185, 195 *ASLOCA* ; 129 I 381, 384 *Comité d'initiative 119*.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ ATF 116 Ia 466, 471 *Association contre l'aérodrome d'Etagnières*.

¹⁸ GRISEL Etienne, *Initiative et référendum populaires : traité de la démocratie semi-directe en droit Suisse*, 3^e éd., Berne 2004, p. 250.

la moindre équivoque. Selon Jean-François Aubert, cette condition représente un dérivé de la « garantie des droits politiques »¹⁹.

C. La conformité aux règles internationales de droit impératif

La troisième condition de validité est également mentionnée de manière explicite et stipule que le contenu de l'initiative ne doit pas être contraire aux règles impératives du droit international²⁰. De plus, l'initiative populaire ne devrait pas aller à l'encontre du droit international obligeant la Suisse, puisque la Confédération et les cantons respectent le droit international²¹. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l'art. 139 Cst. est à lire comme une *lex specialis* stipulant qu'une initiative populaire ne soit invalidée que dans l'hypothèse où elle serait contraire à une disposition de droit international impératif²². Rappelons à ce stade qu'une initiative populaire fédérale ne peut être contraire à la Constitution, puisque par définition elle tend à modifier cette dernière. Par conséquent l'on ne saurait chercher au sein de notre loi fondamentale des limites matérielles à sa révision²³. Ainsi, cette condition retiendra plus particulièrement notre attention, car certaines zones d'ombre subsistent quant à la définition d'une règle impérative de droit international.

Un élargissement de cette notion aurait pour corollaire une redéfinition de la notion de démocratie directe. Le peuple suisse verrait sa capacité à recourir aux instruments de démocratie directe réduite et cela sans qu'il ne l'ait lui-même décidé. En effet, la création du *jus cogens* ne peut être considérée comme découlant d'un processus

¹⁹ AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, p. 1092.

²⁰ Art. 139 (nouveau) al. 2, 139 (ancien) al. 3 et 194 al. 2 Cst.

²¹ Art. 5 al. 4 Cst.

²² FF 2006 8481, 8489 ; 2004 3077, 3087 ; 1997 I 1, 441.

²³ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELLIER Michel (note 13), p. 496. Selon les auteurs, « une raison qui peut expliquer et justifier l'absence de limites matérielles [autonomes] à la révisibilité de la Constitution suisse est que, d'emblée, la légitimité du constituant dérivé, à savoir du peuple et des cantons, est jugée supérieure à celle non seulement de tous les autres organes de l'Etat, mais aussi du constituant originaire ».

démocratique. Ce développement s'effectue à travers la position que les Etats adoptent sur la scène internationale, sans que l'unanimité de ces derniers ne soit requise pour engendrer la création de nouvelles normes relevant du *ius cogens*. A ce titre, il s'agit indubitablement d'un rétrécissement du champ d'application de la démocratie directe, puisque la prérogative du peuple à déposer une initiative populaire tendant à la révision de la Constitution fédérale s'en trouverait amoindrie. Pour cette raison, il convient de trouver le juste équilibre entre ces deux domaines chers à notre régime institutionnel, que sont le respect de la démocratie directe et celui du droit international contraignant, tout en restant dans le cadre fixé par le constituant²⁴.

D. Exécutabilité

La dernière condition admise par le Tribunal fédéral concerne l'exécutabilité de l'initiative. Bien que ne figurant pas explicitement dans la Constitution fédérale, il semblerait abscons que le peuple soit amené à se prononcer sur un texte qui ne pourrait pas être concrétisé. L'initiative doit par conséquent être objectivement réalisable. L'inexécutabilité est considérée comme une « limite matérielle non écrite à la révision constitutionnelle »²⁵. L'impossibilité peut être

²⁴ Cette optique est à distinguer de celle à laquelle le peuple suisse serait confronté lors d'une éventuelle adhésion à l'Union européenne. Dans ce cas de figure, le peuple se prononcerait sur un transfert de compétences à l'Union européenne par le biais d'une modification constitutionnelle qui s'opérerait soit par le biais d'une initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution, selon l'art. 139 Cst., soit par la voie du référendum obligatoire conformément à l'art 140 al. 1 let. b Cst. Ainsi, le peuple aurait décidé souverainement de céder certaines compétences à l'Union européenne, compétences sur lesquelles il ne pourrait dès lors plus se prononcer. De plus, il ne s'agirait pas nécessairement d'un rétrécissement de la démocratie directe, mais bien plutôt d'un « redimensionnement » de cette dernière, car le peuple helvétique pourrait influencer sur la politique et l'évolution institutionnelle de l'Union par l'entremise de ses représentants dans les divers organes de l'Union, ce qu'elle ne peut point faire à l'heure actuelle. Voy TANQUEREL Thierry, La Suisse doit-elle choisir entre l'Europe et la démocratie directe ?, in Revue de droit suisse vol. 110, 1991, p. 187, 207.

²⁵ FF 1997 I 441.

aussi bien matérielle que juridique²⁶. Cette exigence est à interpréter de manière large et doit conduire à l'invalidité de l'initiative dans les seuls cas où l'inexécutabilité est manifeste et matérielle ou juridique, et non pas seulement temporelle²⁷. C'est dans ce sens que le Tribunal fédéral a reconnu qu'il ne se justifie pas de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté²⁸.

III. Quelles voies pour une jurisprudence conforme à l'évolution juridique actuelle ?

Un durcissement des conditions de validité formelle n'est d'aucun secours dans les difficultés rencontrées par le législatif dans la concrétisation des initiatives débattues ci-dessus, raison pour laquelle nous nous concentrerons sur les conditions de validité matérielle, comprises aussi bien dans l'exigence d'exécutabilité de l'initiative que dans celle de conformité aux règles impératives de droit international. Afin de parer à une situation où l'Assemblée fédérale ne serait pas en mesure de mettre en oeuvre une initiative populaire pour des motifs ressortant aux engagements internationaux pris par la Suisse, trois possibilités semblent se présenter.

A. Cas d'inexécutabilité juridique

Tout d'abord l'on pourrait songer à l'impossibilité à laquelle serait confrontée l'Assemblée fédérale si elle devait concrétiser un texte qui viole un traité international non dénonçable, tel que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II)²⁹, autrement dit un cas d'inexécutabilité juridique³⁰. Cet examen revient également

²⁶ ATF 128 I 190, 202 *Michel Rossetti*.

²⁷ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELLIER Michel (note 13), p. 252.

²⁸ ATF 128 I 190, 202 *Michel Rossetti*.

²⁹ RS 0.103.2.

