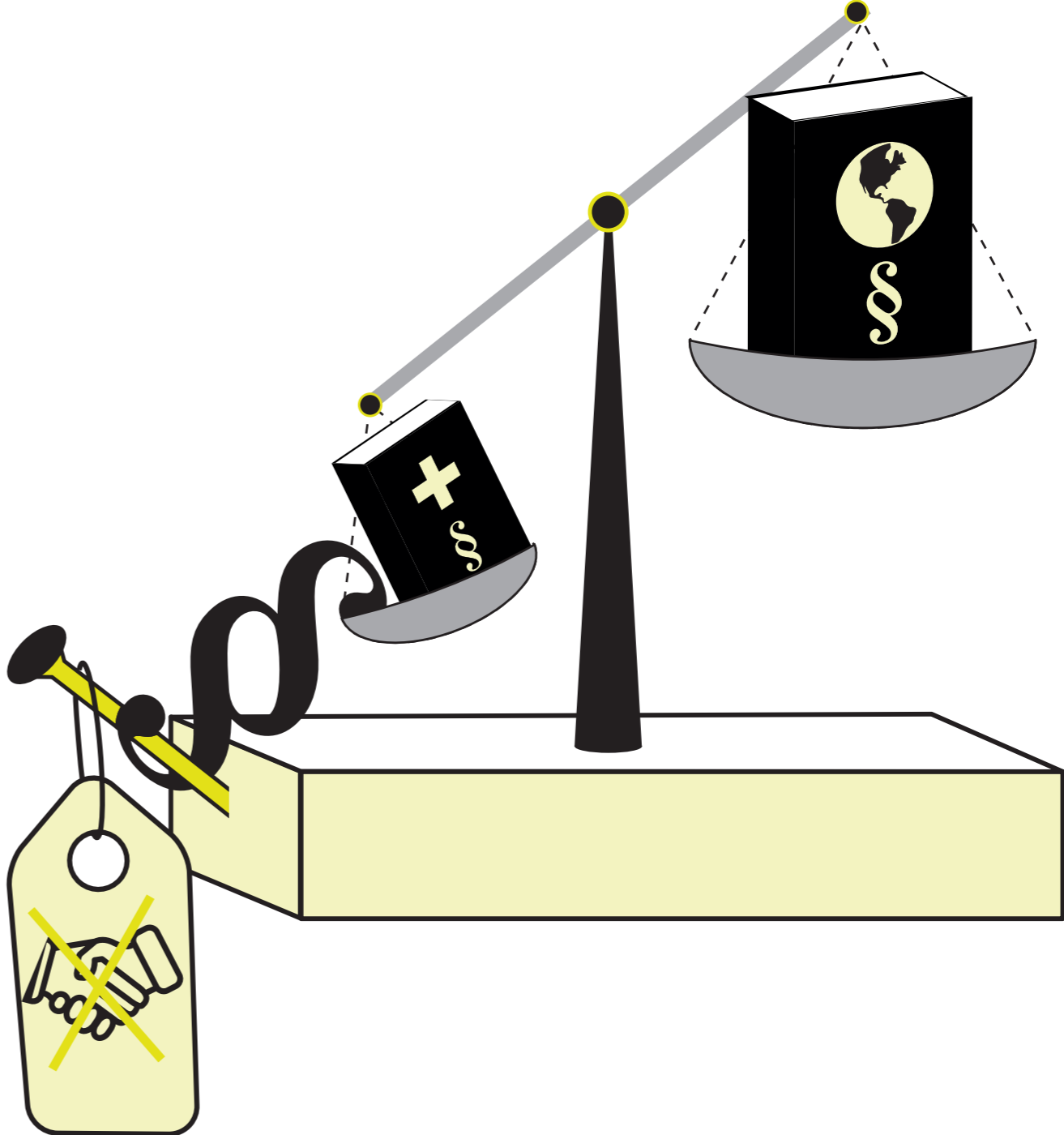


Initiative «Le droit suisse au lieu de juges étrangers»

Les incohérences de l'initiative pour «l'autodétermination»

foraus-Policy Brief / Mai 2016
Programme droits de l'homme et droit international



L'initiative populaire «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)» traduit la vision d'un droit international imposé à la Suisse, qui musèlerait la volonté populaire. Pour y remédier, elle tend à ancrer dans la Constitution fédérale la primauté du droit constitutionnel sur le droit international. L'initiative contient toutefois plusieurs erreurs logiques et des contradictions:

- L'initiative vend un produit qui n'existe pas: le caractère contraignant des traités internationaux (*pacta sunt servanda*) découle du droit international même et non seulement du droit interne. Il ne peut pas être modifié au niveau de la Constitution.
- L'initiative ne se donne pas les moyens d'atteindre son but: d'un côté, le texte de l'initiative érige la Constitution fédérale (article 5 al. 1 Cst. féd.) comme «source suprême du droit de la Confédération suisse», soit «au-dessus du droit international» (article 5 al. 4, deuxième phrase Cst. féd.), et exige la dénonciation «au besoin» des traités internationaux qui lui sont contraires (art. 56a Cst. féd.) ; de l'autre, il ancre le principe de la primauté des traités internationaux ayant été soumis au référendum (article 190 Cst. féd.) et conserve, de manière générale, le principe selon lequel la Confédération et les cantons «respectent le droit international» (article 5 al. 4, première phrase Cst. féd.).

L'initiative entraîne les dangers suivants:

- Elle affaiblit la protection des droits fondamentaux.
- En raison de ses contradictions et de ses imprécisions, elle apporte plus d'insécurité juridique qu'elle ne résout de problèmes.

