Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 117 (1998)

Heft: 1

Artikel: L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant

Autor: Malinverni, Giorgio

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896082

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 15.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant

GIORGIO MALINVERNI, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Table des matières

Chapitre préliminaire
La toile de fond: de l'indépendance à l'interdépendance des Etats dans un monde en mutation

I. «La Confédération a pour but d'assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger» 7
II. L'Etat entre intégration internationale et désintégration nationale 8
III. Des Etats aux organisations internationales 11
IV. L'osmose entre le droit interne et le droit international 12
V. Vers un déplacement du lieu d'exercice de la souveraineté? . . . 14
A. Les organisations internationales, concurrentes des Etats? 15
B. Les réactions des Etats 16

Ire Partie
Les incidences de l'interdépendance sur la souveraineté interne 20

Chapitre Ier
Vers la fin de l'exclusivité constitutionnelle des Etats 20

I. L'émergence de la constitutionnalité internationale ou supraconstitutionnalité 20
II. Les limites à la révision de la Constitution imposées par le droit international 25
A. La pratique jusqu'en 1995 25
B. La dénonciation des traités contraires à la Constitution révisée: une solution boiteuse 27
C. Le revirement de pratique opéré à l'occasion de l'initiative populaire «Pour une politique d'asile raisonnable» 28
D. La consécration du principe du contrôle de la validité internationale des initiatives populaires: le projet de révision totale de la Constitution fédérale de 1996 29
E. Révision de la Constitution et droit européen 31
III. Les révisions de la Constitution imposées par le droit international 32
IV. Les standards constitutionnels imposés aux Etats par le droit international 34
A. L'exigence démocratique 34
B. Le renforcement du pouvoir judiciaire 35
1) Au niveau fédéral 35
2) Au niveau cantonal 37

V. Le contrôle international de la conventionnalité des constitutions nationales 39
Conclusion 41

Chapitre II
Le déclin de l'omnipotence du législateur 42
I. La dépossession progressive des compétences du législateur . . 42
II. L'obligation internationale de légiférer 43
A. Le devoir de mettre en oeuvre le droit international non directement applicable 44
1) Le droit international conventionnel 44
2) Les directives communautaires 45
3) La responsabilité de l'Etat pour inertie coupable du législateur 45
B. Le devoir d'adapter le droit interne au droit international 46
1) Après des arrêts de condamnation 46
2) En cas de contradiction entre le droit interne et le droit communautaire 47
3) L'exigence d'eurocompatibilité 48
C. Le devoir de légiférer résultant de la portée positive des droits fondamentaux 50
III. Le contrôle de la conformité internationale de l'activité du législateur 51
A. Le rôle du droit international en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois 51
1) Le point de départ 51
2) L'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral . . . 51
3) La consécration de la jurisprudence: le projet de révision totale de la Constitution fédérale de 1996 58
B. Du contrôle de constitutionnalité au contrôle de conventionnalité de l'activité du législateur 59
Conclusion 60

Chapitre III
La mise sous tutelle progressive des juridictions suprêmes nationales . . . 62
I. L'obligation d'assurer le plein effet des règles de droit international 62
II. La perte de maîtrise de l'interprétation du droit international 65
A. L'obligation de demander un avis préjudiciel 65

B. L'impact des notions conventionnelles autonomes 66
III. L'emprise du droit international sur l'interprétation ultime des constitutions par les Cours suprêmes..... 69
IV. Les effets des arrêts de condamnation sur l'autonomie des juridictions suprêmes nationales 71
V. Le contrôle international du fonctionnement des Cours suprêmes..... 75
Conclusion 76

Chapitre IV
L'inéluctable érosion des droits du peuple 77
I. L'incidence du droit international sur le champ opératoire de la démocratie directe 77
A. Démocratie directe et droit international général..... 77
B. Démocratie directe et droit européen..... 78
1) Les expériences faites avec l'EEE 78
2) Démocratie directe et UE..... 79
a) Les limites au droit d'initiative populaire imposées par le droit européen 80
b) Les limites au droit de référendum imposées par le droit européen 81
ba) . Les directives 81
bb) . Les règlements 82
II. Une compensation illusoire: l'extension du référendum conventionnel 82
A. Une solution possible: le parallélisme entre loi et traité .. 83
B. Critique: l'antinomie entre démocratie directe et relations internationales 85
III. Vers de nouvelles formes de démocratie? 87
Conclusion 89

Chapitre V
L'amenuisement de l'autonomie des cantons 90
I. La remise en cause, par le droit international, des équilibres définis par les Constitutions fédérales..... 90
A. L'antinomie entre intégration et autonomie régionale.... 90
B. La centralisation dictée par le droit international 93
II. L'absence de participation des entités fédérées à l'élaboration et à la mise en oeuvre du droit supérieur 94
III. Les tentatives de récupération des compétences fédérées expropriées 96

A. Le principe de subsidiarité 97
B. Du fédéralisme dual au fédéralisme coopératif en matière de relations internationales 98
1) Les précédents étrangers 99
2) Les projets en droit suisse 101
C. L'émergence du régionalisme 102
Conclusion 103

IIe Partie
Les incidences de l'interdépendance sur la souveraineté externe 105

Chapitre I
La neutralité rattrapée par la sécurité collective et par l'intégration européenne 105
I. La neutralité au service de l'indépendance 106
II. La neutralité à l'orée du troisième millénaire 108
A. Neutralité et guerre moderne 108
B. Neutralité et sécurité collective: l'inéluctable participation de la Suisse au système des Nations Unies 109
1) La nécessaire participation de tous les Etats aux sanctions décrétées par les Nations Unies 111
2) L'obligation internationale de discriminer l'agresseur 112
3) L'ordonnance du Conseil fédéral du 7 août 1990 ou l'alignement de la Suisse sur les décisions du Conseil de sécurité 113
C. Neutralité et intégration européenne 116
D. La neutralité au service de la paix et de la solidarité internationales 118
III. La nécessaire réorientation de la neutralité 118
A. La neutralité, un instrument inadapté? 118
B. La neutralité, un instrument adaptable 119
C. L'abandon de la neutralité? 119
Conclusion 121

Chapitre II
Les nouveaux moyens d'assurer notre indépendance 122
I. Un environnement politique modifié 123
II. La contribution à la construction de la paix 124
Conclusion 127

Conclusion générale 127

Bibliographie 130

Chapitre préliminaire
La toile de fond: de l'indépendance à l'interdépendance des Etats dans un monde en mutation

I. «La Confédération a pour but d'assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger»

C'est par ces mots que commence l'art. 2 Cst. féd. et c'est cette noble tâche que le Constituant a confiée en 1848 à l'Etat fédéral qu'il venait de créer. Figurant en tête des quatre buts qu'il lui a assignés, la préservation de l'indépendance de la patrie devait sans doute lui apparaître comme la mission première de l'Etat: assurer sa survie et son existence[1].

Ce qui, à une première lecture, semble caractériser cette disposition, c'est que les buts de la Confédération dans ses rapports avec l'étranger sont envisagés dans une optique essentiellement négative: la Confédération doit assurer l'indépendance de la patrie «contre l'étranger». Aucune allusion n'y est faite aux aspects positifs des objectifs de la politique étrangère de la Confédération[2].

La lecture de l'art. 2 du projet de révision totale de la Constitution fédérale du 20 novembre 1996 permet à cet égard de mesurer le chemin parcouru en un siècle et demi d'histoire constitutionnelle. Non seulement toute référence négative à «l'étranger», perçu comme un ennemi, a disparu du texte constitutionnel (art. 2 al. 1er du projet A), mais celui-ci mentionne, au nombre des buts que doit réaliser la Confédération, sa contribution à «un ordre international juste et pacifique» (art. 2 al. 3)[3]. Il s'agit incontestablement d'une véritable mise à jour, au sens d'un «aggiornamento», d'une actualisation des buts de la Confédération, qui prend en compte les changements intervenus dans la société internationale depuis l'adoption de notre loi fondamentale en 1848[4].

Si, au siècle dernier, l'indépendance de la Suisse dépendait très largement de l'étanchéité de ses frontières, elle est aujourd'hui principalement tributaire de son environnement politique immédiat et de la paix internationale. C'est donc en oeuvrant en faveur d'un ordre international juste et pacifique que la Suisse contribue au mieux à assurer sa propre indépendance. La perspective est complètement différente.

---

1 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 2, ch. 13–17.

2 *Idem*, ch. 11.

3 Voir Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 598.

4 *Idem*, p. 128.

On relèvera d'ailleurs que, parmi les buts que l'art. 2 du projet de révision totale de la Constitution de 1996 assigne à la Confédération, la préservation de l'indépendance est mentionnée après la protection de la liberté et des droits du peuple, alors qu'elle figure à la première place dans le texte actuellement en vigueur. Ce déplacement prend tout son sens lorsque l'on sait que, selon le Conseil fédéral, «l'ordre dans lequel les buts de l'Etat sont énoncés correspond à leur importance pratique»[5]. Signe des temps...

Le but du présent rapport est d'examiner les changements intervenus en 150 ans d'histoire constitutionnelle et de déterminer quel peut être le sens, à l'aube du XXIe siècle, d'une disposition qui assigne à l'Etat la mission d'assurer l'indépendance du pays.

L'indépendance présente deux faces: la face interne confère à l'Etat le droit d'organiser librement ses institutions politiques; la face externe définit la souveraineté de l'Etat dans ses rapports avec les autres puissances. Ce sont ces deux aspects qui formeront les articulations du présent rapport.

Mais avant de les aborder, quelques observations générales sur les transformations des fonctions de l'Etat à la fin du présent millénaire méritent de retenir notre attention. Elles forment la toile de fond des développements qui suivront.

II. L'Etat entre intégration internationale et désintégration nationale

L'une des caractéristiques principales de l'Etat national, aboutissement d'un long processus qui, commencé à la fin du Moyen Age, s'est perpétué jusqu'au début de ce siècle, est sa fermeture presque hermétique sur l'extérieur. Les conditions économiques, sociales et politiques de la souveraineté étatique ainsi entendue ont toutefois progressivement disparu. En raison des interdépendances toujours croissantes auxquelles sont soumis les Etats dans tous les domaines, leur aptitude à résoudre de manière autonome les multiples problèmes qui se posent à eux devient de plus en plus rare. La plupart transcendent en effet les frontières étatiques pour acquérir une dimension régionale, voire universelle. Dans des domaines de plus en plus nombreux, le résultat optimal de l'intervention étatique est atteint en passant de l'action individuelle à l'action concertée, du niveau national au niveau international. Point n'est besoin de trop insister sur ces constatations, tellement elles sont évi-

5 *Idem*, p. 129.

dentes. C'est en effet devenu un truisme d'affirmer que la plupart des secteurs de la vie publique sont caractérisés par une plus grande internationalisation[6].