³⁰ Sur la question de l'impossibilité de dénoncer les Pactes ONU, voy. art. 56 CVDT ; NOWAK Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR commentary, Kehl am Rhein 2005, p. XXXVI et ss. ; AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELLIER Michel (note 13), p. 453 ; Le Conseil fédéral lui-même a relevé que « l'impossibilité de dénoncer les Pactes [internationaux de 1966]

à porter un regard sur l'exhaustivité ou non des conditions de validité des initiatives populaires au sens des articles 139 (nouveau) al. 2, 139 (ancien) al. 3 et 194 al. 2 et 3 Cst.

B. Respect du droit international et des droits fondamentaux

Ensuite, il serait également concevable que l'article 5 al. 4 Cst. imposant le respect du droit international à la Confédération et aux cantons conduise à l'invalidation d'une initiative qui serait contraire au droit international sans se limiter au seul *jus cogens*, puisqu'à teneur de cette disposition constitutionnelle, l'ensemble du droit international s'impose aux organes de l'Etat. Dans le même ordre d'idées, il sied de se pencher sur l'article 35 al. 2 Cst., qui dispose que quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation et d'examiner dans quelle mesure cet article oblige l'Assemblée fédérale dans son analyse de la validité des initiatives populaires.

C. Elargissement de la notion de jus cogens

Enfin, l'option la plus respectueuse du texte constitutionnel lui-même, voudrait que nous en restions à l'exigence de conformité aux règles impératives du droit international, mais en élargissant la conception défendue jusqu'ici aussi bien par la jurisprudence de l'Assemblée fédérale que par celle du Tribunal fédéral. Ceci permettrait à l'Assemblée fédérale d'invalidier des initiatives qui iraient à l'encontre de droits consacrés au sein de la CEDH et du Pacte II. Il conviendrait alors d'établir qu'il n'y a point identité parfaite entre les règles impératives du droit international au sens de l'art. 139 (nouveau) al. 2 Cst. et le *jus cogens stricto sensu*, tel que consacré par la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT)³¹. Cette

tient à leur nature, à savoir le caractère fondamental et universel des droits qu'ils protègent, au fait qu'ils codifient – en les concrétisant – des obligations qui découlent directement de la Charte des Nations Unies (cf. art. 1^{er}, par. 3 ; art. 55 et 56) et à l'importance que la communauté internationale attribue de plus en plus à la protection des droits de l'homme ». FF 1991 I 1129, 1147.

³¹ En vigueur pour la Suisse depuis le 6 juin 1990, RS 0.111.

optique nous permettrait de prendre, par exemple, en considération un *jus cogens* de nature régionale lors de l'examen de la validité des initiatives populaires.

IV. Quelle définition du *jus cogens* ?

A. Son origine

Le *jus cogens* trouve son origine moderne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT)³². Son origine connue, ses contours le sont beaucoup moins, aussi bien au plan international qu'au plan national. Existe-t-il un ou plusieurs *jura cogentia*, étant entendu que leur portée respective serait distincte, universelle ou régionale par exemple ? Dès lors, il s'agit de définir son étendue de la manière la plus exacte qui soit au plan universel, puis de déterminer si le contenu du *jus cogens* est identique aux règles impératives du droit international au sens de la Constitution fédérale, ce que semblent soutenir les autorités fédérales dans le message sur la Constitution de 1999³³.

B. Sa qualité hiérarchiquement supérieure

Le *jus cogens*, ou droit impératif, n'est pas une source formelle du droit international public, mais représente la qualité particulière d'une norme, qui est par définition hiérarchiquement supérieure à toutes les autres³⁴. Se fait jour en conséquence une hiérarchie

³² Selon l'art. 53 CVDT « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative de droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général 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 et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. » Quant à l'art. 64 CVDT, il dispose que « si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

³³ FF 1997 I 454. Voy. BAUMANN Robert (note 11), p. 182.

³⁴ Selon l'art. 38 du statut de la Cour internationale de justice (RS 0.193.501),

matérielle entre normes internationales à raison de l'importance de leur contenu³⁵. Les normes de droit impératif peuvent aussi bien avoir une assise conventionnelle qu'une assise coutumière, de plus l'une n'excluant pas l'autre. Toutefois, ce n'est pas la convention elle-même qui crée la qualité de cette norme, mais *l'opinio juris* à son égard³⁶. Il en résulte que la coutume se trouve à l'origine de la création de normes de droit impératif. En effet, à *l'opinio juris* s'adjoint la pratique constante des Etats, qui peut également s'exprimer au sein de traités bi- ou multilatéraux, comme socle de la création de ces normes de qualité hiérarchiquement supérieure³⁷. Il est à relever que c'est le critère subjectif, autrement dit *l'opinio juris cogentis* de ces normes qui leur confère cette qualité particulière. Celles-ci s'imposent de manière absolue aux Etats, qui ne peuvent en aucun cas s'en affranchir d'une quelconque manière, qu'elle soit conventionnelle ou autre. Ces normes étant créées indépendamment de la volonté des Etats, ces derniers sont dans l'impossibilité de s'y soustraire. Il en découle que l'autonomie normative des Etats s'en voit restreinte. La *ratio existendi* de cette catégorie de normes est la suivante : « la protection absolue dont jouissent ces règles impératives vise à garantir un noyau dur de droits et de devoirs permettant d'assurer la coexistence des membres de la communauté humaine et de leur offrir des conditions de vie dignes d'êtres humains »³⁸.

les sources formelles du droit international comprennent les conventions internationales, la coutume internationale, les principes généraux du droit, ainsi que les décisions judiciaires et la doctrine, comme moyens auxiliaires. Il est possible d'y ajouter, les actes unilatéraux des Etats, de même que les décisions des organisations internationales. Voy. NGUYEN QUOC Dinh/DAILLIER Patrick/PELLET Alain, Droit international public, Paris 2002, p. 114-115.

³⁵ KOLB Robert, Théorie du *ius cogens* international, in Revue belge de droit international vol. 36, 2003, p. 5, 22.

³⁶ DUPUY Pierre-Marie, Droit international public, Paris 2006, p. 296.

³⁷ KAWASAKI Kyoji, A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law, in Hitotsubashi Journal of Law and Politics vol. 34, 2006, p. 27, 30.

³⁸ Note de la Direction du Droit International Public du 12 février 1997 définissant le *ius cogens*, reproduite in RSDIE 1998, p. 616.

C. *L'absence d'une procédure d'élaboration particulière rend son contenu incertain*

Il ressort des travaux préparatoires que l'art. 53 CVDT ne requiert point l'adhésion de l'unanimité des Etats de la communauté internationale pour la création d'une norme de *jus cogens*, bien qu'il apparaisse que le nombre d'Etats doit être important et inclure les divers groupes d'Etats³⁹. La CVDT ne nous donne par contre pas d'indication quant à l'existence d'un éventuel *jus cogens* régional et les conditions que ces normes devraient alors remplir pour être tenues pour telles. Par ailleurs, la notion de norme impérative n'est pas figée mais sujette à évolution au fil du temps.