Les initiants veulent que le Tribunal fédéral renonce à appliquer le principe fondamental de droit international *pacta sunt servanda*, qui fonde la primauté du droit international. A la lecture du texte qu'ils proposent, on constate que l'initiative est toute dirigée contre la CEDH. Pourquoi dès lors ne pas simplement demander la dénonciation de ce traité ? Une telle démarche est déjà possible à l'heure actuelle, par le biais de l'initiative populaire constitutionnelle. De nouveaux instruments pourraient par ailleurs être imaginés, qui permettraient au peuple de se prononcer, de manière générale ou dans le contexte de l'acceptation d'une initiative, sur les traités internationaux liant la Suisse.

Auteur



Guillaume Lammers

Docteur en droit, a étudié aux universités de Berne et Lausanne. En 2015, il a publié sa thèse de doctorat, intitulée «La démocratie directe et le droit international – Prise en compte des obligations de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure».

1	Introduction.....	1
2	Le contexte d'adoption de l'initiative populaire ...	2
3	Le rang du droit international.....	3
	3.1 La situation actuelle.....	3
	3.2 Les réformes envisagées par l'initiative pour l'autodétermination.....	4
4	Le sort des traités internationaux suite à l'adoption d'une initiative populaire.....	6
5	Analyse générale.....	8
6	Conclusion.....	12

Copyright

Citation

foraus – Forum de politique étrangère, 2016, *Initiative «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour autodétermination)»*, policy brief, Genève.

Remerciements

Pour leurs excellents commentaires dans les versions précédentes de ce papier, je remercie Alexandre Biedermann, Fanny de Weck, Daniel Högger et Johan Rochel. Mes remerciements vont également à l'agence eyeloveyou GmbH (Bâle) pour la réalisation de l'infographie et des éléments graphiques.

Disclaimer

Le contenu du papier de discussion suivant, rédigé dans le cadre du programme *Droits de l'homme et droit international* du *foraus*, n'engage que ses auteurs. Il ne représente pas nécessairement les positions du *foraus* en tant qu'organisation.

www.foraus.ch

1. Introduction

La Suisse est liée par un important ensemble d'engagements internationaux. Ceux-ci prennent la plupart du temps la forme de traités internationaux conclus avec différents partenaires (Etats, organisations internationales, entreprises). Avec son initiative populaire «*Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)*», l'UDC remet en cause les engagements pris par la Suisse.

L'initiative populaire pour l'autodétermination s'inscrit dans un contexte de tensions à répétitions entre décisions populaires et engagements internationaux de la Suisse.

Cette initiative populaire est composée de deux volets. D'un côté, elle vise à **renverser le rapport hiérarchique** existant actuellement entre

le droit international et le droit interne. En effet, elle consacre la primauté du droit constitutionnel sur les engagements internationaux de la Suisse. De l'autre, elle **règle le sort des traités internationaux suite à l'adoption d'une initiative populaire**, par l'introduction d'un nouvel article interdisant la conclusion de tout nouveau traité international entrant en contradiction avec la Constitution fédérale et imposant la renégociation ou la dénonciation des traités internationaux qui sont en conflit avec une initiative populaire adoptée.

Les changements constitutionnels qu'impliquent ces deux volets seront chacun décrits puis analysés. Au préalable, il est nécessaire de poser le contexte dans lequel cette initiative populaire est présentée.

Texte de l'initiative populaire

La Constitution est modifiée comme suit:

Article 5, al. 1 et 4

¹ Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. La Constitution fédérale est la source suprême du droit de la Confédération suisse.

⁴ La Confédération et les cantons respectent le droit international. La Constitution fédérale est placée au-dessus du droit international et prime sur celui-ci, sous réserve des règles impératives du droit international.

Article 56a Obligations de droit international

¹ La Confédération et les cantons ne contractent aucune obligation de droit international qui soit en conflit avec la Constitution fédérale.

² En cas de conflit d'obligations, ils veillent à ce que les obligations de droit international soient adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin en dénonçant les traités internationaux concernés.

³ Les règles impératives du droit international sont réservées.

Article 190 Droit applicable

Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum.

Article 197, ch. 12

12. Disposition transitoire ad article 5, al. 1 et 4 (Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit), article 56a (Obligations de droit international) et article 190 (Droit applicable)

A compter de leur acceptation par le peuple et les cantons, les article 5, al. 1 et 4, 56a et 190 s'appliquent à toutes les dispositions actuelles et futures de la Constitution fédérale et à toutes les obligations de droit international actuelles et futures de la Confédération et des cantons.

2. Le contexte d'adoption de l'initiative populaire

L'initiative populaire pour l'autodétermination s'inscrit dans un contexte de tensions à répétition entre décisions populaires et engagements internationaux de la Suisse.

Le 28 novembre 2010, l'initiative populaire *pour le renvoi des étrangers criminels* est acceptée par le peuple et les cantons. Le principe d'un renvoi automatique des étrangers ayant commis certains délits en Suisse peut s'avérer contraire non seulement à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et à d'autres instruments de protection des droits de l'homme, mais également à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), en raison du caractère automatique du renvoi, sans compter le principe de la proportionnalité, ancré dans la Constitution fédérale. Avant même qu'un projet de loi pour la mise en œuvre de l'initiative *pour le renvoi des étrangers criminels* ne soit adopté par le parlement, l'UDC lance en 2012 une nouvelle initiative populaire intitulée «*Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)*» dont le texte n'est rien d'autre qu'une reprise de la variante 2 de l'avant-projet de mise en œuvre législative, qui n'avait été soutenue que par une minorité lors de la procédure de consultation. Son but est ainsi d'ancrer une application stricte du renvoi automatique des étrangers criminels, sans prise en compte du principe de proportionnalité, pourtant

au cœur de la Constitution fédérale. Le peuple et les cantons ont rejeté cette initiative lors de la votation du 28 février 2016.

Toujours en 2012, le Tribunal fédéral se prononce sur la résolution d'un conflit entre la disposition constitutionnelle introduite par l'initiative *pour le renvoi des étrangers criminels* et la CEDH. A cette occasion, il accorde une fois de plus sa faveur à la Convention, déclarant qu'en vertu du principe de la primauté du droit international, il se doit de prendre en compte la CEDH et les décisions rendues sur sa base dans l'application de la disposition constitutionnelle¹.