L'interdépendance entre les nations a atteint un degré tel qu'elle est presque devenue «l'état normal» dans lequel vivent et se développent les Etats. Les diverses formes de dépendance mutuelle qui caractérisent les relations internationales et la nécessité, qui en résulte, d'une coopération accrue entre les Etats doivent être désormais considérées comme faisant partie de leur destin commun[7]. L'interdépendance réciproque a ouvert la voie à un processus d'intégration, qui a conduit à faire de notre planète un *«global village»,* dans lequel les problèmes sont de plus en plus examinés, étudiés et résolus à l'échelle mondiale, de Vancouver à Vladivostok.

La poussée intégrationniste au niveau régional et universel va de pair avec un affaiblissement des Etats et de leur rôle, voire, parfois, de tendances à la désintégration nationale, comme le relevait avec pertinence le Secrétaire général des Nations Unies, Boutros Boutros Ghali, dans son «Agenda pour la paix»:

> «We have entered a time of global transition marked by uniquely contradictory trends. Regional and continental associations of States are evolving ways to deepen cooperation and ease some of the contentious characteristics of sovereign and nationalistic rivalries. National boundaries are blurred by advanced communications and global commerce, and by the decisions of States to yield some sovereign prerogatives to larger, common political associations. At the same time, however, fierce new assertions of nationalism and sovereignty spring up, and the cohesion of States is threatened by brutal ethnic, religious, social, cultural or linguistic strife.»[8]

En cette fin de siècle, les éléments constitutifs de l'Etat, que nous avons appris sur les bancs de l'Université, semblent se diluer et perdre leur consistance.

Quelle est en effet aujourd'hui la signification et l'importance du territoire, traditionnellement conçu comme l'assise spatiale de la souveraineté des Etats, dans un monde où les frontières deviennent de plus en plus perméables, où les contrôles douaniers et policiers disparaissent progressivement et où l'on passe d'un Etat à l'autre comme l'on se déplace entre deux cantons? Les personnes, les capitaux, les services et les marchandises circulent désormais librement en Europe, les entreprises sont de plus en plus multinationales, les restrictions aux échanges fondées sur une base territoriale sont proscrites. Dans ces conditions, le territoire peut de moins en moins être considéré comme le cadre à l'intérieur duquel se matérialise la compétence exclusive d'un seul Etat et les frontières comme des remparts contre des agresseurs potentiels ou, tout simplement, contre les influences de toutes sortes venant

---

6 Voir URS SAXER, p. 18; MARTTI KOSKENNIEMI, p. 401; LOUIS HENKIN, *passim.*

7 URS SAXER, p. 18; CHRISTIAN TOMUSCHAT, Der Verfassungsstaat, p. 57.

8 UN Document S/24111, du 17 juin 1992, par. 11.

de l'extérieur. Bref, la territorialité, qui signifie monopole de la compétence de l'Etat sur un espace géographique délimité par des frontières, est sérieusement mise à mal lorsque la plupart des activités se développent selon une logique d'espace qui dépasse, voire ignore les territoires nationaux.

Les mêmes observations peuvent être faites à propos de la population. Les flux migratoires, la plus grande mobilité et le brassage des populations qui en est résulté remettent toujours plus en question le bien-fondé de la distinction entre nationaux et étrangers[9]. Les discriminations dont ces derniers ont pendant longtemps été les victimes sont combattues, dans toujours plus de domaines, par exemple celui de l'emploi ou de l'exercice de certaines professions, comme l'illustre la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'exercice de la profession d'avocat par des étrangers[10]. Les droits du citoyen se sont mués en droits de l'homme et, depuis longtemps déjà, le principe d'égalité consacré à l'art. 4 Cst. ne vaut plus seulement pour «les Suisses». Même le domaine des droits politiques, bastion traditionnellement réservé aux nationaux, subit les assauts des partisans d'une meilleure intégration des étrangers. Les initiatives cantonales se multiplient, qui préconisent l'octroi du droit de vote aux étrangers. Se justifie-t-il d'ailleurs d'accorder les nationalités étatiques avec autant de parcimonie alors que, en amont, est en voie de formation la citoyenneté européenne[11], qui les englobera toutes un jour[12]?

Lorsque le lieu où l'on vit n'est plus celui de nos ancêtres, lorsque nos voisins et nos amis viennent des quatre coins du monde, lorsque les nécessités professionnelles nous obligent à de fréquents déplacements, est-il étonnant que la notion même de patrie, si intimement liée à celle de territoire, résonne désormais, pour un nombre toujours plus élevé de personnes, comme une formule creuse[13]?

Bref, les éléments matériel – le territoire –, personnel – la nation-, – et politique – la souveraineté –, qui ont traditionnellement servi à définir l'Etat, sont en voie de décomposition. Les individus ont de plus en plus de peine à se reconnaître dans une communauté qui «perd les instruments de son identification en tant que communauté nationale»[14].

Les deux tendances que nous avons décrites – intégration internationale et désintégration nationale –, sont significatives d'un processus de transition au

---

9 PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, pp. 18 ss.

10 ATF 116 Ia 237; ATF 119 Ia 35; SJ 1993, p. 665; voir également ATF 123 I 212.

11 Voir les art. 8 et suivants du Traité de Maastricht.

12 Dans le même ordre d'idées, on pourrait mentionner ici l'extension des possibilités d'obtenir la naturalisation facilitée (voir les art. 9–17 LN).

13 PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, pp. 27 ss et 129.

14 DOMINIQUE ROUSSEAU, «Pas d'Europe sans Constitution», Le Monde du 18 janvier 1997.

coeur duquel, bien entendu, se trouve l'Etat. Ce dernier est donc bel et bien toujours présent et il serait téméraire d'affirmer sa mort maintenant déjà. Mais, en même temps, ces deux mouvements contradictoires lancent à la notion même d'Etat un véritable défi. Quelle est son importance dans le monde d'aujourd'hui? Peut-on y renoncer, le remplacer par d'autres formes d'organisation politique[15]? Une chose est certaine: l'avenir de l'Etat traditionnel subit le poids de plus en plus lourd d'un système international en pleine évolution. L'Etat peut très bien, un jour, disparaître. Le besoin d'identité commun à tous les hommes et à tous les peuples pourrait alors assumer d'autres formes.

III. Des Etats aux organisations internationales

La conception traditionnelle de l'Etat, national et souverain, telle qu'elle s'est développée en Europe au XVIIIe et au XIXe siècles, apparaît aujourd'hui comme dépassée. Ses bases mêmes sont sapées par les liens d'interdépendance qui unissent les Etats du XXe siècle[16]. Pour maîtriser en commun ces interdépendances, ceux-ci ont mis en place des structures et des institutions supranationales qui relèguent souvent au second plan le rôle des Etats. Un nombre croissant de tâches, que ces derniers ont traditionnellement assumées, le sont maintenant, de manière exclusive, ou parallèlement avec eux, par des organisations internationales ou supranationales, à tel point que l'on a pu se demander quel est encore le rôle qui revient aux Etats[17].

Les causes de la *«success story»* des organisations internationales sont multiples. D'abord, elles ne servent désormais plus uniquement les intérêts des Etats, mais également ceux de leurs sujets, les individus et d'autres groupes intermédiaires, comme les minorités ou les acteurs économiques.

Ensuite, leur champ opératoire s'est considérablement diversifié. Elles veillent désormais à la protection de l'environnement, à la sauvegarde des droits de l'homme, aux conditions de travail. Elles réglementent le commerce mondial et combattent les épidémies. La plus importante d'entre elles, l'Organisation des Nations Unies, est devenue un forum incontournable au sein duquel sont discutés et débattus tous les grands problèmes de notre époque, dont plusieurs n'étaient résolus jusqu'à récemment que dans le seul cadre étatique. L'action des organisations internationales devient ainsi de plus en plus globalisante.

---

15 URS SAXER, p. 12.
16 *Idem*, p. 13.
17 PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, pp. 7, 11 et 14.

Enfin, une fois créées, les organisations internationales sont animées d'une dynamique interne propre qui leur fait acquérir, par rapport aux Etats qui les ont instituées et dont ils sont les principales composantes, une autonomie toujours grandissante[18]. Elles dépendent certes des Etats, en particulier du point de vue financier et, le plus souvent, elles ne sont pas en mesure d'agir et d'intervenir sans leur consentement. Mais, en même temps, elles ont tendance à se substituer aux Etats, à avoir leur propre cadre de référence et leurs propres critères d'appréciation. Leurs intérêts et les valeurs sur lesquelles elles fondent leur activité ne s'identifient pas nécessairement avec ceux des Etats, desquels elles s'émancipent toujours plus.

Ce processus a atteint son apogée avec la création d'organisations supranationales, comme l'Union européenne, auxquelles les Etats ont abandonné une part importante de leur souveraineté. Ici, par étapes successives, des structures quasi étatiques ont été mises en place, dotées d'organes investis d'un pouvoir normatif qui se superpose à celui des Etats et qui lui est supérieur, à la manière du droit fédéral dans une Fédération.

L'image que reflètent les Etats contemporains est donc bien, toujours plus, celle d'entités intégrées dans des ensembles plus vastes, de piliers supportant des structures supranationales qui leur sont superposées.

IV. L'osmose entre le droit interne et le droit international

Tout comme la société internationale et les relations entre les Etats qui la composent, le droit international contemporain, qui les régit, a subi, au cours des dernières décennies, de profondes transformations, qui lui ont fait acquérir des dimensions nouvelles.

Pendant très longtemps, le droit international s'est développé dans un cadre où les relations entre les Etats portaient essentiellement sur des problèmes politiques. Le respect de la souveraineté, la paix, la guerre, la neutralité, les délimitations territoriales, les relations diplomatiques ont été, jusqu'à une époque relativement récente, les préoccupations et les centres d'intérêt majeurs du droit des gens. Sa fonction principale, voire unique, consistait à faire coexister un certain nombre d'Etats, à l'époque ses seuls sujets.

De nos jours, le droit international a cessé d'être uniquement un droit de la coexistence, destiné à partager et à protéger les souverainetés étatiques. Son domaine s'est considérablement enrichi et diversifié. Un nombre toujours

18 URS SAXER, p. 34; CONSTANCE GREWE/HÉLÈNE RUIZ FABRI, p. 119.

croissant de matières, autrefois exclusivement régies par le droit interne, sont aujourd'hui réglementées par le droit international. Des compétences originairement nationales subissent une influence accrue du droit international. Cette extension du champ d'application du droit international, son déferlement par-dessus ses frontières traditionnelles, rapproche de plus en plus son objet et ses finalités de celles du droit interne: droit interne et droit international «se mélangent, se superposent, se complètent, se renforcent et se concurrencent»[19]. De droit essentiellement «statocentrique» qu'il était, le droit international étend son champ opératoire pour devenir, de plus en plus, un droit «anthropocentrique».