Les normes de droit impératif ne connaissant pas une procédure d'élaboration particulière, seul le critère matériel est décisif pour les définir, à savoir l'importance des règles qu'elles contiennent. Comme les autorités fédérales l'ont relevé, ces règles ne peuvent pas être décrites en termes abstraits et nécessitent un certain développement jurisprudentiel. Elles fournissent une liste non exhaustive de normes qui revêtent à leurs yeux une telle qualité. Il s'agit de l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavagisme, les garanties de la CEDH qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité et les principes du droit humanitaire applicables en temps de guerre⁴⁰. Le

³⁹ NGUYEN QUOC Dinh/DAILLIER Patrick/PELLET Alain (note 34), p. 204.

⁴⁰ FF 1997 I 454. La doctrine a une vision plus large de cette notion. Voy. notamment BIAGGINI Giovanni, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform, in PJA 1999, p. 722, 728. Pour ce dernier, il n'est pas souhaitable que la notion de normes impératives du droit international corresponde à la notion de *jus cogens stricto sensu*. Il prône une notion ouverte, susceptible d'évoluer et non figée ; AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel (note 13), p. 251-252 ; HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter, Schweizerisches Bunde staatsrecht, 6^{ème} éd., Zurich 2005, p. 513 ; COTTIER Thomas/HERTIG Maya, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung : Stellung und Auswirkungen, in ZIMMERLI Ulrich (éd.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berne 2000, p. 1, 20 ; HANGARTNER Yvo, Art. 139 BV, in EHRENZELLER Bernhard/MASTRONARDI Philippe/SCHWEIZER Rainer J./VALLENDER Klaus A., (éd.), Zurich, Bâle, Genève 2002, p. 1469. LOMBARDI Aldo, Volksrechte und Bundesbehörden in der neuen

Tristan Zimmermann

caractère essentiel de ces règles justifie l'introduction d'une limite matérielle hétéronome supérieure à la révision de la Constitution. Le principe de l'interdiction du non-refoulement, qui a servi de base à la décision d'invalidité de l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable », est compris dans les garanties de la CEDH ne souffrant aucune dérogation. Cependant, il n'en voit pas moins sa qualité *juris cogentis* au plan universel contestée dans la doctrine⁴¹. Il ne figure pas non plus dans la liste exemplative de la note de la Direction du Droit International Public du 12 février 1997⁴², soit à peine une année après l'invalidation de l'initiative populaire « pour une politique d'asile raisonnable » par l'Assemblée fédérale. En l'absence d'une procédure formelle pour l'adoption des normes de droit impératif, le développement d'une pratique jurisprudentielle s'impose afin de ne pas restreindre de manière abusive et non justifiée les droits populaires pour des considérations aussi bien contestables que contestées.

Le Tribunal fédéral, quant à lui, n'a pas eu au fil de sa jurisprudence une définition limpide et constante de la notion de *jus cogens*. En effet, il ressort même de ses jugements des avis contradictoires au sujet du contenu de ce concept⁴³. Par conséquent,

Bundesverfassung, in PJA 1999, p. 706, 709. Voy. aussi HANGARTNER Yvo, Rechtsproblememe des Schächtverbots, Zugleich ein Beitrag zur Ungültigerklärung eidgenössischer Verfassungsinitiative wegen Verletzung faktisch zwingenden Völkerrechts, PJA 2002, p. 1022, 1033. Hangartner remarque que la Cour internationale de justice, qui constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies à teneur de l'article 92 de la Charte, inclut aussi l'interdiction de la discrimination raciale dans la notion de *jus cogens*, telle qu'elle ressort de sa pratique.

⁴¹ GRISEL Etienne (note 18), p. 258 ; NOBS Roger, Volksinitiative und Völkerrecht : eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, Zürich, St Gall 2006, p. 107, voir références en note de bas de page.

⁴² Reproduite in RSDIE 1998, p. 616.

⁴³ BAUMANN Robert (note 11), p. 188. L'auteur cite deux arrêts de 1991 et 2000, dans lesquels le Tribunal fédéral par deux fois considère la notion de *jus cogens* comme synonyme de celle d'ordre public à laquelle appartiennent les garanties de procédure de la CEDH et du Pacte II, tandis qu'il considère en 2002, que ces mêmes garanties ne correspondent « certainement pas » à du *jus cogens*. ATF

son apport ne nous est pas d'un grand secours dans la délimitation des contours du *jus cogens*. De même, la doctrine diverge sur les normes de droit international impératif qui devraient représenter une limite matérielle à la révision de la Constitution tout en adoptant dans son ensemble une position bien plus ouverte au droit international que ne l'est celle des autorités fédérales⁴⁴.

V. L'inexécutabilité juridique comme limite matérielle

Le critère de l'exécutabilité pourrait représenter une barrière matérielle à la soumission au peuple d'un objet dont le résultat n'aurait ni incidence juridique ni incidence matérielle. Tel pourrait éventuellement être le cas d'une initiative qui serait contraire au Pacte II, étant entendu que ce dernier ne peut être dénoncé⁴⁵. Sauf à considérer que la Suisse est prête à engager sa responsabilité internationale et à s'exposer aux éventuelles condamnations que le Comité de ce Pacte onusien pourrait formuler à son encontre. En effet, pour le Conseil fédéral, l'impossibilité de dénoncer un traité ne semble pas représenter un obstacle majeur permettant d'invalider une initiative populaire⁴⁶. Le risque d'engager sa responsabilité par la commission d'un délit international n'a pas dissuadé l'Assemblée fédérale d'accueillir favorablement l'initiative dite de « Rheinau », ni le Conseil fédéral de recommander de soumettre au vote du peuple et des cantons cette initiative tout en leur proposant de la rejeter⁴⁷. La doctrine, quant à elle, n'est pas monochrome au sujet des traités

117 Ib 337, 340, cons. 2a, P. c. *Office fédéral de la police*, du 14 octobre 1991 ; ATF 126 II 325, 327, cons. 4c, *Glouchkov c. Ministère public de la Confédération*, du 19 juin 2000 ; BGer, 1A.124/2001, p. 10, cons. 3.5, *Lazarenko c. Obergericht des Kantons Zürich*, du 28 mars 2002.

⁴⁴ Voy. la note 40 ; BAUMANN Robert (note 11), *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, in ZBl 2007, p. 181, 189. L'auteur cite de manière très minutieuse les différentes positions doctrinales sur la question.

⁴⁵ Voy. la note 30 sur l'impossibilité de dénoncer les Pactes onusiens de 1966.

⁴⁶ FF 2006 8481, 8490 ; 2004 3077, 3088.

⁴⁷ FAVRE Antoine, *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg 1970, p. 447 ; FF 1954 697.

internationaux non dénonçables comme limite matérielle à la révision de la Constitution⁴⁸.