Enfin, le 9 février 2014, le peuple et les cantons adoptent l'initiative populaire *contre l'immigration de masse*. Ce texte s'oppose frontalement au principe de la libre-circulation des personnes tel qu'il

Les initiants opèrent un constat: non seulement «le Conseil fédéral, la majorité du Parlement, le Tribunal fédéral», mais également «les professeurs de droit international et de droit public» sont coupables de s'appuyer sur le droit international pour s'opposer à l'application et la mise en œuvre des droits populaires.

a été convenu avec nos voisins européens par la conclusion de l'ALCP. Le sort de cet accord est abondamment débattu dès l'apparition du résultat définitif. Ceux qui veulent une application stricte de l'initiative po-

populaire s'opposent à ceux qui souhaitent voir cet accord subsister.

Eu égard à ces événements, les initiants opèrent un constat: non seulement «le Conseil fédéral, la majorité du Parlement, le Tribunal fédéral», mais

¹ «Das Bundesgericht ist auch bei Berücksichtigung von Art. 121 Abs. 3 BV hieran gebunden. Es hat die sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergebenden Vorgaben weiterhin umzusetzen (vgl. Art. 190 BV). Es kann in der durch diese gebotenen Interessenabwägung der vom Verfassungsgeber zum Ausdruck gebrachten Wertung insoweit Rechnung tragen, als dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem Recht bzw. zu Konflikten mit dem Beurteilungsspielraum führt, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten bei der Umsetzung ihrer Migrations- und Ausländerpolitik zugesteht» (ATF 139 I 16, c. 5.3).

également «les professeurs de droit international et de droit public» sont coupables de s'appuyer sur le droit international pour s'opposer à l'application et la mise en œuvre des droits populaires². L'initiative populaire proposée par l'UDC entend remédier à cela, en s'appuyant sur deux axes. Premièrement, comme d'autres initiatives populaires auparavant mais dans une ampleur inconnue jusqu'alors, l'initiative aborde la question du rang du droit international dans l'ordre juridique suisse. Le second aspect traité par l'initiative concerne la compétence du Conseil fédéral de conclure des traités internationaux.

3. Le rang du droit international

L'initiative porte premièrement sur le rang du droit international dans l'ordre juridique suisse. Avant d'examiner en détail les changements induits par l'initiative, un état des lieux de la situation actuelle s'impose.

3.1 La situation actuelle

Le rang du droit international face au droit interne n'est pas réglé de manière définitive dans la Constitution fédérale. Le principe, ancré à l'article 5 al. 4 Cst. féd., est néanmoins que «[l]a Confédération et les cantons respectent le droit international». Il ne s'agit pas d'une véritable norme de conflit, à l'instar de celle contenue à l'article 49 al. 1 Cst. féd.,

applicable à la relation entre le droit fédéral et le droit cantonal³. Toutefois, la primauté du droit international est exprimée dans cet article: ce droit représente un engagement que la Suisse prend souverainement et qu'elle se doit de respecter. Il en va de la nature même du droit international. Celui-ci ne peut tout simplement pas exister si les Etats peuvent passer outre leurs engagements lorsque bon leur semble, en dépit de la parole donnée. Par ailleurs, l'article 5 al. 4 Cst. féd. est secondé par l'article 190 Cst. féd., qui ne fonctionne pas comme norme de conflit, mais qui dispose néanmoins que «[l]e Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international».

Ces dernières années, le Tribunal fédéral a rendu quelques arrêts proclamant la primauté du droit international sur le droit constitutionnel suisse. Dans l'arrêt *Nada*⁴, il s'est appuyé sur l'article 190 Cst. féd. pour faire primer les obligations internationales de la Suisse. Il a confirmé son raisonnement dans son arrêt rendu en octobre 2012⁵, déjà mentionné plus haut. A cette occasion, le Tribunal fédéral s'est déclaré lié par la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'application des articles constitutionnels ayant été introduits par l'initiative populaire *pour le renvoi des étrangers criminels*. Encore récemment, le Tribunal fédéral a adopté une position identique en ce qui concerne l'ALCP.⁶

³ «Le droit fédéral prime le droit Cantonal qui lui est contraire.»

⁴ ATF 133 II 450.

⁵ ATF 139 I 16.

⁶ TF, arrêt 2C_716/2014 du 26 novembre 2015 (destiné à la publication).

La position du Tribunal fédéral est donc très claire: le droit international prime le droit national, y compris sur le droit constitutionnel ayant été adopté par le biais d'une initiative populaire. C'est cette situation que l'UDC souhaite précisément changer.

3.2 Les réformes envisagées par l'initiative pour l'autodétermination

Les deux articles constitutionnels ancrant la primauté du droit international (articles 5 et 190 Cst. féd.) seraient modifiés par l'adoption de l'initiative *pour l'autodétermination*. Trois changements interviendraient:

- L'article 5 al. 1 érigerait ainsi la Constitution fédérale comme «référence de droit suprême de la Confédération suisse».
- L'article 5 al. 4 ferait primer la Constitution fédérale sur le droit international, sous réserve des dispositions impératives de ce dernier.
- L'article 190 serait doté d'un champ d'application plus restreint qu'actuellement, obligeant le Tribunal fédéral et les autres autorités à appliquer le droit international «dont l'approbation a été soumise au référendum».

A ce stade, plusieurs remarques peuvent être formulées. On constate tout d'abord que le renversement de la primauté n'est **pas**

complet, et ce sur deux points. L'initiative populaire ne porte en effet que sur le rapport entre le droit international et le droit *constitutionnel*. Les lois fédérales devraient toujours céder le pas devant le droit international. Par ailleurs, pour ce qui est des traités internationaux, l'initiative populaire n'aurait d'effets qu'à l'encontre de ceux n'ayant pas été soumis au référendum. L'article 190, dans la

La systématique présentée par l'initiative populaire pour l'autodétermination n'est pas exempte de contradictions.

version de l'initiative populaire, obligerait en effet toujours les autorités à appliquer les textes internationaux dont l'approbation aurait été soumise au référendum facultatif ou obligatoire.