Les connexions entre le droit interne et le droit international ont pour conséquence d'accroître considérablement les cas d'application de ce dernier, si bien que, dans un nombre toujours plus important de matières, le législateur national se voit privé de la faculté d'édicter des règles de droit de façon autonome, enserré qu'il est dans un tissu toujours plus dense de règles internationales qui limitent sa liberté d'action.

Le droit international devient toujours plus un droit de la coopération qui vise à réglementer en commun des problèmes devenus transnationaux. Si le droit international de la coexistence était le droit des souverainetés juxtaposées, le droit international de la coopération est celui de la collaboration et de l'interdépendance. Le droit international privé apparaît d'ailleurs lui aussi de moins en moins comme un ensemble de règles de renvoi impliquant divers ordres juridiques nationaux, ce qui a été sa fonction traditionnelle, que comme un droit qui s'efforce de parvenir à une harmonisation des solutions nationales.

L'osmose entre le droit international et le droit interne est particulièrement évidente dans le domaine des droits fondamentaux. Le rôle joué par un traité comme la Convention européenne des droits de l'homme est particulièrement

---

19 CONSTANCE GREWE/HÉLÈNE RUIZ FABRI, p. 122; voir aussi RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, p. 589. Dans son message du 28 janvier 1997 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, le Conseil fédéral a, par exemple, fort justement relevé que «le développement technologique actuel en matière d'information facilite le traitement et la diffusion des données personnelles non seulement sur l'ensemble du territoire national, mais également au-delà de nos frontières, notamment grâce à l'internationalisation des réseaux et à la multiplication des autoroutes de l'information. La protection des données doit dès lors être assurée tant au plan national qu'au plan international. L'efficacité des dispositions nationales de protection des données dépend de la coopération internationale et de l'harmonisation des systèmes nationaux de protection des données, car les flux d'informations ignorent en principe les frontières. Du fait des distorsions juridiques entre les différents Etats, ces flux peuvent intervenir aux dépens de la protection de la personnalité et des droits et libertés fondamentaux des individus et entraîner l'apparition de ‹paradis de données›» (FF 1997 I 702).

illustratif à cet égard. Cette convention bénéficie d'une diffusion qu'aucun traité international n'avait jamais connue avant elle. Les tribunaux internes l'appliquent et s'y réfèrent au point qu'il est devenu difficile de distinguer entre droits constitutionnels et droits conventionnels. Elle vient compléter, corriger, mais dans certains cas aussi supplanter le droit interne, selon la place qu'elle y occupe.

En sens inverse, les droits nationaux influencent le droit international. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet élaboré des standards européens à partir de valeurs et de principes convergents des droits internes des Etats membres du Conseil de l'Europe. Une sorte de capillarité s'est ainsi instaurée entre la jurisprudence des organes européens et les tribunaux des Etats parties à la Convention. Le «système de Strasbourg» est devenu, au fil des ans, une sorte de paramètre européen en matière de droits fondamentaux. La Convention européenne des droits de l'homme apparaît de plus en plus comme un système de justice constitutionnelle de nature presque fédérale[20].

Mais l'interpénétration du droit international et du droit interne a une autre conséquence: les rapports entre eux ne peuvent plus être examinés unilatéralement par les Etats sous le seul angle et selon les critères exclusifs du droit interne. Comme l'a rappelé récemment le Tribunal fédéral, la primauté du droit international sur le droit interne se déduit de sa nature même[21].

La conception dualiste, pendant longtemps présentée dans les manuels comme équivalente à la théorie moniste, apparaît désormais comme dépassée, car elle ne permet plus de rendre compte des influences réciproques des deux corps de règles et de l'osmose très riche qui unit le niveau interne et le niveau international.

V. Vers un déplacement du lieu d'exercice de la souveraineté?

En 1923, dans la célèbre affaire du vapeur «Wimbledon», la Cour permanente de Justice internationale affirmait qu'elle se refusait à voir «dans la conclusion d'un traité quelconque un abandon par un Etat de sa souveraineté». Selon elle en effet, «la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat»[22].

Cette affirmation apparaît aujourd'hui bien obsolète, dans un monde caractérisé par une internationalisation croissante des relations juridiques, qui

20 Francesco Cocozza, p. 708.
21 ATF 122 III 416; 122 II 487.
22 CPJI Série A, n° 1, arrêt du 17 août 1923, p. 25.

entraîne inévitablement un déplacement du pôle d'exercice des pouvoirs du niveau interne au niveau international[23].

A. Les organisations internationales, concurrentes des Etats?

L'accroissement du rôle et des prérogatives des organisations internationales s'est à ce point généralisé et diversifié qu'elles sont venues concurrencer les Etats là où ceux-ci ont toujours bénéficié de compétences exclusives. Les Nations Unies peuvent par exemple décider que la paix internationale est menacée par un conflit purement interne et décréter une intervention; Bruxelles peut imposer à un Etat de réduire sa production agricole. Même la garantie des libertés et la promotion de la démocratie ont cessé d'être le monopole de l'Etat dit de droit. Le respect des droits de l'homme est devenu une prérogative des organisations internationales autant que des Etats[24]. De plus en plus, des principes comme celui du domaine réservé des Etats ou celui de la non-immixtion dans les affaires intérieures sont remis en cause moins par des actes d'Etats que par ceux d'organisations internationales[25].

La concurrence que les organisations internationales viennent faire aux Etats est particulièrement évidente dans le cadre de l'intégration européenne. La structure plus centralisée de l'ordre juridique communautaire le distingue des autres organisations internationales et l'apparente à celui des Etats, au point que le processus d'intégration peut être analysé en termes constitutionnels[26]. Le Parlement européen n'a-t-il pas adopté un projet de Constitution pour l'Union européenne[27] et la Cour de Justice ne considère-t-elle désormais pas que le traité de Rome doit être vu comme «une charte constitutionnelle de base»[28] fondant une «communauté de droit»[29]?

Si la Constitution se définit comme le texte qui énonce les principes fondamentaux régissant l'organisation des pouvoirs publics et les relations avec les sujets de droit, les traités fondateurs de l'UE se rapprochent incontestablement de cette définition. Les pouvoirs publics y sont représentés par les institutions européennes, les sujets de droit étant les Etats membres et leurs

---

23 MICHEL MELCHIOR/LOUIS DE GREVE, p. 247.

24 PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, p. 164.

25 URS SAXER, p. 33.

26 CONSTANCE GREWE/HÉLÈNE RUIZ FABRI, p. 121.

27 Parlement européen, Projet de Constitution européenne, Rés. du 12 décembre 1990, JOCE 28 janvier 1991, C-19/65 et Projet de rapport de M. OREJA AGUIRRE sur la Constitution de l'UE, Parlement européen, 203.601/rev. 2 du 27 avril 1993.

28 CJCE, arrêt *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen*, du 23 avril 1986, aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1365.

29 CJCE, avis 1/91, relatif au traité EEE, du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079, reproduit dans RSDIE 1992, p. 99 et dans RUDH 1991, p. 91.

ressortissants. Les objectifs qui y sont proclamés ressemblent pour leur part aux valeurs contenues dans les constitutions contemporaines[30].

Par l'instauration d'une citoyenneté européenne, par la consécration des principes de la démocratie et de l'Etat de droit, le traité sur l'UE confère à cet édifice un caractère le rapprochant davantage encore des structures étatiques contemporaines.

L'ordre constitutionnel européen en voie de formation devient de plus en plus autonome. Il se sépare de ceux des Etats membres et, en même temps, se rapproche d'eux par sa nature, qui l'éloigne des structures du droit international classique.

B. Les réactions des Etats

Les Etats s'efforcent naturellement de fixer des limites à ce phénomène, qu'ils ont déclenché mais qu'ils ne semblent plus être en mesure de maîtriser, tellement il échappe à leur emprise, parce qu'il répond à une dynamique propre.

D'abord, les progrès de l'intégration ont rendu nécessaire une adaptation des dispositions constitutionnelles nationales. Depuis quelques années, les constitutions européennes ont été dotées de clauses de transferts de compétences ouvrant l'ordre juridique interne aux organisations internationales. Elles ont pour but d'autoriser les autorités internes à transférer à des organisations internationales ou supranationales des compétences que la constitution attribue en principe aux organes internes. Compte tenu des restrictions à la souveraineté que de tels transferts impliquent, les constitutions se doivent d'en déterminer l'objet et les procédures[31]. Ces clauses n'en constituent pas moins la reconnaissance implicite d'une perte de souveraineté.

Une autre technique utilisée est celle du contrôle de constitutionnalité préventif, qui permet de résoudre les contradictions entre le droit international et le droit interne avant même l'entrée en vigueur de l'engagement international. En cas de contrariété entre des transferts de souveraineté et la souveraineté nationale, la constitution doit préalablement être révisée[32].

Ce sont surtout les juridictions constitutionnelles qui se sont faites les défenseurs de la souveraineté des Etats. Elles s'efforcent d'empêcher leur autoaliénation et de réaffirmer la primauté du droit constitutionnel national. C'est à lui que doit se mesurer toute évolution, y compris celle du droit international. Les juridictions constitutionnelles n'hésitent donc plus à véri-

30 CONSTANCE GREWE/HÉLÈNE RUIZ FABRI, p. 121.
31 *Idem,* p. 110.
32 Voir par exemple l'art. 54 de la Constitution française.

fier non seulement que le droit interne respecte le droit international, mais également que ce dernier respecte le droit constitutionnel.

Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne a-t-elle, dès le début, marqué des réserves à la jurisprudence européenne relative à l'effet direct et à la primauté du droit communautaire en affirmant sa compétence pour contrôler la constitutionnalité du droit dérivé[33]. Elle s'est réservé un droit de contrôle sur le droit communautaire dès que sont en cause les principes fondamentaux de l'ordre juridique et les droits inaliénables de la personne[34].

La célèbre jurisprudence *«Solange»* de la Cour constitutionnelle allemande est révélatrice des mêmes préoccupations. La Cour de Karlsruhe a tenu à réserver à son contrôle la conformité du droit communautaire avec les droits fondamentaux «aussi longtemps que» *(«solange»)* le processus d'intégration de la Communauté n'avait pas atteint un stade suffisamment avancé pour parvenir à une protection de ces droits équivalente à celle procurée par la loi fondamentale[35].