A. L'absence de jurisprudence relative à l'impossibilité juridique

L'exigence de l'exécutabilité des initiatives populaires n'a pour l'heure été développée que sous l'angle de l'impossibilité matérielle⁴⁹. L'impossibilité juridique, bien que mentionnée par le Tribunal fédéral, se heurte à une absence de cas concrets. Cette exigence pourrait par ailleurs également être formulée sous l'angle de la conformité au droit supérieur, ce qui nous conduirait au même résultat, à savoir l'invalidation d'une initiative qui porterait atteinte aux limites matérielles hétéronomes à la révision de la Constitution que devraient représenter les Pactes des Nations Unies de 1966. Bien que ces instruments internationaux ne comprennent pas du *jus cogens* dans tous leurs éléments, il serait sage de les tenir pour des outils de protection des droits de l'homme qui justifieraient une restriction des droits populaires dans certains domaines et par là même déclarer invalides les initiatives populaires allant à l'encontre des droits consacrés en leur sein.

B. Le cas des traités non dénonçables de jure ou de facto

Cette approche, de nature réaliste, permettrait de sortir l'Assemblée fédérale de la voie sans issue dans laquelle elle se trouve dans les cas très limités mettant en jeu des traités non dénonçables. Toutefois, cette solution pragmatique de l'inexécutabilité ne connaît à ce jour aucun soutien ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine. De plus, le développement d'un critère implicite n'apparaît pas satisfaisant à plusieurs égards. D'abord son impact serait des plus limités puisqu'il se confinerait aux initiatives contraires aux traités internationaux non

⁴⁸ NOBS Roger (note 41), p. 112, note de bas de page 592 ; Voy. HANGARTNER Yvo (note 40), p. 1470.

⁴⁹ E.g. ATF 128 I 190, 202 Michel Rossetti ; FF 1955 II 333, 341. Voy. AUBERT Jean-François/MAHON Pascal (note 19), p. 1091-92. L'auteur y voit un critère offrant à l'Assemblée fédérale une marge de manœuvre indésirable.

Tristan Zimmermann

dénonçables et ne saurait englober les autres traités, qui eux sont dénonçables selon les articles 54 et suivants CVDT, telle que la CEDH, qui prévoit expressément à son article 58 la possibilité pour un Etat de la dénoncer. Ainsi, ceci conduirait seulement à faire concorder les règles impératives du droit international avec le *jus cogens* et les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, lesquels sont soumis au référendum facultatif à teneur de l'article 141 let. d Cst. De plus, cette classification serait malheureuse, puisque seuls les traités consacrant des droits de l'homme devraient, à notre sens, jouir de cette prédominance et non l'ensemble des traités de durée indéterminée et non dénonçables, étant donné que cette catégorie comprend avant tout des traités fixant de nouvelles frontières et qui ne sont en rien concernés par l'application des normes impératives de droit international⁵⁰. Autrement dit, ce critère de l'exécutabilité juridique nous permettrait d'invalider que les initiatives contraires aux deux Pactes ONU de 1966 et aux dispositions relevant du *jus cogens stricto sensu*. Cette évolution serait néanmoins souhaitable, mais n'est point suffisante si l'on garde à l'esprit les difficultés de concrétisation d'une initiative qui ne peut être interprétée conformément à la CEDH. Toutefois, selon une partie de la doctrine, en plus de l'impossibilité *de jure* de dénoncer les traités considérés comme non dénonçables au sens de la CVDT, se grefferait l'impossibilité de dénoncer *de facto* certains autres au motif que les dénoncer serait contraire à la *ratio legis* de l'art. 139 (nouveau) al. 2 Cst.⁵¹. Tel serait notamment le cas de la CEDH. Mais comment pourrait-on parler de traité *de facto* non

⁵⁰ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELLIER Michel (note 13), p. 452-453.

⁵¹ HANGARTNER Yvo, Rechtsproblememe des Schächtverbots, Zugleich ein Beitrag zur Ungültigerklärung eidgenössischer Verfassungsinitiative wegen Verletzung faktisch zwingenden Völkerrechts, PJA 2002, p. 1022, 1035 ; WILDHABER Luzius Neues zur Gültigkeit von Initiativen, in ZEN RUFFINEN Piermarco/AUER Andreas (éd.), De la constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 293, 299. Cet auteur estime qu'à l'avenir trois sortes d'obligations relevant du droit international devraient être tenues comme des limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale, à savoir le droit impératif *stricto sensu*, les traités non dénonçables de portée considérable, ainsi que les traités formellement dénonçables de portée considérable, mais qui sont devenus *de*

dénonçable, si l'on songe à l'hypothèse où le Conseil fédéral décide soit *sua sponte* de dénoncer la CEDH, soit le fait suite à une initiative populaire exigeant la dénonciation de ce traité, étant précisé que le Conseil fédéral demeure seul compétent pour procéder à un tel acte conformément à l'art. 184 al. 2 Cst. et au principe du parallélisme des formes. Cette initiative ne pourrait être invalidée étant donné qu'elle ne viole en rien une règle de droit international impératif, bien qu'elle soit susceptible d'ouvrir la boîte de Pandore. Ainsi, seules des considérations politiques pourraient avoir raison de cette initiative populaire, car nous ne voyons pas pour quelle raison une initiative ayant pour objet la dénonciation elle-même de la CEDH serait jugée valable, tandis qu'une initiative ayant pour conséquence la dénonciation de ce même traité ne le serait pas.

En second lieu, l'interprétation de l'art. 139 (nouveau) al. 2 Cst. semble s'opposer à cette approche incluant les traités non dénonçables, bien que la doctrine ne soit pas unanime sur la question de savoir si cet article est rédigé de manière exhaustive et si toute limitation découlant de l'ordre international ne comprend que les normes impératives, autrement dit le *jus cogens*⁵². Ainsi, il convient de procéder avec la plus grande prudence dans l'élaboration d'un nouveau critère de validité relatif à l'exécutabilité juridique des initiatives

facto non dénonçables. Giusep Nay, l'ancien président du Tribunal fédéral s'est exprimé dans le même sens concernant l'initiative populaire fédérale « contre la construction de minarets ». Selon lui, une initiative interdisant de manière générale la construction de minarets n'est pas exécutable au motif que la Suisse ne pourrait échapper à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Par conséquent, l'Assemblée fédérale ne devrait pas soumettre une telle initiative au peuple dans la mesure où elle aboutit, car ses revendications sont impraticables. *Solothurner Zeitung*, jeudi 3 mai 2007, p. 2. Initiative populaire fédérale « contre la construction de minarets » : examen préliminaire (FF 2007 3045).

⁵² NOBS Roger (note 41), p. 112, notes de bas de page 592 et 593. Nobs conclut quant à lui aux seules normes impératives du droit international comme limite matérielle hétéronome, p.116. Nous reviendrons sur cette querelle doctrinale dans la partie relative à l'élargissement de la notion des règles impératives du droit international. Voy. aussi BAUMANN Robert, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, in *ZBl* 2007, p. 181, 189.

populaires, d'autant plus lorsqu'il apparaît *contra constitutionem*, puisque la disposition en question circonscrit explicitement le critère de validité aux règles impératives de droit international.