On peut déjà relever que ce point démontre de manière claire – à l'instar du titre qui mentionne les «juges étrangers» ! – que l'initiative populaire cible un traité bien précis, à savoir la CEDH⁷. La Convention a en effet été adoptée en 1974 sans être soumise au référendum. En effet, le champ d'application du référendum en matière de traités internationaux était plus restreint qu'actuellement. Cette Convention revient par ailleurs régulièrement dans le débat sur la relation entre le droit international et le droit interne (en particulier le droit constitutionnel adopté à la suite d'une initiative populaire). En cas d'adoption, l'initiative populaire déploierait ses effets avant tout à l'encontre de ce texte, bien qu'elle ait une portée générale.

Par ailleurs, la systématique présentée par l'initiative populaire pour l'autodétermination n'est pas exempte de **contradictions**. En particulier, l'article 5 du projet de l'initiative érige la Constitution fédérale en «source suprême du droit de la Confédération suisse» (al. 1, deuxième phrase), et dis-

pose que «[l]a Constitution fédérale est placée au-dessus du droit international et prime sur [sic] celui-ci [...]» (al. 4, deuxième phrase, révisé). Ces règles s'opposent non seulement à la première phrase de l'article 5 al. 4 Cst. féd. (qui garderai sa formulation actuelle: «La Confédération et les cantons respectent le droit international»)⁸,

⁷ Cf. également les propos du Prof. HANS-UELI VOGT (directeur du groupe de travail qui a élaboré l'initiative) dans la NZZ du 27 novembre 2014: «Die Kündigung der EMRK liegt in der Stossrichtung der Initiative».

⁸ ANDREAS AUER, *Die Abschaffung der Demokratie durch Demokratie*, NZZ du 13 avril 2015.

² Initiative populaire pour faire appliquer les décisions du peuple – le droit suisse prime le droit étranger, document de fond de l'Union démocratique du centre (UDC), p. 2.

mais également à celle formulée dans le projet d'article 190 Cst. féd., qui maintiendrait l'obligation pour les autorités d'appliquer les traités internationaux dont l'approbation a été soumise au référendum facultatif ou obligatoire. Rappelons que c'est sur la base de cette seconde disposition en particulier – dont la formulation actuelle englobe l'ensemble du droit international – que le Tribunal fédéral a fondé la primauté du droit international sur le droit constitutionnel. Il serait donc à prévoir que, malgré son statut nouvellement acquis de «source suprême du droit de la Confédération suisse», la Constitution fédérale aurait toujours à s'effacer devant les traités internationaux (qui auraient été soumis au référendum)⁹.

En outre, le maintien d'une certaine primauté pour les traités internationaux soumis au référendum irait à l'encontre du nouvel article 56a, proposé

L'exemple de l'initiative contre l'immigration de masse illustre les limites de l'introduction d'une clause générale, non plus dans les dispositions transitoires de la Constitution fédérale (et donc s'appliquant à une initiative populaire en particulier), mais dans son corps principal.

par l'initiative, et dont l'analyse suit. Cette disposition prévoit à son alinéa 2 qu'en cas de conflit, les obligations liées au droit international doivent être adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin en renégociant ou en dénonçant les traités internationaux concernés. Son champ d'application est potentiellement très large.

⁹ Cf. également ALEX DÉPRAZ, *L'initiative «pour la primauté du droit suisse» n'a pas les moyens de ses ambitions*, Domaine Public n° 2059, pour qui «[l']initiative ne concrétise pas son intention de rendre la Constitution prioritaire».

Application à l'initiative contre l'immigration de masse

Les contradictions et risques du texte proposé se dévoilent aisément à l'aune de l'initiative contre l'immigration de masse. Quels effets les nouvelles dispositions constitutionnelles auraient-elles sur celle-ci?

En vertu de l'article 190 Cst. féd. tel qu'il est proposé, l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'UE devrait toujours être appliqué, étant donné qu'il a été soumis au référendum facultatif. Selon l'article 56a Cst. féd. toutefois, ce texte devrait être „au besoin“ dénoncé.

Si l'on considère que l'article 190 Cst. féd. est applicable, l'initiative ne déploiera en principe ses effets qu'à l'encontre de la CEDH. Les accords bilatéraux conclus avec l'UE, qui ont tous été soumis au référendum, en seraient renforcés. Un éventuel accord-cadre conclu avec l'UE ne serait pas plus concerné par l'initiative.

Si, au contraire, c'est l'article 56a Cst. féd. qui prime, le Conseil fédéral aurait à dénoncer également les traités internationaux qui auront été soumis au référendum, sans que le peuple ne se soit explicitement prononcé sur ce point. Un tel automatisme est hautement discutable au regard du respect des droits populaires.

4. Le sort des traités internationaux suite à l'adoption d'une initiative populaire

Le projet du nouvel article 56a Cst. féd. déploie deux effets. En cas d'adoption d'une initiative populaire contraire à certains engagements internationaux, ceux-ci doivent être renégociés, voire dénoncés (al. 2). L'al. 1 contient la même teneur, mais s'applique dans le futur: il interdit à la Confédération et aux cantons de conclure de nouveaux engagements contraires à la Constitution fédérale.

L'adoption du nouvel article 56a Cst. féd., et en particulier de son al. 2, reviendrait à ancrer dans la Constitution fédérale l'approche que le Conseil fédéral a envisagée à quelques occasions par le passé, qui consiste à interpréter l'acceptation d'une initiative populaire contraire aux engagements internationaux de la Suisse

comme un mandat pour renégocier, voire dénoncer les traités internationaux concernés¹⁰.