Le transfert de compétences à la Communauté n'a donc pas été accepté, au début, par la Cour constitutionnelle allemande, qui a insisté sur la prééminence des droits fondamentaux garantis par la Constitution de Bonn sur les actes de droit communautaire dérivé qui ne s'y conformeraient pas. La volonté de contrôler la constitutionnalité du droit européen était révélatrice d'une méfiance à l'endroit du système communautaire de protection des droits fondamentaux, compte tenu des carences institutionnelles de ce système au moment où l'arrêt a été rendu.

Plus récemment, le traité de Maastricht a fourni à plusieurs Cours constitutionnelles l'occasion de réaffirmer, en dépit des importants transferts de compétences consentis, la souveraineté des Etats membres de l'Union européenne. Il n'est pas inutile de se remémorer ici les fortes paroles prononcées par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans son arrêt du 12 octobre 1993:

> «Die Bundesrepublik Deutschland ist somit auch nach dem Inkrafttreten des Unions-Vertrags Mitglied in einem Staatenverbund, dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann. Deutschland ist einer der ‹Herren der Verträge›, die ihre Gebundenheit an den ‹auf unbegrenzte Zeit› geschlossenen Unions-

33 Arrêt n° 98 du 27 décembre 1965, *San Michele*.

34 Arrêt n° 170 du 8 juin 1984, *Granital*.

35 Arrêt du 29 mai 1974, BVerfGE 37, p. 271. Cet arrêt a donné lieu à un nombre impressionnant de commentaires. Sur les problèmes, soulevés par cet arrêt, qui pourraient se poser en Suisse en cas d'adhésion de notre pays à l'UE, voir notamment JÖRG PAUL MÜLLER, «Grundrechts- und Demokratiedefizite», p. 109 et WALTER KÄLIN, «EWR-Abkommen», p. 656. Pour une étude récente, voir CHRISTIAN WALTER, «Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande», Revue du droit public 1997, p. 1285.

> Vertrag (Art. Q EUV) mit dem Willen zu langfristiger Mitgliedschaft begründet haben, diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben könnten. Geltung und Anwendung von Europarecht in Deutschland hängen von dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes ab. Deutschland wahrt damit die Qualität eines souveränen Staates aus eigenem Recht und den Status der souveränen Gleichheit mit anderen Staaten i.S. des Art. 2 Nr. 1 der Satzung der Vereinten Nationen.»[36]

L'époque que nous vivons est ainsi caractérisée, parallèlement au développement spectaculaire du droit international, par un renforcement du droit constitutionnel. Sous l'oeil vigilant des Cours constitutionnelles, il détermine la manière dont est fabriquée la règle de droit et dont sont protégés les droits fondamentaux. On comprend alors que, dans plusieurs pays, se soient développées des jurisprudences constitutionnelles qui s'opposent à un droit supranational jugé trop expansionniste.

Mais la marche vers l'intégration et l'effritement des souverainetés nationales paraît inexorable. Le contrôle judiciaire des normes transnationales par les juridictions nationales apparaît donc à son tour comme attentatoire à l'autonomie des organisations internationales[37]. La Cour de Luxembourg a par exemple très vite tenu à souligner l'autonomie du droit communautaire par rapport aux ordres juridiques nationaux:

> «Attendu que le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait en raison de sa nature se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base de la Communauté elle-même, que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat.»[38]

Lorsque, après l'arrêt *Solange I*, la Cour de justice des Communautés a «récupéré» le domaine des droits fondamentaux, la Cour de Karlsruhe a bien dû abandonner sa position restrictive, renverser sa présomption et déclarer qu'elle n'accueillerait plus les recours contre les actes de droit dérivé tant que les Communautés européennes garantissent une protection efficace des droits fondamentaux sensiblement égale à celle de la loi fondamentale[39]. En 1986, la jurisprudence *Solange I* a donc été modifiée, au motif qu'entretemps la pratique de la Cour de Luxembourg assurait une protection suffisante des droits fondamentaux. Aussi longtemps que cet état de choses durerait, la Cour

---

36 EuGRZ 1993, p. 439.

37 CONSTANCE GREWE/HÉLÈNE RUIZ FABRI, p. 132.

38 CJCE, arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, aff. n° 11/70, Rec. p. 1125.

39 Arrêt du 22 octobre 1986 *(Solange II)*, BVerfGE 73, EuGRZ 1987, p. 20. Trois ans plus tard, dans un arrêt *Solange III* (EuGRZ 1989, p. 339), la Cour de Karlsruhe semble être revenue en partie sur sa jurisprudence *Solange II*.

constitutionnelle allemande n'examinerait plus de recours pour contradiction du droit communautaire avec les droits fondamentaux.

Mais les résistances à l'envahissement des règles supranationales ne sont pas le seul fait des Cours constitutionnelles. Elles se font jour également au sein des autres organes de l'Etat. Ainsi, après que la Cour de Strasbourg eut condamné la Suisse dans une affaire devenue célèbre, le postulat Danioth, repoussé de justesse au Conseil des Etats le 25 septembre 1988, par 16 voix contre 15, proposait-il que la Suisse dénonce la Convention européenne des droits de l'homme. Plus récemment, en France, le député Pierre Mazeaud faisait à l'Assemblée nationale la déclaration suivante: «Tant que nous n'aurons pas construit des institutions de l'UE qui soient claires, lisibles et qui s'inscrivent dans ce que nous savons de la démocratie, nous serons bien forcés, d'une façon ou d'une autre, de peser les règles communautaires à l'aune de nos propres constitutions, car c'est la Constitution qui fonde le consensus national»[40].

Monsieur Mazeaud proposait en conséquence de modifier certains traités européens, afin d'y introduire une exception à la suprématie du droit communautaire lorsque celui-ci contrevient à la Constitution nationale de l'un des Etats membres.

C'est sur la toile de fond de ces quelques considérations préliminaires qu'il convient d'examiner la signification contemporaine du concept d'indépendance de la Confédération et de vérifier dans quelle mesure celui-ci a subi une érosion qui affecte autant la faculté d'organisation de ses propres pouvoirs (Ire Partie) que ses relations avec d'autres Etats (IIe Partie).

40 Cité in: Revue française de droit constitutionnel 1996, p. 677.

Ire Partie
Les incidences de l'interdépendance sur la souveraineté interne

L'importance croissante du droit international impose d'abord aux Etats une limitation de leur faculté de s'organiser comme ils l'entendent, ce que nous avons appelé la face interne de la souveraineté. L'érosion à laquelle est soumise cette liberté affecte tous les organes étatiques investis de la puissance publique et, en tout premier lieu, en raison de l'émergence d'une constitutionnalité internationale, le plus important d'entre eux, le pouvoir constituant (Chap. Ier). Les effets de l'interdépendance s'étendent cependant également aux autres institutions de l'Etat, en particulier au Parlement, qui semble assister, impuissant, au déclin inexorable de son omnipotence (Chap. II), et aux Cours suprêmes, qui apparaissent de plus en plus comme mises sous la tutelle des juridictions internationales, devenues des sortes de quatrièmes instances (Chap. III). Dans un Etat fédéral et de démocratie directe comme la Suisse, les droits du peuple et l'autonomie des cantons semblent devoir subir le même destin (Chap. IV et V).

Chapitre Ier
Vers la fin de l'exclusivité constitutionnelle des Etats

I. L'émergence de la constitutionnalité internationale ou supraconstitutionnalité

L'un des traits communs les plus caractéristiques des Constitutions nationales en cette fin de siècle réside dans leur prise en compte du phénomène de l'insertion des Etats dans un vaste réseau de liens juridiques internationaux, dont il convient de déterminer à la fois le statut et le rang en droit interne. Plusieurs constitutions modernes se sont ainsi dotées de dispositions relatives au droit international et au droit européen[41]: c'est la naissance du «droit

41 Voir, p. ex., l'art. 7 al. 5 de la Constitution du Portugal, l'art. 23 de la Constitution de la RFA, l'art. 168 de la Constitution belge de 1993, les art. 3 et 116 de la Constitution tchèque de 1992 et, plus près de nous, le préambule de la Constitution jurassienne et l'art. 54 al. 1er de la Constitution du canton de Berne de 1993. Sur ces questions, voir PETER HÄBERLE, pp. 370–71.

constitutionnel international»[42]. Le droit international et le droit européen ont désormais un ancrage dans les Constitutions.

Mais l'ouverture du droit constitutionnel au droit international n'est qu'une face de l'émergence d'un ordre constitutionnel international. Un système constitutionnel unifié est en effet en voie de formation au niveau supranational, sur la base de principes et de valeurs communs, si bien qu'il n'est pas exagéré d'annoncer la «fin de l'exclusivité constitutionnelle des Etats»[43], dans la mesure où le constitutionnalisme a dépassé les frontières étatiques pour régir également le monde des relations internationales[44].

Les organes internationaux eux-mêmes se réfèrent d'ailleurs de plus en plus à la notion de constitution à propos des traités fondateurs d'institutions internationales ou des principaux instruments internationaux de sauvegarde des droits de l'homme.

Ainsi, dans un important arrêt qu'elle a rendu il y a quelques années, la Cour de Strasbourg n'a-t-elle pas hésité à qualifier la Convention européenne des droits de l'homme «d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen»[45], confirmant par là ce qu'avait déjà affirmé peu de temps auparavant la Commission européenne des droits de l'homme[46]. L'expression a été reprise récemment par le Tribunal fédéral[47].

Dans le cadre de l'avis qu'elle a rendu sur le projet de protocole additionnel n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg s'est d'ailleurs qualifiée elle-même de juridiction internationale chargée de faire respecter une constitution européenne des droits de l'homme[48].

La Cour de Luxembourg, quant à elle, avait vu dans la Communauté européenne, il y a plus de dix ans déjà, une «communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la

---

42 VLAD CONSTANTINESCO, Contenu et structure, p. 114.

43 ARNOLD KOLLER, Allocution d'ouverture, in: l'Espace constitutionnel européen, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich 1995, p. 7; VLAD CONSTANTINESCO, Contenu et structure, p. 115.

44 Dans ce sens, voir, parmi d'autres, RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, pp. 591 et 597 et HELMUT STEINBERGER, p. 18.

45 Cour eur. D.H., arrêt *Loizidou c. Turquie*, du 23 mars 1995, Série A, vol. 310.

46 Req. n° 15299/89, 15300/89 et 15318/89 *Chrysostomos et al. c. Turquie*, décision du 4 mars 1991, RUDH 1991, p. 201, par. 22: la Convention européenne des droits de l'homme est l'«instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme».