Par conséquent, construire un critère d'exécutabilité juridique pour juger de la validité des initiatives populaires irait à l'encontre du texte de la Constitution et celui-là serait en définitive d'une portée relativement restreinte. Pour ces raisons, il est préférable de s'en tenir pour l'heure à l'exigence du seul critère d'exécutabilité matérielle, reconnu par la jurisprudence et les autorités fédérales depuis plus d'un demi-siècle et l'initiative populaire dite « Chevallier »⁵³. Cette assertion est renforcée par la volonté du constituant de limiter aux règles impératives du droit international, le carcan des limites hétéronomes à la révision de la Constitution au sens des articles 139 (nouveau) al. 2 et 194 al. 2 Cst. féd., comme le laisse augurer la pratique élaborée par l'Assemblée fédérale lors de l'initiative populaire « pour une politique d'asile raisonnable »⁵⁴. Par conséquent, la seule limite matérielle découlant d'un ordre juridique supérieur à la Constitution réside pour l'heure dans le *jus cogens*⁵⁵. Et de par leur seule qualité, les traités non dénonçables ne peuvent entrer sous cette catégorie de normes.

C. Quid en cas d'adhésion à l'Union européenne ?

Il serait cependant pertinent de voir quelle serait l'approche des autorités fédérales en cas d'adhésion à l'Union européenne et plus particulièrement d'une initiative populaire subséquente tendant à la dénonciation du Traité sur l'Union européenne de Maastricht ainsi que des Traités de Rome sur les Communautés européennes. Ces derniers sont conclus pour une durée illimitée (art. 312 CE). De même que pour le Traité de Maastricht, il n'est prévu ni procédure

⁵³ ATF 128 I 190, 202 *Michel Rossetti* ; FF 1997 I 453 ; FF 1955 II 333, 341. Déposée en décembre 1954, cette dernière demandait notamment une réduction des dépenses militaires pour l'année 1955 ou au plus tard pour 1956. Le Conseil fédéral recommanda à l'Assemblée fédérale de la déclarer invalide au motif qu'un vote positif ne pourrait plus influencer le budget de 1956.

⁵⁴ FF 1994 III 1471, 1487.

⁵⁵ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel (note 13), p. 495.

Tristan Zimmermann

de dénonciation du traité ni d'exclusion d'un Etat. Il appartiendrait à l'Assemblée fédérale d'élaborer une nouvelle condition de validité qui lui permette de rejeter cette initiative au motif qu'elle contrevient au droit communautaire, à moins que d'ici là le droit communautaire ne soit lui-même protégé dans la Constitution par un critère similaire à celui engendrant la nullité d'une initiative contraire aux normes impératives de droit international. En effet, à l'heure actuelle, il ne semble pas envisageable de pouvoir dénoncer ces traités de manière unilatérale, tandis qu'aucune raison juridique ne semble pouvoir s'opposer à un retrait négocié⁵⁶. Cette question aurait pu trouver une réponse avec le traité instituant une Constitution pour l'Europe, puisque celui-ci prévoit expressément à son article I-60 le retrait volontaire de l'Union. Ainsi, à l'aune de ces considérations, il serait intéressant de découvrir le *modus operandi* choisi par l'Assemblée fédérale pour traiter une initiative portant sur une telle question, tout en espérant que sa compréhension des normes impératives du droit international aura évolué d'ici cette date improbable.

VI. Le respect du droit international et des droits fondamentaux par les organes de la Confédération comme principe directeur de la Constitution

A. Le respect du droit international par la Confédération et les cantons

Le deuxième argument qui pourrait amener les Chambres fédérales à adopter une position plus restrictive en matière de validité

⁵⁶ JACQUÉ Jean-Paul, Droit institutionnel de l'Union européenne, 3^e éd., Paris 2004, p. 111-112 ; LOUIS Jean-Victor, L'ordre juridique de l'Union européenne, Bruxelles 2005, p. 121 et ss. ; RIDEAU Joël, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, 5^e éd., Paris 2006, p. 116. Voy. dans le même sens LENZ Carl Otto/BORCHARDT Klaus-Dieter, EU- und EG-Vertrag : Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3^e éd., Cologne 2003, p. 2356-2359. Toutefois, l'auteur relève la nature *sui generis* de ces traités et le fait que les règles internationales sur le droit des traités ne leur sont applicables que d'une manière subsidiaire.

des initiatives populaires, consisterait à recourir à l'art. 5 al. 4 Cst. qui impose le respect du droit international aussi bien à la Confédération qu'aux cantons. De plus, selon l'art. 26 CVDT qui consacre le principe *pacta sunt servanda*, tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi, l'art. 27 CVDT précisant qu'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Ainsi, une extension toute mesurée de ce principe voudrait que l'on ne puisse soumettre au peuple une question dont la réponse aurait pour corollaire la violation par la Confédération de ses engagements internationaux et en conséquence de la Constitution elle-même. Nous nous retrouvons ainsi en présence de deux normes constitutionnelles dont la portée est distincte quant au respect du droit international. Il sied dès lors de s'interroger sur la portée que l'article 5 al. 4 Cst. a sur les articles 139 et 194 Cst. S'agissant de normes de rang juridique identique, nous ne saurions faire primer l'une sur l'autre, à moins qu'une certaine intangibilité ne soit reconnue à l'une d'elles. Cette intangibilité pourrait conférer une prépondérance qui obligerait le constituant à lire le reste de la Constitution à la lumière de cette disposition. Tel ne semble pas être le cas, car aucune limite matérielle autonome supérieure à la révision de la Constitution n'est contenue dans celle-ci⁵⁷. Autrement dit aucune norme constitutionnelle ne jouit d'une supériorité sur ses congénères et par conséquent ne saurait primer l'une d'elles. Le seul élément nous permettant de déterminer si l'article 5 al. 4 Cst. représente une limite matérielle à la validité d'une initiative contraire au droit international, ressort à l'adage qui veut que la *lex specialis derogat generali*. Par voie de conséquence, l'article 139 (nouveau) al. 2 Cst. qui se réfère directement aux conditions de validité des initiatives populaires doit, en tant que loi spéciale, l'emporter sur le contenu de l'article 5 Cst. qui ne saurait être d'une application plus générale⁵⁸. Ainsi, le recours à cet article ne nous est d'aucune utilité dans le cadre d'une restriction des droits populaires pour violation du droit international.

⁵⁷ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel (note 13), p. 496 ; *contra* AUBERT Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel 1967, p. 130, note 1.

⁵⁸ Voy. HANGARTNER Yvo (note 40) p. 1469-70.