Cette approche fait l'objet de critiques ; elle n'est d'ailleurs pas envisagée de manière automatique par le Conseil fédéral. Afin d'illustrer cette approche différenciée, prenons l'exemple de l'initiative populaire contre l'immigration de masse, acceptée par le peuple et les cantons en ce fameux 9 février 2014. Le texte principal de l'initiative était assorti d'une

¹⁰ Cf. le Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire contre la construction de minarets, FF 2008 6923, 6930: «Une initiative populaire ne peut pas être déclarée nulle parce qu'elle enfreint des normes non impératives du droit international. Si elle est acceptée par le peuple et les cantons, les autorités fédérales doivent envisager de dénoncer l'accord international en question».

disposition transitoire, qui figure désormais également dans la Constitution fédérale, en vertu de laquelle «[l]es traités internationaux contraires à l'article 121a doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'acceptation dudit article par le peuple et les cantons»¹¹. L'initiative populaire contre l'immigration de masse est potentiellement contraire à de nombreux traités internationaux engageant la Confédération¹². Une application à la lettre de la disposition transitoire aurait pour effet de mener à la renégociation (si elle est possible) de tous ces textes. Le Conseil fédéral n'est pas allé jusque-là, mais a concentré ses efforts sur l'ALCP. A l'opposé, la CEDH, dont certaines dispositions se posent en porte-à-faux, ne devrait pas se voir appliquer la disposition transitoire¹³.

L'exemple de l'initiative contre l'immigration de masse illustre les limites de l'introduction d'une clause générale, non plus dans les dispositions transitoires de la Constitution fédérale (et donc s'appliquant à une initiative populaire en particulier), mais dans son corps principal. La clause serait alors pourvue d'une portée générale et se verrait appliquée après chaque vote positif.

Certes, l'article 56a Cst. féd. ne prévoit pas une dénonciation automatique. Au contraire, les termes «au besoin en dénonçant les traités internationaux concernés» sont employés. Mais ceux-ci seraient indéniablement délicats à appliquer. En vertu de

¹¹ Cette clause transitoire se trouve à l'article 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd.

¹² Cf. le rapport *Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz*, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/auswirkung-voelkerrecht-d.pdf>.

¹³ Dans son Message relatif à l'initiative, le Conseil fédéral relève que le comité d'initiative n'avait pas pour but de voir la disposition transitoire s'appliquer à la CEDH (FF 2013 302).

quels critères déterminer l'existence d'un tel besoin? L'adoption d'une initiative populaire qui entrerait en conflit avec un droit fondamental en particulier, telle que celle *contre la construction de minarets*, impliquerait-elle la dénonciation de la CEDH, comprenant tout un corpus de garanties fondamentales n'étant pas touchées par le texte?

Par ailleurs, on peut également se demander si l'article 56a Cst. féd. devrait s'appliquer aux traités internationaux ayant été soumis au référendum. Ne serait-il pas contradictoire de maintenir l'obligation d'appliquer ceux-ci (en vertu de l'article 190 Cst. féd. révisé) tout en demandant leur renégociation ou leur dénonciation?

Outre ces difficultés d'application, c'est la détermination de la volonté du corps électoral qui est en jeu avec le projet d'article 56a. La clause telle qu'envisagée pose en effet la *présomption* que les citoyens veulent que les traités contraires (du moins dans une part prépondérante) soient renégociés, voire dénoncés. Mais il est tout à fait probable, et même certain, qu'une part de la population souhaite que l'initiative populaire soit appliquée *dans le cadre juridique existant*, c'est-à-dire en prenant en compte les traités internationaux qui entreraient en conflit avec elle, mais qui primeraient toujours¹⁴. En d'autres termes, la position du Conseil fédéral, retranscrite dans certaines dispositions transitoires telles que l'article 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd., n'exprime qu'une seule des différentes démarches envisageables lors d'un conflit entre une initiative populaire et le droit international.

Par l'introduction d'une disposition telle que l'ar-

¹⁴ Par le passé, certaines initiatives populaires comportaient une telle clause. Cf. par exemple l'initiative populaire « *Sortir du nucléaire – Pour un tournant dans le domaine de l'énergie et pour la désaffectation progressive des centrales nucléaires (Sortir du nucléaire)* », qui a été rejetée par le peuple et les cantons le 18 mai 2003.

ticle 56a Cst. féd. le prévoit dans l'initiative populaire, on présume que le citoyen souhaite la dénonciation des traités contraires à une initiative populaire, sans qu'il ne puisse *a priori* exprimer le contraire. Le choix est donc fait à la place du citoyen. Sa liberté de vote n'est alors plus garantie. Le principe de l'unité de la matière, qui découle de celle-ci, impose en effet que les différents aspects d'un objet soumis au vote soient dans un rapport de connexité. Le but est d'éviter que la personne amenée à se prononcer par les urnes se retrouve face à un dilemme, ne souhaitant qu'un aspect de l'objet soumis au vote alors qu'elle en rejeterait un autre qui n'aurait pas forcément de rapport avec le premier. Présumer en toutes circonstances que celui qui accepte une initiative populaire a la volonté que les traités internationaux soient renégociés ou dénoncés, restreint d'une certaine manière la liberté de vote du citoyen: comment celui qui souhaite qu'une initiative populaire soit adoptée dans le respect des règles internationales existantes doit-il se prononcer? Pour prendre l'exemple de l'initiative populaire *contre l'immigration de masse*, comment une personne souhaitant restreindre dans une certaine mesure l'immigration en Suisse, mais surtout vis-à-vis des pays tiers et sans forcément remettre en cause l'ALCP, devrait-elle remplir son bulletin de vote¹⁵?

L'acceptation de l'initiative populaire *pour l'autodétermination* aurait pour effet d'ancrer la position du Conseil fédéral dans la Constitution fédérale, qui, pour résumer, soulève des **difficultés d'application** et est problématique quant à la **liberté de vote** du citoyen.