47 ATF 122 II 380.

48 Conseil de l'Europe, Réforme du système de contrôle de la CEDH, Doc. H(92)14, p. 48; texte reproduit dans RUDH 1992, p. 520, par. 5. La thèse du caractère supraconstitutionnel des droits reconnus par la Convention est soutenue également par certains juges de la Cour. Voir p. ex. l'opinion séparée du juge DE MEYER jointe à l'arrêt *Observer et Guardian*, Série A, vol. 216, p. 47, par. 44.

conformité de leurs actes à la Charte constitutionnelle de base qu'est le traité»[49]. Plus récemment, dans son avis 1/91 rendu à propos du projet d'accord EEE, elle a réaffirmé que «bien que conclus sous la forme de traités internationaux, les traités communautaires n'en constituent pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit»[50].

Par l'expression «communauté de droit», la Cour a voulu transposer, sur le plan communautaire, la notion d'Etat de droit, avec tout ce que ce concept implique, en particulier le principe de la légalité et celui d'une juridiction exerçant un contrôle de conformité aux traités fondateurs de tous les actes des organes communautaires et des actes des Etats membres[51].

Si donc l'Union européenne repose sur des traités internationaux, ce fondement s'est graduellement mué en une charte constitutionnelle. Les règles communautaires fondamentales ont incontestablement une dimension constitutionnelle, dans la mesure où elles fixent par exemple les compétences respectives des Etats et de la Communauté, ou des divers organes communautaires, ou en déterminent la composition[52]. D'ailleurs, après quarante ans d'existence, l'Union européenne a sérieusement envisagé la possibilité de se doter d'une constitution européenne[53].

Pour sa part, au fil des ans, la Cour de justice des Communautés européennes a patiemment construit une jurisprudence d'une grande portée constitutionnelle. Elle a proclamé que la Communauté constitue un ordre juridique autonome, et en a déduit le principe de l'effet direct des règles communautaires et celui de leur primauté sur le droit interne des Etats, au point de considérer que la validité de tout acte communautaire ne pouvait être remise en question, alors même qu'il porterait atteinte «soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un Etat membre, soit au principe d'une structure constitutionnelle nationale»[54].

On sait que la Cour a compensé cette dépossession des Etats par la prise en charge, à son niveau, du respect des droits fondamentaux: «Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit

---

49 CJCE, arrêt *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen*, du 23 avril 1986, aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1365.

50 CJCE, Avis 1/91 relatif au traité EEE, du 14 novembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079, reproduit dans RUDH 1991, p. 91 et RSDIE 1992, p. 99.

51 VLAD CONSTANTINESCO, L'émergence, p. 450.

52 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Nécessité et fonctions, p. 21; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Le juge suisse, p. 275, et les auteurs cités.

53 Voir la résolution du Parlement européen du 10 février 1994 sur la Constitution européenne et le projet de Constitution européenne figurant en annexe (JOCE n° C 61 du 28 février 1994, p. 155).

54 CJCE, Arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125; voir VLAD CONSTANTINESCO, L'émergence, p. 450.

dont la Cour de justice assure le respect ... La sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté»[55].

Si l'on accepte de qualifier de «constitution européenne» les règles fondamentales contenues dans les traités communautaires et dans la Convention européenne des droits de l'homme, la même appellation devrait pouvoir être utilisée à propos des règles fondamentales qui régissent, à l'échelon universel, la communauté internationale. Un auteur a parlé récemment de la constitution de la société internationale[56] et le Conseil fédéral lui-même, dans son message relatif à la réforme globale de la Constitution fédérale, a qualifié les règles de *jus cogens* de principes «revêtant un caractère constitutionnel»[57].

Force est alors de constater que l'on se trouve en présence d'un «bloc de supraconstitutionnalité» qui vient se superposer aux constitutions nationales, lesquelles vivent désormais «sous influence internationale»[58].

Alors qu'autrefois des règles de ce type ne pouvaient, à la rigueur, être que des règles de droit naturel, depuis quelques décennies, il s'agit de règles de droit positif qui s'imposent en raison de leur caractère international et elles engagent les Etats mêmes qui les ont produites[59].

L'existence d'un patrimoine constitutionnel européen, voire d'un héritage commun à l'humanité, c'est-à-dire d'acquis qui s'imposent à tous les Etats, est de moins en moins contestable et contestée[60]. Ainsi, le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme se réfère-t-il à «une conception commune des droits de l'homme» et au «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques». La Cour de Luxembourg a quant à elle forgé des «principes généraux de droit» qui prennent ancrage dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, expression récemment reprise par l'art. F. 2. du traité de Maastricht[61].

Du moins de manière approximative, l'inventaire de ce patrimoine commun, de ces principes partagés, est facile à dresser: les règles essentielles de la démocratie, à savoir des élections libres organisées à intervalles réguliers, le respect du pluralisme politique, le gouvernement par la majorité dans le

---

55 *Idem.*

56 Voir NICOLAS ONUF, p. 1.

57 FF 1997 I 454.

58 VLAD CONSTANTINESCO, L'émergence, p. 450.

59 LOUIS FAVOREU, p. 74; STÉPHANE RIALS, p. 59; SERGE ARNÉ, p. 461.

60 Voir JEAN-LOUIS QUERMONNE, pp. 18–19 et PETER HÄBERLE, p. 388.

61 «L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ... et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.»

respect des minorités[62], le respect des droits fondamentaux, l'indépendance du pouvoir judiciaire[63].

D'un pays à l'autre, le mode de scrutin varie certes, la nature et la durée des mandats sont différentes, mais le principe de l'élection démocratique des gouvernants est communément admis. Les détenteurs du pouvoir sont élus, directement ou indirectement, par le peuple, quel que soit le régime politique en place. D'un bout à l'autre du continent, les constitutions consacrent plus ou moins les mêmes libertés: liberté personnelle, liberté d'expression, droit de propriété, liberté syndicale. Et presque partout, aussi, le respect de ces droits fondamentaux est garanti par des juges constitutionnels. Sans doute, ici aussi, les modalités du contrôle diffèrent d'un Etat à l'autre. Mais le principe de la primauté de la Constitution est également partagé.

L'existence de principes constitutionnels qui surplombent les constitutions nationales a pour conséquence de limiter la marge de manoeuvre du constituant national. A l'évidence, celui-ci n'est plus souverain, car il se doit de respecter un constitutionnalisme qui s'est formé en amont, et auquel il ne peut déroger. Le pouvoir constituant des Etats doit prendre conscience de la «relativité des espaces constitutionnels nationaux»[64].

Ce rétrécissement des espaces constitutionnels nationaux se manifeste d'abord, dans notre pays, par l'émergence de limites aux possibilités de réviser la Constitution: les initiatives populaires sont désormais soumises au contrôle de leur validité internationale (II). Si le droit international fixe des barrières aux révisions constitutionnelles, qui ne peuvent plus avoir n'importe quel contenu, il arrive aussi, en sens inverse, que de telles révisions soient imposées par le droit international (III). Par ailleurs, ce dernier impose de plus en plus aux Etats des standards constitutionnels communs (IV) et les juridictions internationales commencent à se livrer à un contrôle de conventionnalité des constitutions nationales (V). Tous ces points méritent quelques développements.

---

62 Dans un arrêt célèbre, la Cour eur. D.H. a affirmé que «la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité: elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et évite tout abus de position dominante» (arrêt *Young, James et Webster*, Série A, vol. 44, par. 63).

63 Voir DOMINIQUE ROUSSEAU, «Pas d'Europe sans Constitution», Le Monde du 18 janvier 1997, p. 17.

64 VLAD CONSTANTINESCO, Contenu et structure, p. 115.

II. Les limites à la révision de la Constitution imposées par le droit international

Ce qui distingue la souveraineté du peuple suisse de celle des autres peuples du monde est le pouvoir qu'a le premier de proposer des textes d'ordre législatif ou constitutionnel. Dans tous les autres Etats, ce pouvoir demeure une prérogative des autorités. «Les citoyens suisses ont de quoi en être fiers si l'on admet avec Hauriou que le pouvoir d'initiative est le premier des pouvoirs»[65].

Le droit d'initiative populaire dont nous sommes tous, effectivement, si fiers, et qui n'était soumis, jusqu'à une époque récente, à aucune limite, commence à subir certaines restrictions, comme le montre l'évolution de la pratique de nos autorités relative aux conditions de validité des initiatives.

A. La pratique jusqu'en 1995

Dans le premier cas où le problème des limites hétéronomes à la révision de la Constitution s'est posé à nos autorités, celles-ci lui ont donné une réponse négative. L'initiative dite de Rheinau, déposée en 1953, visait notamment, pour protéger la beauté des chutes du Rhin et le couvent de Rheinau, à annuler une concession hydraulique qui avait été octroyée en vertu d'un engagement international[66]. Dans son rapport du 4 mai 1954[67], le Conseil fédéral soutenait la thèse de l'absence de toute limite matérielle à la révision de la Constitution imposée par le droit international:

> «... Il n'y a, en droit positif, aucun pouvoir supérieur à celui du peuple et des cantons, aucun pouvoir habilité à édicter des règles obligatoires pour eux. Leur limite n'existerait que si la Suisse faisait partie d'un Etat plus grand qui aurait fixé des bornes dans lesquelles la Constitution fédérale suisse pourrait être révisée valablement. Or la Suisse n'appartient pas à un pareil super-Etat. Les principes généraux du droit des gens n'ont pas sur le droit constitutionnel des divers Etats une primauté qui priverait ceux-ci du pouvoir d'insérer dans leur Constitution une disposition non conforme au droit des gens.»[68]

Tout en réservant la question de la responsabilité internationale de la Suisse, notre Gouvernement proposa donc aux Chambres, qui acceptèrent, de soumettre l'initiative au vote du peuple et des cantons. Celle-ci fut cependant massivement rejetée en décembre 1954[69].

---

65 OLIVIER BEAUD, p. 39.
66 Sur cette initiative, voir ZACCARIA GIACOMETTI, p. 53.
67 FF 1954 I 715.
68 *Idem.*
69 *Idem,* p. 697.

La thèse de l'inexistence de limites hétéronomes à la révision de la Constitution fut confirmée par nos autorités à l'occasion de l'examen d'autres initiatives populaires déposées ces dernières années.

L'initiative lancée par l'Action nationale en mars 1973 proposait de soumettre au référendum tous les traités en vigueur dans le but, surtout, de remettre en cause le traité conclu avec l'Italie en 1964[70]. On se souvient que le Conseil des Etats avait opté pour son invalidité, en raison de sa non-conformité au droit international, mais que le point de vue opposé du Conseil national finit par l'emporter[71]. L'initiative fut rejetée en mars 1977.