B. Le respect des droits fondamentaux pour quiconque assume une tâche de l'Etat

En revanche, plus discutable est la question de l'éventuelle application, lors de l'analyse de la validité des initiatives populaires, de l'article 35 al. 2 Cst. concernant la réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse. Les citoyens en tant que bénéficiaires des droits fondamentaux ne semblent *a priori* pas concernés par cette obligation incombant à quiconque assume une tâche de l'Etat. Bien que le corps électoral, en tant qu'organe de l'Etat, doit respecter les droits fondamentaux lorsqu'il assume une tâche de l'Etat⁵⁹, il ressort que l'exercice du droit d'initiative relève, à notre sens, davantage de la mise en œuvre d'un droit individuel que d'une tâche étatique à proprement parler. Il convient ainsi de distinguer le droit d'initiative, portant sur un objet général et abstrait, des votations sur des demandes de naturalisation, dans la mesure où les citoyens se substituent alors à l'Etat en rendant, par la voie du référendum, une décision administrative. Dans ce cadre-ci, le Tribunal fédéral a rappelé que les citoyens sont tenus de respecter les droits fondamentaux et notamment le principe de non discrimination⁶⁰.

Par contre, tout autre apparaît le rôle de l'Assemblée fédérale à cet égard. Les Chambres participent à la mise en place de la démocratie directe et prennent une part prépondérante dans l'organisation des droits politiques. De leur seule volonté dépend la tenue du scrutin portant sur le texte de l'initiative. Ainsi, il est indubitable que le législatif, par son analyse juridique de la validité des initiatives populaires, assume une tâche de l'Etat et est à ce titre tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation en soustrayant à l'onction populaire les initiatives contrevenant aux droits fondamentaux compris dans l'ordre juridique suisse, selon l'interprétation systématique qui veut que les droits fondamentaux en question sont ceux figurant aux articles 7 à 34 Cst. Comme nous avons souligné qu'il n'y a pas de limites autonomes à la révision de la Constitution, il en découle d'une part que

⁵⁹ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel (note 4), p. 57.

⁶⁰ ATF 129 I 217, 225 A. = SJ 2004 I 181, 188.

L'article 35 Cst. n'est pas intangible et d'autre part que cette obligation est à juger à l'aune des autres dispositions constitutionnelles en cas de contradiction, étant rappelé que celles-ci sont toutes de même rang et qu'aucune primauté ne s'applique à l'une d'elles. Ainsi, de deux choses l'une : soit l'Assemblée fédérale juge de la validité des initiatives populaires conformément à ce principe directeur, soit elle est à nouveau libre de s'en tenir aux critères figurant à l'art. 139 Cst., qui déroge à l'art. 35 Cst. au motif qu'il s'agit à nouveau d'une *lex specialis*. L'approche progressiste et désirable correspond à la seconde, tandis que la première recouvre la pratique juridique actuelle de l'Assemblée fédérale.

VII. Une redéfinition des règles impératives du droit international

La troisième option à laquelle pourrait souscrire l'Assemblée fédérale consiste à comprendre la notion de règles impératives du droit international de manière extensive. A priori, il convient de privilégier cette approche aux deux précédentes, au motif qu'elle est la plus respectueuse de la Constitution. En effet, il ne s'agit que d'une redéfinition d'une notion juridique partiellement indéterminée, qui figure en toutes lettres dans la Constitution.

A. L'origine de cette condition de validité

Il sied à titre liminaire de rappeler succinctement l'historique de cette condition de validité des initiatives populaires qui ne figurait point dans l'ancienne Constitution⁶¹. Le message concernant l'initiative populaire « pour une politique d'usage raisonnable » analyse la compatibilité de celle-ci avec le droit international public⁶². Or, il s'avère qu'en plus d'être en évidente contradiction avec plusieurs traités internationaux, aussi bien de portée universelle que de portée

⁶¹ Ce n'est qu'en 1891 que le constituant a institué la prérogative pour une fraction du corps électoral de lancer une initiative tendant à la révision partielle de la Constitution. Quant à l'initiative populaire tendant à la révision totale, elle était déjà ancrée dans la Constitution fédérale de 1848.

⁶² FF 1994 1471, 1483.

régionale, l'initiative est contraire au principe de non-refoulement qui fait partie intégrante du *jus cogens*. Ainsi, même en dénonçant certains traités, la Confédération se trouvera toujours en violation du droit international impératif, puisque ce principe découle également du droit international coutumier à caractère contraignant⁶³. Par conséquent, l'Assemblée fédérale se doit de déclarer nulle une telle initiative. C'est en réponse à la nullité de cette initiative que les parlementaires ont décidé l'introduction formelle dans la Constitution de 1999 d'un critère exigeant des initiatives populaires qu'elles soient conformes aux règles impératives du droit international. Toutefois, « il n'y a violation du droit international public impératif que si l'initiative populaire, ou la législation nationale correspondante, ne peut pas être interprétée en conformité avec le droit international public et qu'il en résulte de toute évidence un conflit de normes entre le droit international public impératif et le droit national »⁶⁴.

B. L'état actuel de la jurisprudence de l'Assemblée fédérale

De jurisprudence ancienne et constante, l'Assemblée fédérale se contente d'invalider une initiative quand elle viole une règle relevant du droit impératif *stricto sensu*. À ce jour, la seule illustration que nous en avons est l'invalidation de l'initiative populaire « pour une politique d'asile raisonnable ». Les initiatives populaires contrevenant aux engagements internationaux pris par la Suisse n'ont pour l'heure jamais représenté une limite matérielle hétéronome à la révision de la Constitution fédérale. Qu'il s'agisse notamment de l'initiative dite de « Rheinau » qui allait à l'encontre d'un engagement international pris par la Suisse⁶⁵, de l'initiative lancée par l'Action nationale qui tendait à soumettre tous les traités internationaux au référendum, y compris ceux déjà en vigueur, et risquait ainsi d'engager la responsabilité internationale de la Confédération⁶⁶, et plus récemment de l'initiative

⁶³ *Id.*, 1486.

⁶⁴ FF 1997 IV 441, 448 (Message concernant l'initiative populaire « pour une réglementation de l'immigration »).

⁶⁵ FF 1954 I 697, 714-16.

⁶⁶ FF 1974 II 1133, 1151-53.

Tristan Zimmermann

relative à « l'internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »⁶⁷ et de l'initiative « pour des naturalisations démocratiques »⁶⁸, les autorités ont pour habitude de faire primer les droits populaires sur le respect des engagements internationaux de la Confédération⁶⁹. La seule évolution perceptible réside dans l'émergence du critère du respect du *jus cogens* qui depuis une dizaine d'années constitue une limite matérielle à la révision constitutionnelle et se trouve consacré dans la Constitution de 1999 *expressis verbis*. Dès lors, il conviendrait de poursuivre cette évolution en favorisant une extension de ce concept en prenant en considération un certain pragmatisme politique, de sorte que les Chambres fédérales soient en mesure de concrétiser les initiatives populaires et d'être en harmonie avec l'internationalisation constante du droit, processus qui élargit chaque jour un petit peu plus la souveraineté de l'Etat-nation.