¹⁵ Cette problématique incite à imaginer de nouveaux outils permettant au citoyen de se prononcer sur le sort à réserver en cas d'acceptation d'une initiative populaire ; des pistes seront explorées dans la suite de cette analyse. Cf. également l'analyse du forum de novembre 2014: ANINA DALBERT/STEFAN SCHLEGEL/FANNY DE WECK, *Initiatives populaires et droit international*, <http://www.foraus.ch/#/fr/themes/c!/content-192-Initiatives-populaires-et-droit-international>

5. Analyse générale

A l'heure de porter une analyse sur l'initiative populaire *pour l'autodétermination*, il convient de présenter les deux thématiques auxquelles elle se rapporte:

- La **primauté de normes d'un certain niveau sur celles d'un autre niveau**: par cette thématique, se pose la question de la relation entre des règles de droit de différents rangs (droit international, droit constitutionnel, lois fédérales, ordonnances fédérales).

- **L'environnement juridique d'une initiative populaire**: cette seconde thématique porte sur l'intégration d'une initiative populaire ayant été acceptée dans son environnement juridique. Une norme (constitutionnelle) n'existe pas uniquement pour elle-même mais doit être abordée en lien avec l'ensemble de l'ordre juridique. Pour une norme constitutionnelle, cette prise en compte interviendra dans sa mise en œuvre (par l'adoption ou la révision d'une loi fédérale, par exemple) ou dans son application, si la règle constitutionnelle est susceptible d'être appliquée directement. De quoi les autorités doivent-elles tenir compte dans l'application ou la mise en œuvre d'une initiative populaire? Notamment du droit international, seule catégorie de règles de droit qui prime le droit constitutionnel.

A lire le texte de l'initiative populaire *pour l'autodétermination*, on pourrait à première vue constater

que c'est la première thématique qui est visée, soit celle du rang du droit international par rapport aux normes de droit suisse. Le texte vise en effet à renverser le rapport hiérarchique entre le droit international et le droit constitutionnel.

Mais à y regarder de plus près, le but poursuivi par l'initiative populaire a trait à la **seconde thématique**: comme il en ressort notamment du document de fond d'août 2014, la révision constitutionnelle proposée tend à ce qu'une initiative populaire ayant été acceptée par le peuple et les cantons soit appliquée au plus près de son texte¹⁶. Selon les initiateurs, cette application devrait avoir lieu sans que ne soit pris en compte l'environnement juridique dans lequel l'initiative s'intègre – en l'occurrence les règles de droit international entrant en conflit avec la révision constitutionnelle –, ou en tout cas en le reléguant au second plan.

Cela étant dit, les initiateurs veulent atteindre le but qu'ils se sont fixés par le biais de la première thématique, soit en renversant le rapport entre droit constitutionnel et droit international. Ils abordent la question dans une perspective de conflit de normes. En cas de contradiction entre le texte constitutionnel récemment adopté et le droit international lui étant contraire, le premier devrait s'imposer sans prendre en compte les consé-

¹⁶ «Lorsque cette priorité [du droit constitutionnel] figurera dans la Constitution fédérale, il ne sera plus possible d'enrayer, voire d'empêcher l'application d'initiatives populaires approuvées par le souverain en prétextant que ces projets violent le droit international» (p. 5).

quences juridiques qui en découlent (soit la violation des engagements internationaux de la Suisse). Le «prétexte» de la violation du droit international ne pourrait plus être soulevé, puisque le droit international passerait au second plan.

Or l'initiative populaire se trompe de niveau. Le but qu'elle poursuit ne pourra pas être atteint par ce biais. En effet, un renversement, dans l'ordre juridique suisse, du rapport hiérarchique entre le droit international et le droit constitutionnel **n'empêchera pas les normes de droit international d'y déployer leurs effets**¹⁷. L'effet obligatoire du droit international est réglé directement à ce niveau, notamment par la Convention de Vienne sur le droit des traités (*pacta sunt servanda*)¹⁸, et est donc, d'une certaine manière, indépendant de la façon dont l'Etat détermine les relations entre le droit international et le droit interne¹⁹. Pour prendre l'exemple plus concret de la CEDH – qui, rappelons-le, est la cible toute désignée par cette initiative –, la Cour européenne des droits de l'homme ne se privera pas de condamner la Suisse en cas d'une violation de la Convention. De manière plus générale, le droit international ne peut pas fonctionner si les Etats décident de ne l'appliquer que lorsqu'il est

conforme à leurs intérêts et peuvent se soustraire de manière unilatérale de leurs obligations. Cela reviendrait à considérer le droit international comme étant «à la carte», et en fin de compte à nier son existence même. Il en va de même dans la vie de tous les jours: dans le cadre d'une vente, l'acheteur ne peut pas simplement déclarer que le contrat ne s'applique plus pour empêcher le vendeur de lui réclamer le prix de vente. Ainsi, l'introduction d'une primauté du droit constitutionnel sur le droit international ne signifie pas que la Suisse, sur le plan international, n'est plus tenue de respecter ses obligations.

On pourrait donc, à première vue et sur la base de ce qui précède, simplement considérer que l'introduction de la primauté du droit constitutionnel serait sans effet. Mais il n'en est rien. En plus du fait qu'elle ne suffirait pas à supprimer l'effet obligatoire du droit international, l'introduction de la primauté du droit constitutionnel sur le droit international, et les violations qui en découleraient, irait à l'encontre du principe selon lequel **la Suisse, en tant qu'Etat de droit, respecte les engagements qu'elle a souscrits**. Il en résulterait une détérioration de la réputation de la Suisse comme partenaire international fiable²⁰. Or la Suisse a tout intérêt à respecter le droit international – et d'être réputée pour le faire –, comme elle a tout intérêt à ce que ses partenaires respectent également les obligations internationales qui les lient à elle.