Les initiatives dites xénophobes des années soixante et septante soulevaient également un problème de conformité avec le droit international. Dans son message relatif à la troisième d'entre elles, le Conseil fédéral avait estimé que, en cas d'acceptation, il se trouverait dans l'obligation de dénoncer plusieurs traités d'établissement ainsi que la Convention internationale sur les réfugiés de 1951[72]. Elles ne furent pas pour autant soustraites au vote populaire.

Nos autorités n'ont pas non plus soutenu la thèse de limites supérieures à la révision de la Constitution à propos de l'initiative «Pour une Suisse sans armée et pour une politique globale de paix»[73] et de l'initiative «Pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit»[74].

Jusqu'à récemment, l'absence de conformité d'une initiative populaire constitutionnelle à une règle de droit international n'a donc jamais constitué, pour nos autorités, un motif d'invalidité[75]. Elles se sont contentées de résoudre cette difficulté en acceptant d'engager, le cas échéant, la responsabilité internationale de la Suisse et en envisageant de dénoncer les traités éventuellement contraires à la Constitution révisée.

Il est vrai que, dans les cas susmentionnés, les traités en cause étaient, pour la plupart, relativement peu importants et que leur violation n'aurait engagé que dans une faible mesure la responsabilité internationale de la Suisse. En cas d'acceptation des initiatives, des solutions amiables pouvaient facilement être trouvées, le préjudice causé pouvant être aisément réparé.

---

70 FF 1974 II 1176; voir le message du CF du 23 octobre 1974, FF 1974 II 1133 ss.

71 BO CN 1975, pp. 1073–1109; 1976, pp. 315–326, 590–605, 1519–1524; BO CE 1975, pp. 772–788; 1976, pp. 498–503.

72 FF 1974 I 205.

73 Message du 25 mai 1988, FF 1988 II 946, 956.

74 Message du 12 février 1992, FF 1992 II 865, 892.

75 En doctrine, la question de savoir si les modifications de la Constitution sont soumises à des limites matérielles non écrites est depuis longtemps débattue. Pour un examen détaillé des différents points de vue, voir LUZIUS WILDHABER, Commentaire de la Constitution, ad art. 118, n° 23 ss et 39 ss et JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht, n° 324 ss. Pour un exposé détaillé de la pratique sur cette question, voir FF 1994 III 1480 ss.

B. La dénonciation des traités contraires à la Constitution révisée: une solution boiteuse

On vient de le voir, la dénonciation d'un traité international éventuellement contraire à une initiative populaire a toujours compté au nombre des moyens envisagés pour éliminer la contradiction entre les textes en conflit.

Parfois, cette solution est expressément prévue par le texte même de l'initiative. Ainsi, l'initiative «Pour une politique d'asile raisonnable» demandait que soit inséré dans la Constitution un art. 20 DT, aux termes duquel les dispositions d'accords internationaux qui contreviendraient à l'initiative ne seraient plus contraignantes pour la Suisse. Le Conseil fédéral devrait les dénoncer sans retard. Même en l'absence de disposition aussi explicite dans le texte même de l'initiative, l'on admet généralement que l'acceptation d'une disposition constitutionnelle contraire au droit international doit être considérée comme comportant un mandat implicite au Conseil fédéral de dénoncer le traité qu'elle remet en cause.

Cette solution ne va toutefois pas sans poser de sérieux problèmes. Le premier est constitué par les traités, de plus en plus nombreux, qui ne contiennent pas de clauses de dénonciation. C'est le cas, par exemple, de plusieurs conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme. Pour ces traités, l'absence de clause de dénonciation doit être interprétée comme exprimant la volonté de leurs auteurs de rendre impossible leur résiliation, en raison de leur importance. Dans le cas des deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, le Conseil fédéral a par exemple affirmé que l'impossibilité de les dénoncer tient au caractère universel et fondamental des droits qu'ils garantissent et à l'importance que la Communauté internationale attribue de plus en plus à la protection des droits de l'homme[76].

S'agissant des conventions qui, comme par exemple la Convention européenne des droits de l'homme, contiennent une clause de dénonciation (art. 65 CEDH), la possibilité, pour les Etats, de les dénoncer, demeure – il faut bien le reconnaître – des plus théoriques. La solution consistant en une dénonciation, suivie d'une nouvelle ratification assortie d'une réserve a été expressément écartée par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 17 décembre 1992[77]. Le recours à une telle procédure serait non seulement contraire à l'esprit de la Convention, mais irait également à l'encontre de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier de son art. 19 lettre c), aux

76 Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme, du 30 janvier 1991, FF 1991 I 1129,1147.

77 ATF 118 Ia 473, 486/7.

termes duquel sont interdites les réserves contraires au but et à l'objet du traité.

Enfin, le recours à la dénonciation ne permet pas de résoudre le problème de la contradiction entre révision constitutionnelle et obligation internationale lorsque la source de cette dernière réside dans une règle coutumière ou de *jus cogens*.

C. Le revirement de pratique opéré à l'occasion de l'initiative populaire «Pour une politique d'asile raisonnable»

Dans son message sur l'initiative de Rheinau, le Conseil fédéral évoquait «les bornes dans lesquelles la Constitution fédérale suisse pourrait être révisée valablement»[78]. Une initiative récente lui a fourni l'occasion de concrétiser le contenu de ces bornes. Elle marque un tournant décisif dans l'évolution de la pratique de nos autorités.

Déposée en 1991, l'initiative «Pour une politique d'asile raisonnable» demandait l'insertion dans la Constitution d'un art. 69quater, qui prévoyait notamment que «les requérants d'asile qui sont entrés illégalement en Suisse et ceux dont la demande a été rejetée de manière définitive sont renvoyés immédiatement» et «ne peuvent faire recours»[79]. L'initiative donnait en outre de la notion de réfugié une définition plus étroite que celle qui figure dans la Convention internationale relative au statut des réfugiés de 1951, à laquelle la Suisse est partie. Enfin, aux termes d'un art. 20 DT (nouveau), les initiants prévoyaient que les dispositions d'accords internationaux qui contreviendraient à l'art. 69quater Cst. ne seraient plus contraignantes pour la Suisse et que, le cas échéant, le Conseil fédéral les résilierait sans retard.

Dans son message du 22 juin 1994[80], le Conseil fédéral a relevé que cette initiative contrevenait aux principaux traités multilatéraux auxquels la Suisse est partie dans le domaine du droit des réfugiés et des droits de l'homme, ainsi qu'au principe du non-refoulement tel qu'il découle du droit international coutumier à caractère contraignant (*jus cogens*)[81].

Dans le sillage de la décision prise le 16 mars 1995 par le Conseil des Etats, le Conseil national a lui aussi suivi la recommandation du Conseil fédéral et prononcé, le 14 mars 1996, la nullité de cette initiative[82].

---

78 FF 1954 I 715.
79 FF 1991 I 102.
80 FF 1994 III 1471, 1480–84.
81 Voir WALTER KÄLIN, Constitutional Review, p. 214.
82 FF 1996 I 1305.

Ainsi, pour la première fois dans l'histoire des droits politiques, une initiative populaire n'a pas été soumise au vote du peuple et des cantons au motif qu'elle contrevenait à des principes du droit international à caractère contraignant. Les initiatives sont désormais soumises à un contrôle de leur validité internationale et les autorités fédérales reconnaissent que le droit international public constitue une limite matérielle à la révision de la Constitution[83]. Le *jus cogens* ne constitue donc plus uniquement une restriction à la liberté de conclure et d'appliquer des traités[84], mais représente également une limite pour le constituant et pour les auteurs d'initiatives[85].

D. La consécration du principe du contrôle de la validité internationale des initiatives populaires: le projet de révision totale de la Constitution fédérale de 1996

En des termes identiques, les art. 129 al. 3 et 183 al. 2 de l'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (projet A), ainsi que les art. 129 al. 2 et 129a al. 2 de l'arrêté fédéral relatif à la réforme des droits populaires (projet B) disposent que, outre à respecter les principes bien connus de l'unité de la forme et de l'unité de la matière, les initiatives populaires ne doivent pas être contraires aux «règles impératives du droit international»[86].

L'art. 177a du projet B prévoit quant à lui que, sur saisine de l'Assemblée fédérale, le Tribunal fédéral déclare nulles, totalement ou partiellement, les initiatives qui ne respectent pas les règles impératives du droit international[87]. Ces dispositions devraient ainsi empêcher que des règles contraires au droit international ne fassent leur entrée dans la Constitution.

S'en tenant à la pratique toute récente de l'Assemblée fédérale, le projet de réforme de la Constitution propose de ne frapper d'invalidation que les initiatives qui contreviennent aux règles impératives du droit international.

Aux termes de l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[88] revêtent ce caractère les normes acceptées et reconnues par la communauté internationale en tant que normes qui ne souffrent aucune dérogation et qui

---

83 Voir par exemple le Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «Pour une réglementation de l'immigration», du 20 août 1997, FF 1997 IV 448. Voir aussi JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, Le contrôle, p. 625 et ASTRID EPINEY, Primat, p. 537.

84 Art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; voir à ce propos ATF 113 Ib 178; 112 Ib 222; 109 Ib 72; 108 Ib 410.

85 JORG PAUL MÜLLER, Materiale Schranken, p. 195; PETER SALADIN, Völkerrechtliches *jus cogens*, p. 67; LUZIUS WILDHABER, Commentaire de l'art. 118, ch. 89; ARTHUR HAEFLIGER, Hierarchie, p. 474.

86 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 647.

87 *Idem,* p. 650.

88 RS 0.111.

ne peuvent être modifiées que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère. Doit être considérée comme nulle toute règle internationale ou interne (même constitutionnelle) qui serait contraire à une norme de *jus cogens*[89]. Relèvent par exemple du *jus cogens* l'interdiction du génocide, de l'esclavage ou de la torture, de même que les principes du droit international humanitaire applicable en temps de guerre et les droits fondamentaux qui ne sont susceptibles d'aucune dérogation (art. 15 al. 2 CEDH; art. 4 al. 2 Pacte II)[90].

En dehors de ces exemples, il est difficile d'établir une liste précise des normes de *jus cogens*. Il incomberait donc aux autorités chargées de se prononcer sur la validité des initiatives, soit à l'Assemblée fédérale ou, à sa demande, au Tribunal fédéral (art. 177a du projet B), de statuer de cas en cas et de développer une jurisprudence sur cette question[91].

Il est permis de se demander si, précisément en raison de l'imprécision inhérente à la notion même de *jus cogens*, il ne conviendrait pas de considérer comme nulles non seulement les initiatives qui contreviennent à ses règles, mais, de manière plus générale, toutes celles qui sont contraires au droit international, et ceci en application du principe, de moins en moins contesté, de la primauté du droit international sur l'ensemble du droit interne[92], principe qui a maintenant trouvé sa consécration à l'art. 4 al. 4 du projet de réforme totale de la Constitution (projet A): «La Confédération et les cantons respectent le droit international»[93].