C. L'adoption d'une approche plus pragmatique

Ce pragmatisme politique pourrait nous guider sur l'insertion des traités internationaux non dénonçables et des normes de *jus cogens* régional, au sein du concept de règles impératives du droit international tel que l'entend la Constitution fédérale. Bien que le Tribunal fédéral n'ait pour l'heure pas explicitement renversé sa jurisprudence *Schubert*⁷⁰, selon laquelle le législateur fédéral peut consciemment édicter une règle contraire au droit international, il se dégage de sa jurisprudence postérieure une tendance à faire primer les conventions internationales sur le droit interne qui leur est contraire, d'autant plus quand celles-ci portent sur les droits de l'homme⁷¹. En

⁶⁷ FF 2001 3265, 3270.

⁶⁸ FF 2006 8481, 8486-8490.

⁶⁹ L'exception confirmant la règle se trouve à l'ATF 116 Ia 359 *Theresa Rohner et consorts* = JT 1992 I 98.

⁷⁰ ATF 99 Ib 39, 44.

⁷¹ ATF 122 II 485 S. c. *Office fédéral de la police* ; 119 V 171, 177 X. c. *Caisse cantonale valaisanne de compensation* ; 118 Ib 277, 281 S. ; 117 Ib 367, 373 *Eidg. Steuerverwaltung* ; 117 IV 124 *Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*.

effet, notre Haute cour a eu l'occasion de souligner que le respect du droit international s'impose d'autant plus quand la règle tend à la protection des droits de l'homme, dénotant ainsi l'importance particulière qu'il attache au respect de cette dernière⁷². A cet égard, le Tribunal fédéral est en parfaite harmonie avec le Comité des droits de l'homme du Pacte I, qui a également mis en exergue la nature particulière des instruments relatifs aux droits de l'homme⁷³.

Il serait dès lors envisageable de construire une catégorie intermédiaire d'obligations internationales liant la Suisse. Il s'agirait d'une branche *sui generis*, qui comprendrait les traités garantissant les droits fondamentaux à l'échelon international et se situerait entre le droit impératif *stricto sensu* et le droit international général. Elle pourrait ainsi représenter une extension de la limite matérielle à la validité des initiatives populaires et correspondre au respect d'un *jus cogens* régional et des traités non dénonçables. Une telle extension représenterait, cela va sans dire, une limitation accrue du droit d'initiative en élargissant le contenu des normes impératives du droit international comme critère de validité. Cette approche est défendue dans la doctrine même si pour le moment elle semble étrangère aux instances fédérales⁷⁴. A cet égard, il serait judicieux de considérer aussi bien la CEDH que les autres traités internationaux qui expriment un *jus commune* européen, comme relevant de ces normes impératives à coloration régionale, étant précisé qu'une norme de *jus cogens* régional ne peut pas être contraire au *jus cogens* de portée universelle.

⁷² ATF 125 II 417, 425 A. = SJ 2000 I 202, 205.

⁷³ CCPR Observation générale 24 : Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, 04/11/94, § 8, disponible à : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/eaf09a790821b1e280256523004caaf0?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/eaf09a790821b1e280256523004caaf0?Opendocument).

⁷⁴ NOBS Roger (note 41), p. 111 ; QUADROS Fausto de, La Convention Européenne des Droits de l'Homme : un cas de *jus cogens* régional ?, in BEYERLIN Ulrich/BOTHE Michael/HOFFMANN Rainer/PETERSMANN Ernst-Ulrich (éd.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin et al. 1995, p. 555-562.

Une partie de la doctrine va même jusqu'à concevoir l'ensemble de la CEDH et de ses protocoles additionnels comme appartenant au *jus cogens* régional du simple fait qu'ils sont acceptés et reconnus par la généralité des Parties contractantes⁷⁵. Pour reprendre la définition du *jus cogens* formulée par la DDIP, ce concept tend à garantir aux membres de la communauté internationale des conditions de vie dignes d'êtres humains. Il en ressort que les normes garantissant les droits de l'homme doivent être particulièrement respectées, d'autant plus quand l'on songe au noyau intangible des libertés auquel il devrait être inimaginable de porter atteinte.

D. Jus cogens régional ?

Pour illustrer ce propos, nous pouvons recourir à la question de l'interdiction de la peine de mort. Ressort-elle au *jus cogens* universel ? La réponse est évidemment négative, quand l'on considère le nombre d'Etats qui possèdent encore cette sanction dans leur éventail législatif pénal. Or, il appert que le droit à la vie est la liberté la plus fondamentale qui soit, puisque sans cette dernière, concevoir une quelconque raison d'être aux autres libertés demeurerait bien mystérieux. Depuis le Traité de Rome de 1950, une nette tendance s'est manifestée au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe en matière d'interdiction de la peine de mort. La CEDH *ab origine* garantit le droit à la vie à son article 2, le paragraphe 2 permettant toutefois certaines exceptions dans des circonstances bien déterminées. Le 1^{er} mars 1985 est entré en vigueur le Protocole n° 6 à la CEDH⁷⁶ qui interdit la peine de mort en temps de paix. Ce protocole a été ratifié par 45 des 46 Etats parties à cette Convention, la Russie s'étant contentée de le signer. Quant au Protocole n° 13 à la CEDH⁷⁷, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, il a déjà été ratifié par une écrasante majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe⁷⁸. Ces ratifications parlent

⁷⁵ KOLB Robert (note 35) p. 25 ; QUADROS Fausto de (note 72), p. 560.

⁷⁶ RS 0.101.06.

⁷⁷ RS 0.101.093.

⁷⁸ En date du 30 avril 2007, le protocole n° 13 compte 38 ratifications, étant

nettement en faveur d'un *jus commune* européen comprenant à tout le moins, l'interdiction de la peine de mort en temps de paix⁷⁹. Cela étant dit, il serait surprenant que l'Assemblée fédérale n'invalide pas une initiative populaire demandant la réintroduction de la peine de mort au motif qu'elle ne contrevient pas aux règles impératives du droit international et la soumette par conséquent au peuple⁸⁰. Car si tel était le cas, son embarras à concrétiser l'initiative relative à l'internement à vie semblerait bien moindre en comparaison.

Toutefois, si une initiative populaire réintroduisant la peine de mort et procédant par conséquent à l'abrogation de l'art. 10 al. 1 Cst. était acceptée par le peuple et les cantons, certaines conséquences au niveau international en découleraient. Tout d'abord, rien ne nous dit qu'elle ne serait pas directement applicable, comme tel semble déjà être le cas pour l'art. 123a Cst, et seule la retenue du juge pénal, dans l'attente d'une concrétisation de rang législatif, permettrait de différer une condamnation émanant du juge européen ou du Comité du Pacte II, étant entendu que la Suisse a également ratifié le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort⁸¹.