Un renversement, dans l'ordre juridique suisse, du rapport hiérarchique entre le droit international et le droit constitutionnel n'empêchera pas les normes de droit international d'y déployer leurs effets.

primauté du droit constitutionnel sur le droit international, et les violations qui en découleraient, irait à l'encontre du

17 La relation entre droit international et droit interne, Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, FF 2010 2067, 2125 et Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 (<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/voelkerrecht/ber-br-f.pdf>) p. 18.

18 Signalons en particulier l'article 27, première phrase de la Convention de Vienne sur le droit des traités: «Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité». Ce principe a encore été rappelé récemment par le Tribunal fédéral en lien avec l'art. 121a Cst. féd. introduit par l'initiative contre l'immigration de masse (TF, arrêt 2C_716/2014 du 26 novembre 2015 [destiné à la publication], c. 3.2).

19 JÖRG PAUL MÜLLER/DANIEL THÜRER, *Landesrecht vor Völkerrecht? Grenzen einer Systemänderung*, Revue de droit suisse 2015 p. 86 ss, 87 s.

20 Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 (note 1) p. 20.

L'exemple de l'aéroport de Bâle-Mulhouse

L'imbroglia ayant opposé la Suisse et la France en 2014 concernant le régime fiscal applicable à l'aéroport de Bâle-Mulhouse illustre à merveille l'intérêt qu'a la Suisse à ce que ses partenaires internationaux respectent leurs engagements vis-à-vis d'elle.

Le statut de l'aéroport est fixé dans une convention liant la Suisse et la France et datant de 1949 (RS 0.748.131.934.92). Conformément à ce texte, l'aéroport est considéré comme binational: un secteur suisse cohabite avec un secteur français.

En 2014, les autorités françaises ont soudainement annoncé leur volonté de soumettre à la fiscalité de leur pays les entreprises se situant dans le secteur suisse de l'aéroport, ceci en violation du statut binational prévu par la convention de 1949. L'application d'une telle décision aurait pu avoir des conséquences néfastes non seulement pour la région de Bâle, mais également pour la Confédération, qui risquait ainsi de perdre un aéroport. Celle-ci avait d'ailleurs envisagé un temps de saisir la Cour internationale de justice.

C'est donc sous l'angle de la seconde thématique présentée, soit celle de l'intervention sur l'environnement juridique d'une initiative, que les initiants devraient agir s'ils veulent libérer la Suisse de certaines de ses obligations internationales. C'est là qu'intervient le second volet de l'initiative populaire *pour l'autodétermination*, soit le projet de nouvel article 56a. Par ce dernier, l'initiative populaire tend à ancrer la solution qui consiste à interpréter l'adoption d'une révision constitutionnelle comme étant un mandat formulé à l'encontre des autorités fédérales de renégocier, voire dénoncer, les traités internationaux lui étant contraires. Par rapport à ce qui précède, il serait possible de rétorquer qu'on

est ici bel et bien en présence d'une intervention sur l'environnement juridique d'une initiative.

Cependant, comme nous avons déjà pu le relever plus haut, la lecture «automatique» à laquelle procède le projet d'article 56a s'avère non seulement **trop sommaire, mais également problématique vis-à-vis des droits populaires**, quant à la liberté de vote des citoyens. Rappelons qu'il est en effet tout à fait envisageable que certains d'entre eux soient favorables à une initiative populaire sans pour autant vouloir remettre en question les traités internationaux qui seraient concernés²¹.

A titre récapitulatif, on doit ainsi constater que l'initiative populaire de l'UDC ne met pas en adéquation les moyens qu'elle emploie avec le but qu'elle poursuit, si bien qu'elle engendrerait de nouvelles difficultés et serait source **d'insécurité juridique pour la Suisse**. Toutefois, la question soulevée par cette initiative – les conséquences de l'acceptation d'une initiative populaire sur les obligations internationales de la Suisse – n'en est pas moins importante, à l'heure où le droit international marque indéniablement de son empreinte l'ordre juridique suisse. L'initiative du 9 février 2014 démontre à quel point il est essentiel de clarifier, à l'avance, les suites à donner à un éventuel vote positif du peuple et des cantons. Au vu de la complexité de cette problématique, des solutions toutes faites et uniformes ne peuvent être la panacée. Il conviendrait par contre d'envisager de nouveaux outils permettant aux citoyens de pouvoir s'exprimer de manière claire sur ces conséquences. Deux propositions peuvent être formulées.

En premier lieu, afin de clairement identifier les intentions du corps électoral quant aux conventions

21 Cf. *Volksinitiativen und Völkerrecht, Eine Lösung, um Vertragsbrüche zu vermeiden*, analyse foraus de novembre 2014; sur ce point, cf. également YVES PETIGNAT, *Ce que le peuple a dans le ventre*, in *Le Temps* du 14 mars 2015.

internationales contraires à une initiative populaire ayant été acceptée, il pourrait être opportun, selon les circonstances, d'inviter les citoyens à se pronon-

L'initiative populaire de l'UDC ne met pas en adéquation les moyens qu'elle emploie avec le but qu'elle poursuit, si bien qu'elle engendrera de nouvelles difficultés et sera source d'insécurité juridique pour la Suisse.

cer, lors de la votation, sur le sort des traités internationaux s'opposant à l'initiative, si cette dernière venait à être acceptée²². L'obtention d'une réponse claire à la question de savoir si les traités doivent être adaptés, voire dénoncés, ou si au contraire l'initiative populaire doit être appliquée en les prenant en compte, clarifierait le mandat du Conseil fédéral, tout en accentuant la légitimité démocratique de son action.

L'autre proposition, complémentaire à la première, consiste en l'introduction d'un véritable droit d'initiative populaire en matière internationale, par lequel les citoyens pourraient notamment demander l'adoption, la modification ou la dénonciation d'un traité international. Un tel droit d'initiative existe dans certains cantons²³.

Au niveau fédéral, une telle possibilité existe déjà par le biais de l'initiative populaire constitutionnelle²⁴. Mais, au vu de l'importance de la question, la possibilité de créer un véritable droit d'initiative devrait être analysée.