Une solution intermédiaire pourrait consister à considérer comme nulles au moins les initiatives qui contreviennent à des traités non dénonçables au sens de l'art. 89 al. 3 lettre a) Cst. féd. Dans ces hypothèses en effet, la contradiction entre les textes en présence ne peut pas être levée[94].

La pratique récente de l'Assemblée fédérale et les propositions contenues dans le projet de réforme de la Constitution ne sont que l'expression de la reconnaissance de la supériorité du droit international sur le droit interne. Si l'initiative populaire est une institution fondamentale de notre ordre juridique, son exercice ne doit pas aller à l'encontre des règles du droit des gens,

---

89 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 454.

90 Sur la notion de *jus cogens*, voir, dans la doctrine récente, STEFAN KADELBACH, Zwingendes Völkerrecht, Berlin, 1992; GENNADY M. DANILENKO, «International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making», Journal européen de droit international, 1991, pp. 42 ss; PETER SALADIN, «Völkerrechtliches Jus Cogens und schweizerisches Landesrecht», RSJB 1988, pp. 67 ss.

91 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 454.

92 *Idem*, p. 453.

93 Ce principe est maintenant affirmé régulièrement également par le TF; voir p. ex. ATF 122 II 239.

94 Dans ce sens, LUZIUS WILDHABER, Gültigkeit, p. 297.

car un Etat «ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité»[95].

E. Révision de la Constitution et droit européen

Pour des raisons évidentes, le projet de réforme de la Constitution ne mentionne bien entendu pas le droit européen comme limite matérielle à la révision de la Constitution. Il est clair toutefois qu'en cas d'adhésion de la Suisse à l'Union européenne le droit communautaire constituerait une telle limite. Celle-ci serait représentée par le droit communautaire originaire, à savoir les traités institutifs et les actes de rang équivalent, mais également par le droit dérivé. Selon une jurisprudence constante de la Cour de Luxembourg, le droit communautaire l'emporte en effet sur l'ensemble du droit interne, y compris celui de rang constitutionnel[96].

En vertu du principe de la suprématie du droit communautaire, toute révision de la Constitution fédérale devra en tous points être conforme au droit européen. En d'autres termes, le Constituant fédéral se trouvera, par rapport au droit communautaire, dans une situation analogue à celle dans laquelle se trouvent, en vertu de l'art. 6 al. 2 Cst. féd., les constituants cantonaux. Aux termes de cette disposition, une initiative cantonale est nulle si elle contrevient au droit fédéral. De la même manière, les initiatives populaires éventuellement contraires au droit européen devront être invalidées, sous peine d'être sanctionnées par la Cour de justice des Communautés, par exemple au titre de la procédure prévue à l'art. 169 traité CEE[97].

Manifestement, en cas d'adhésion de la Suisse à l'Union européenne, l'hypothèse qu'envisageait le Conseil fédéral, il y a près de cinquante ans, dans son message sur l'initiative de Rheinau, se trouverait réalisée. Des limites matérielles à la révision de la Constitution devraient être admises parce que la Suisse «ferait partie d'un Etat plus grand qui aurait fixé les bornes dans lesquelles la Constitution fédérale suisse pourrait être révisée valablement»[98].

---

95 Art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111). Il y a lieu de rappeler ici que, déjà avant la IIe guerre mondiale, la Cour permanente de Justice internationale avait affirmé qu'«un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international et les traités en vigueur» (CPJI, Série A/B, n° 44, p. 24, Traitement des nationaux polonais à Dantzig).

96 CJCE, arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125; arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433.

97 Olivier Jacot-Guillarmod, Fédéralisme, pp. 15–16; Dietrich Schindler, Auswirkungen, p. 4.

98 FF 1954 I 715.

Le message du Conseil fédéral sur l'initiative de Rheinau et celui relatif à la réforme de la Constitution fédérale de 1996 sont illustratifs du chemin parcouru en un demi-siècle d'histoire constitutionnelle. Certaines règles de droit international revêtent aujourd'hui une telle importance pour un Etat de droit qu'il ne peut en aucun cas se soustraire aux obligations qui en découlent. Le droit européen, quant à lui, a mis en place des mécanismes permettant de sanctionner toute règle étatique, même constitutionnelle, qui lui serait contraire. Les autorités ne peuvent plus se limiter à résoudre le problème du conflit entre Constitution et droit international en se plaçant uniquement sur le terrain de la responsabilité internationale ou en dénonçant le traité en cause. Les modifications de la Constitution qui contreviennent à une obligation internationale ne peuvent plus se faire chaque fois au détriment de cette dernière[99]. Les initiatives populaires sont désormais soumises au contrôle de leur validité internationale. Le constituant ne peut plus se prévaloir d'une liberté sans limites. Sa souveraineté est atteinte.

III. Les révisions de la Constitution imposées par le droit international

Si le droit international fixe des limites à la révision des constitutions, le phénomène inverse peut également se produire. Le risque grandissant de conflit entre le droit constitutionnel et le droit international oblige parfois les Etats à réviser leurs constitutions. Il en va ainsi chaque fois qu'une disposition constitutionnelle constitue un obstacle à l'approbation d'un traité qui est lui contraire.

En France, pour éviter toute incompatibilité entre les traités et la Constitution, l'art. 54 Cst. interdit au Gouvernement de signer et au Président de la République de ratifier une convention internationale qui serait contraire à la constitution. Il appartient au Conseil constitutionnel de se prononcer, dans le cadre d'un contrôle *a priori*, sur la constitutionnalité des engagements internationaux. Si le Conseil constitutionnel estime que le traité est contraire à la constitution, il ne pourra être ratifié avant que la constitution ne soit modifiée dans un sens rendant le traité compatible avec elle. S'il est original, le système français n'est pas unique, puisque, en 1978, le constituant espagnol a institué un mécanisme du même type (art. 95 de la Constitution espagnole).

En France, la procédure a parfaitement fonctionné en 1992, au lendemain de la signature du traité de Maastricht. Saisi par le Président de la République,

99 JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, Droit constitutionnel européen, p. 376.

le Conseil constitutionnel a relevé quelques problèmes de compatibilité entre le traité sur l'Union européenne et la Constitution de 1958. La Constitution a alors été révisée et le traité a pu être ratifié. Les deux textes sont maintenant parfaitement compatibles.

Dans notre pays, la Constitution ne renferme pas de disposition semblable à l'art. 54 de la Constitution française ou l'art. 95 de la Constitution espagnole. Le droit international n'y a pas moins joué à quelques reprises un rôle important dans le déclenchement de révisions constitutionnelles, rendues nécessaires pour permettre la ratification de certaines conventions. Ainsi, c'est en grande partie à la Convention européenne des droits de l'homme que l'on doit l'introduction du suffrage féminin sur le plan fédéral et l'abrogation des articles confessionnels de notre Constitution[100]. Nos autorités ont en effet voulu que notre droit constitutionnel fût sur ces deux points conforme à la Convention avant de la ratifier[101]. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 aura, elle aussi, des incidences constitutionnelles. En vertu de l'art. I^bis^ al. 1er du Protocole n° 1 à cette convention[102], la Suisse a pu se réserver le droit de déclarer qu'un jugement rendu dans un autre Etat contractant n'est pas reconnu ni exécuté en Suisse lorsque le défendeur avait son domicile en Suisse au moment de l'introduction de l'instance. L'al. 3 de cet article prévoit cependant que cette réserve cessera de produire ses effets le 31 décembre 1999.

Au plus tard à fin 1999, notre pays doit donc modifier la garantie contenue à l'art. 59 Cst. féd., afin d'adapter notre législation aux exigences européennes en matière de procédure civile[103].

Tous ces exemples révèlent que l'envahissement du droit international contraint les Etats à adapter leurs constitutions à ses exigences. Le conflit entre les deux ordres juridiques n'a pas été évité par la technique éprouvée de la formulation des réserves. Celle-ci n'est d'aucun secours lorsque les contradictions sont trop importantes. Face à la progression inéluctable du droit international, les Constitutions ont dû s'incliner.

---

100 Votations populaires du 7 février 1971, modifiant l'art. 74 Cst., et du 20 mai 1973, abrogeant les art. 51 et 52 Cst. Le temps pris pour réviser la Constitution sur ces deux points explique d'ailleurs en partie que la Suisse n'ait ratifié la CEDH que relativement tard. Voir à ce sujet DIETRICH SCHINDLER, «Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz», RDS 1975 I, p. 358.

101 Message du Conseil fédéral concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 mars 1974, FF 1974 I 1021.

102 RS 0.275.11

103 Voir à ce propos GERARDO BROGGINI, «Zuständigkeit am Ort der Vertragserfüllung», in: IVO SCHWANDER (éd.), Das Lugano-Übereinkommen, St.-Gall 1990, pp. 111–113 et FRANÇOIS KNOEPFLER, La Convention de Lugano au soir du 31 décembre 1999, in: De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 531.

IV. Les standards constitutionnels imposés aux Etats par le droit international

Si le droit international soumet les révisions constitutionnelles au contrôle de leur validité internationale, et s'il oblige parfois les Etats à effectuer de telles révisions, il leur impose également certains standards constitutionnels.

Le droit international a d'abord une incidence directe sur le contenu des droits fondamentaux. Les Etats ne sont certes pas dépossédés de leur responsabilité première dans ce domaine, mais les principes fondamentaux, les standards minimums sont désormais contenus dans une série impressionnante de conventions dont le respect est assuré par un nombre tout aussi important d'organismes internationaux de contrôle. Rares sont désormais les Etats qui garantissent la protection des droits de l'homme en se fondant uniquement sur leur catalogue national ou sur leur tradition constitutionnelle.

Si l'élaboration progressive du droit supraconstitutionnel affecte surtout le contenu des droits fondamentaux, elle ne va pas sans exercer une certaine influence également sur d'autres principes constitutionnels tout aussi importants: ceux relatifs à l'organisation de l'Etat. La communauté internationale est en effet de moins en moins indifférente à la manière dont s'organisent les Etats. Des standards convergents se sont progressivement formés, qui ont fini par devenir partie intégrante d'un système de valeurs généralement reconnu, d'une sorte de modèle d'Etat démocratique à l'aune duquel les Etats sont jugés[104]. L'emprise du droit international s'étend ainsi à des domaines centraux de la souveraineté étatique, que les Etats réglementaient traditionnellement de façon autonome. Le domaine réservé des Etats se rétrécit et s'amenuise[105].