E. Dénonciation de la CEDH

Mais restons-en à notre examen du *jus cogens* régional et aux conséquences directes sur lesquelles cette initiative déboucherait. Il semble qu'une dénonciation de la CEDH *in globo* soit la seule issue à disposition⁸². Or, une telle dénonciation impliquerait bien plus qu'un

précisé que 6 Etats l'ont signé sans pour autant l'avoir encore ratifié, sur un total de 46 Etats membres.

⁷⁹ LOMBARDI Aldo (note 40), p. 709. Selon l'auteur, les droits de l'homme qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité, relèvent du *jus cogens*. L'interdiction de la peine de mort étant l'un de ces droits, appartient par là même à cette catégorie de normes hiérarchiquement supérieures.

⁸⁰ AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel (note 4), p 142.

⁸¹ RS 0.103.22.

⁸² Voy. FLAUSS Jean-François, De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles 1992, vol. 2, p. 1253-

Tristan Zimmermann

simple retrait à un traité international. En effet, depuis 1990, il ressort que l'acceptation de la CEDH est devenue une condition objective (quasi statutaire) pour devenir membre à part entière du Conseil de l'Europe⁸³. « S'il était déjà difficile [auparavant] d'envisager une dénonciation de la CEDH sans retrait corrélatif du Conseil de l'Europe, l'obligation d'adhésion à la CEDH comme condition d'admission (et à vrai dire d'appartenance) au Conseil renforce encore l'interdépendance entre les qualités de parties contractantes aux deux traités »⁸⁴. Par conséquent, une dénonciation de la CEDH devrait également conduire à une exclusion du Conseil de l'Europe. Il serait dès lors sage de ne pas concevoir la science juridique comme isolée et prendre en compte le pragmatisme politique qui peut en certaines circonstances s'éloigner de considérations trop théoriques, dénuées de tout fondement aussi bien éthique que pratique, et servir de support à une évolution juridique hautement désirée. Le droit est une science humaine et à ce titre se doit de prendre en considération les contingences de politique extérieure, d'autant plus quand elles se rapportent à des textes normatifs visant la protection des droits de l'homme. À l'heure actuelle, une dénonciation de la CEDH ne peut se formuler que sous l'angle théorique, la *realpolitik* nous imposant une réponse tout autre.

F. Les traités non dénonçables de jure ou de facto

La question des traités internationaux non dénonçables en droit ou en fait devrait appeler une réponse identique, à savoir

1268. PETTITI Louis-Edmond/DECAUX Emmanuel/IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris 1999, p. 943-956. Il ne fait pas de doute qu'une dénonciation de la Convention implique une dénonciation des protocoles. Par contre, la question de savoir si la dénonciation d'un protocole engendre également la dénonciation de la Convention reste posée, même si l'auteur y répond par l'affirmative.

⁸³ FLAUSS Jean-François, *Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe*, in *European Journal of International Law*, vol. 5, 1994, p. 401, 407-408 ; PETTITI Louis-Edmond/DECAUX Emmanuel/IMBERT Pierre-Henri (dir.) (note 82), p. 955-56.

⁸⁴ FLAUSS Jean-François (note 83), p. 410.

l'impossibilité de soumettre au corps électoral un texte allant à l'encontre des engagements internationaux pris par la Suisse, et ce d'autant plus dans le domaine des droits de l'homme.

Deux raisons imposent cette approche : tout d'abord, la Suisse ne peut se permettre d'engager sa responsabilité internationale au risque d'en subir des conséquences de tout ordre, aussi bien politique qu'économique, émanant des Etats qui lui sont proches et qui partagent entre eux certaines valeurs qu'un Etat voisin ne saurait remettre en question.

Deuxièmement, des considérations éthiques devraient guider les autorités fédérales. Les droits de l'homme occupant une place toujours croissante dans l'agenda international, la Suisse se doit d'être à l'avant-garde de cette évolution. Elle ne peut ni aller à l'encontre des avancées que le droit international a suscitées ni de la tradition « droit de l'homme » qui a toujours habité la conscience helvétique.

A l'Assemblée fédérale de faire en sorte que la Suisse ne devienne pas le mouton noir de la communauté des Etats de droit. A elle également de procéder à un développement juridique qui fasse de l'introduction du droit impératif comme condition de validité des initiatives populaires, le premier pas augurant d'un ancrage plus profond du droit international dans son ordre juridique interne, et ceci en conformité, d'une part, avec le déclin inéluctable auquel est vouée la notion de souveraineté nationale et d'autre part avec l'approche moniste adoptée par le constituant dans la réception du droit international.

Conclusion

Dans cet ordre d'idées, nous devrions soutenir une notion de normes impératives du droit international qui, en plus de comprendre le *jus cogens* universellement admis, inclurait également les traités non dénonçables au sens de l'art. 54 CVDT, et les traités portant sur les garanties fondamentales des droits de l'homme ratifiés par la quasi-totalité des Etats régionaux. Dans l'attente d'un futur utopique où le Tribunal fédéral héritera de cette compétence et où

Tristan Zimmermann

il pourra transposer son approche favorable au droit international conformément à l'obligation constitutionnelle que lui impose l'art. 190 Cst. dans la délimitation de ce critère de validité juridiquement indéterminé, il convient d'espérer un développement progressiste de l'Assemblée fédérale dans la prise en compte du droit international, lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur la validité des initiatives populaires. En effet, l'extension de la condition relative au respect des normes impératives de droit international, se justifie au vu des difficultés constantes que rencontre l'Assemblée fédérale lors de la concrétisation d'initiatives populaires qui leur sont contraires et aussi de l'obligation constitutionnelle lui enjoignant de respecter les droits fondamentaux. Car c'est à cette seule condition que l'Assemblée fédérale pourra s'autoriser à soumettre des initiatives populaires au corps électoral qui pourront être concrétisées sans avoir à recourir à des stratagèmes politiques ou repousser *sine die* sa tâche législative. L'Assemblée fédérale n'est-elle pas avant tout un organe politique à qui l'on demande d'appliquer des critères de validité juridiques ? Alors en attendant ce jour improbable où cette tâche juridique sera confiée à une instance judiciaire, doit-elle réellement rester dans sa tour d'ivoire au risque de provoquer des incohérences entre divers ordres juridiques, dignes de celles engendrées par la Tour de Babel ? Et en dernier lieu, convient-il de se borner à un critère de validité des initiatives populaires purement théorique au risque de bafouer la volonté du constituant et par extension les droits populaires, qui sont, rappelons-le, des droits, avant d'être des droits politiques ? *Dura veritas sed veritas*, le peuple n'est plus souverain en matière de droits politiques.