L'initiative populaire en matière de traités internationaux au sein des cantons

A l'instar du canton de Berne, qui a été le pionnier en la matière, plusieurs cantons ont introduit dans leurs constitutions respectives un véritable droit d'initiative populaire en matière de traités internationaux. L'article constitutionnel bernois ancre le droit d'initiative populaire en matière de traités internationaux est formulé ainsi :

« Une initiative populaire peut demander la dénonciation ou l'ouverture de négociations en vue de la conclusion ou de la modification d'un traité intercantonal ou international, lorsqu'il est soumis à la votation facultative ou obligatoire » (article 58 al. 1 let. c)

Il est donc possible pour le corps électoral de demander, par le biais d'une initiative populaire, que les autorités entreprennent les démarches en vue de l'adoption, la modification ou la dénonciation d'une convention. Outre le fait que cette dernière doit relever de la compétence du canton, elle doit pouvoir faire l'objet d'un référendum (facultatif ou obligatoire), ce qui est le cas lorsque son contenu est d'une certaine importance et qu'elle ne peut pas être conclue par le Conseil-exécutif (gouvernement cantonal) seul.

Les autres ayant introduit un tel droit d'initiative connaissent, sur le principe en tout cas, une réglementation similaire.

6. Conclusion

La Suisse s'est toujours engagée de manière souveraine par le biais de traités internationaux et, si elle est libre de le faire, elle est tout autant libre de se libérer de ses obligations, par la dénonciation de ces mêmes traités internationaux. Le droit international n'est donc nullement imposé à la Suisse.

Au contraire, il lui

permet de s'engager avec ses partenaires, de faire valoir ses intérêts, en d'autres termes, d'agir. Par contre, tant que la Confédération est partie à une conven-

tion, elle se doit, en tant qu'Etat de droit, de respecter ses engagements. De même, le droit international n'est pas un ensemble de règles juridiques qui, au sein de la Confédération, musèle la volonté populaire. Au contraire, cette même volonté populaire participe à son façonnement. De nombreuses réformes ont eu pour effet de considérablement renforcer la participation du parlement et des citoyens à la politique extérieure, si bien qu'on ne peut plus considérer qu'il s'agit de l'apanage du pouvoir exécutif.

La prise en compte du droit international dans l'application et la mise en œuvre d'une révision constitutionnelle est une question infiniment complexe, étant donné que les règles juridiques en jeu sont le fruit de différentes volontés exprimées à des moments et dans des circonstances différentes. L'initiative populaire pour l'autodétermination ne rend pas compte de cette complexité. Elle propose des réformes d'une portée générale bien qu'elle soit clairement dirigée contre un traité en particulier (la

CEDH), et ce malgré le fait qu'il serait possible de demander expressément la dénonciation de ce texte notamment par le biais de l'initiative populaire constitutionnelle. Si ces réformes étaient adoptées, elles susciteraient à coup sûr d'importantes difficultés, qui ne se limiteraient pas aux graves conséquences d'une dénonciation de la Convention.

Le droit international n'est donc nullement imposé à la Suisse. Au contraire, il lui permet de s'engager avec ses partenaires, de faire valoir ses intérêts, en d'autres termes, d'agir. Par contre, tant que la Confédération est partie à une convention, elle se doit, en tant qu'Etat de droit, de respecter ses engagements.

²² Cette proposition rejoint celle formulée (proposition 2) dans l'analyse du foraus de novembre 2014 (ANINA DALBERT/STEFAN SCHLEGEL/FANNY DE WECK, *Initiatives populaires et droit international*, <http://www.foraus.ch/#!/fr/themes/c!/content-192-Initiatives-populaires-et-droit-international>), qui consisterait à permettre au comité d'initiative d'inviter le peuple à se prononcer sur la dénonciation des traités internationaux concernés par le texte qu'il propose, par le biais d'une question subsidiaire.

²³ Berne, Schaffhouse, Schwyz, Vaud et Zurich.

²⁴ Il serait donc tout à fait possible, aujourd'hui, de demander la dénonciation d'un traité international tel que la CEDH par le biais de l'initiative populaire constitutionnelle.

S'engager pour *foraus*

En tant que membre

Chacun(e) peut devenir membre de notre unique réseau et peut s'engager en tant que bénévole comme il/elle le souhaite. En devenant membre, tu as l'occasion d'accéder à un environnement international dynamique et à côtoyer de près des personnalités d'envergure. Tu peux également donner un écho médiatique à tes idées et défendre tes convictions dans des débats ouverts.

En tant qu'auteur

foraus te donne la possibilité de répondre concrètement aux challenges que doit affronter la politique extérieure de la Suisse en t'offrant une plateforme d'expression sans équivalent. En effet, tu as l'occasion de développer tes perspectives et idées innovantes dans le cadre de papiers de discussion ou d'analyses courtes publiées par le *foraus*.

En tant que donateur

Notre Cercle des Donateurs (CdD) contribue grandement au développement du *foraus*. En tant que membre du CdD vous soutenez durablement les différentes activités du *foraus*.

Dernières publications

foraus Analyse courte

Die neue Alpenraumstrategie der EU im Gesamtkontext europäischer Makroregionen. Lessons learned, Chancen und Herausforderungen für die Schweiz.

foraus Papier de discussion 27

«Gemeinsame» statt «fremde Richter»: Ein Vorschlag zur Streitbeilegung als Teil des institutionellen Rahmenabkommens Schweiz-EU.

foraus Papier de discussion 26

Vers un paradis des données? La Suisse et le cloud computing à l'ère Post-Snowden.

www.foraus.ch

Zürich | *foraus* - Forum Aussenpolitik | Röschibachstrasse 24 | 8037 Zürich
office@foraus.ch | +41 44 501 68 65

Geneve | *foraus* - Forum de politique étrangère | c/o IHEID | CP 136 | 1211 Genève 21
bureau_romandie@foraus.ch | +41 22 908 44 56

Compte postal: 60-176892-9