A. L'exigence démocratique

Certes, les exigences posées par le droit international sont-elles encore relativement peu nombreuses. La plus fondamentale est certainement l'exigence démocratique, à laquelle il est fait référence dans un grand nombre d'instruments internationaux. Le non-respect de cette exigence est susceptible de remettre en cause la légitimité du pouvoir exercé par les Etats et de discréditer leur autorité. L'admission des Etats dans certaines organisations

104 PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, p. 168.

105 URS SAXER, p. 24; MARTTI KOSKENNIEMI, p. 398; PETER SALADIN, Wozu nach Staaten?, p. 168.

internationales est d'ailleurs subordonnée au respect de cette exigence. Le droit d'être gouverné démocratiquement est même en voie de devenir un droit de l'homme[106].

Bien entendu, à la condition qu'ils respectent le pluralisme politique et le principe de la séparation des pouvoirs, la plupart des régimes politiques, quelle que soit leur forme, peuvent prétendre à une conformité avec les standards internationaux. Les règles conventionnelles qui se réfèrent à l'organisation, au fonctionnement et aux rapports réciproques des pouvoirs législatif et exécutif, par exemple l'art. 25 Pacte II ou l'art. 3 Prot. add. n° 1 à la CEDH, ont en effet une portée très générale et se limitent à fixer des standards minimums[107].

C'est dans les modalités d'exercice du pouvoir judiciaire que les contraintes majeures semblent exister.

B. Le renforcement du pouvoir judiciaire

D'une manière générale, les règles internationales se traduisent, au niveau de la répartition des compétences étatiques, par un renforcement du pouvoir judiciaire au détriment du pouvoir exécutif et de l'administration. Par ailleurs, les lois sur l'organisation judiciaire doivent désormais tenir compte des impératifs du droit à un procès équitable tels qu'ils sont énoncés aux art. 6 CEDH et 14 Pacte II.

Dans notre pays, le droit international des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, joué un rôle important dans le déclenchement de révisions de lois d'organisation judiciaire et de procédure, aussi bien au niveau fédéral qu'au niveau cantonal. En voici quelques exemples.

1) Au niveau fédéral

Avant sa révision, le Code pénal militaire ne prévoyait pas de recours auprès d'une autorité judiciaire contre les peines disciplinaires infligées à des soldats. C'était l'auditeur en chef de l'armée qui se prononçait en dernier ressort sur les recours contre de telles sanctions. La Suisse croyait d'ailleurs que la Convention ne s'appliquait pas au droit disciplinaire militaire.

La Cour européenne des droits de l'homme fut cependant d'un autre avis. Dans une affaire qui concernait les Pays-Bas, elle affirma que les peines disciplinaires que sont les arrêts de rigueur et, même, les arrêts simples,

---

106 Voir THOMAS M. FRANCK, «The Emerging Right to Democratic Gouvernance», American Journal of International Law 1992, p. 46.

107 PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, pp. 180–181.

constituent une peine privative de liberté au sens de l'art. 5 al. 1er CEDH[108]. Des recours contre ces sanctions doivent dès lors pouvoir être adressés à un juge en vertu de l'al. 4 de ce même article. Notre législation pénale militaire était du coup devenue incompatible avec l'art. 5 CEDH, tel qu'il avait été interprété par la Cour, dès lors que l'auditeur en chef de l'armée ne peut pas être assimilé à un juge. Lorsque, dans une affaire semblable à celle qui avait valu une condamnation aux Pays-Bas, un soldat suisse fit valoir devant le Tribunal fédéral et devant la Commission européenne des droits de l'homme l'incompatibilité entre notre droit militaire et la Convention européenne[109], nos autorités s'empressèrent d'entreprendre les modifications législatives qui s'imposaient.

Les nouvelles dispositions tiennent compte des exigences de la CEDH et prévoient qu'en cas d'arrêts simples ou de rigueur la personne condamnée peut faire revoir la décision par un tribunal militaire, qui remplace dans cette tâche l'auditeur en chef. Les recours ont en outre un effet suspensif[110].

Toujours sur le plan fédéral, la loi fédérale du 23 mars 1979 sur la protection de la vie privée a introduit une nouvelle réglementation de la surveillance, par l'autorité, de la correspondance et des conversations téléphoniques des personnes inculpées ou suspectes. Dans le cadre d'une procédure pénale fédérale, c'est le juge d'instruction qui est compétent pour ordonner les mesures de surveillance (art. 66 PPF). Un contrôle de ces mesures, effectué par le Président de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, a été prévu pour assurer une meilleure protection aux personnes surveillées (art. 66bis à 64quater PPF). Dans son message du 29 mai 1985 concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le Conseil fédéral a proposé l'introduction, dans la loi fédérale de procédure pénale, d'un art. 66quinquies qui énoncerait le principe de la communication ultérieure de la surveillance exécutée et instituerait un recours auprès du Président de la Chambre d'accusation du TF. Il a justifié sa proposition en se référant notamment aux arrêts *Klass* et *Malone* de la Cour européenne des droits de l'homme[111].

Selon le droit en vigueur avant la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, c'était l'autorité administrative qui statuait sur les demandes de mise en liberté présentées par des personnes détenues à titre extraditionnel avant que le Tribunal fédéral ne soit saisi d'une affaire. Toutefois, pour tenir compte de l'art. 5 al. 4 CEDH, notre Cour suprême procéda en 1976 et 1977 à des échanges de vue avec le Département fédéral de justice

108 Cour eur. D.H., affaire *Engel*, arrêt du 8 juin 1976, Série A, n° 22.

109 Voir req. n° 7341/76, *Herbert Eggs c. Suisse*, rapport du 4 mars 1978, DR 15, p. 35; pour plus de détails sur cette affaire *Eggs*, voir JAAC 1983, nos 81, 227 et 231.

110 Voir, pour plus de détails, ASDI 1978, pp. 173–175, 177 et 181–188.

111 Cour eur. D.H., arrêts du 6 septembre 1978 et du 2 août 1985, A/28 et A/82.

et police sur ce point. D'entente avec lui, elle décida d'admettre sa compétence en interprétant de façon extensive l'art. 23 de la loi sur l'extradition et de statuer sur les demandes de mise en liberté provisoire, même si elles étaient présentées avant qu'il ne fût saisi de la cause[112].

Enfin, sous l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme, les cas de privation de liberté à des fins d'assistance sont désormais aussi soumis à un contrôle judiciaire[113].

2) *Au niveau cantonal*

Jusqu'à récemment, plusieurs cantons connaissaient un système judiciaire qui autorisait des interventions successives d'un même magistrat à des titres divers dans une même cause pénale. Le Tribunal fédéral avait toujours considéré ce système du cumul comme admissible au regard des garanties offertes par les art. 58 Cst. et 6 CEDH[114].

Selon la jurisprudence des organes de Strasbourg[115], une loi d'organisation judiciaire qui prévoit que le même juge instruit la cause, décide le renvoi en jugement et siège ensuite comme membre du tribunal chargé de juger l'affaire n'est toutefois pas conforme à l'art. 6 al. 1er CEDH. Cette exigence, que le Tribunal fédéral a imposée aux cantons[116], a obligé un certain nombre d'entre eux à modifier leur code de procédure pénale[117].

Mais c'est probablement l'arrêt *Belilos*[118] qui a eu les répercussions les plus spectaculaires sur l'autonomie des cantons en matière d'organisation judiciaire. L'invalidation de la déclaration interprétative faite par la Suisse à l'art. 6 al. 1er CEDH a eu pour conséquence que le canton de Vaud a dû modifier sa législation[119] de manière à ce que chaque affaire pénale soit jugée par un tribunal pouvant examiner librement aussi bien les faits que le droit, et ceci même pour des infractions légères, de caractère contraventionnel. Le droit international a donc imposé qu'une amende infligée par une autorité

---

112 ATF 106 Ib 17.

113 Modification du Code civil du 6 octobre 1978, entrée en vigueur le 1er janvier 1981 (art. 397a ss CC).

114 ATF 104 Ia 271; ASDI 1981, p. 135.

115 Cour eur. D.H., arrêt *De Cubber* du 26 octobre 1984, Série A, vol. 86.

116 ATF 112 Ia 290.

117 Sur le rôle joué par la CEDH dans l'harmonisation des lois cantonales de procédure pénale, voir p. ex. ATF 118 IV 371, cons. 4g).

118 Cour eur. D.H., arrêt du 29 avril 1988, Série A, vol. 132.

119 Loi du 1er mars 1989 modifiant celle du 17 novembre 1969 sur les sentences municipales, Recueil annuel de la législation vaudoise, 1989, p. 84. La même année, le canton de Vaud se dota également d'un tribunal administratif (loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administrative, Recueil annuel de législation vaudoise, 1989, p. 896).

administrative puisse être attaquée devant un tribunal qui soit à même de réexaminer les questions de fait et de droit avec plein pouvoir d'examen.

La lettre adressée, le 8 juin 1988, par Madame Elisabeth Kopp, Conseillère fédérale, aux Départements cantonaux de justice et police, est significative de l'impact qu'a eu l'arrêt *Belilos* sur l'autonomie organisationnelle des cantons en matière judiciaire. Madame Kopp s'est exprimée en ces termes:

> «En ce qui concerne le volet pénal, dorénavant, toute décision portant sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale devra faire l'objet, à un stade au moins de la procédure ... d'un contrôle juridictionnel complet, portant à la fois sur les questions de fait et sur les questions de droit. Il appartient donc à chaque canton qui, à l'instar du canton de Vaud, prévoit l'attribution à des autorités administratives des compétences pénales sans contrôle juridictionnel complet de procéder aux modifications législatives correspondantes ... Aussi chaque canton devra-t-il procéder à un examen serré de sa législation, en accordant une attention particulière aux procédures de droit pénal administratif ...»[120]

Les réactions à l'arrêt *Belilos* sont bien connues. Elles ont été d'autant plus véhémentes[121] que la condamnation de la Suisse portait sur un article à propos duquel elle avait pris la précaution de faire une déclaration interprétative. Nos autorités pouvaient en effet croire de bonne foi que les réserves qu'elles avaient formulées les mettraient à l'abri de toute condamnation. Elles pouvaient difficilement se douter que les exigences de forme prévues à l'art. 64 CEDH seraient interprétées aussi rigoureusement par les organes de la Convention[122]. Du coup, on réalisa que même une réserve ne constitue plus un rempart sûr permettant de se protéger contre l'invasion du droit international, puisque c'est une autorité internationale qui se prononce sur sa validité. Même dans ce domaine, la souveraineté des Etats est ainsi subordonnée à une appréciation d'une instance internationale.

Ceci pour le volet pénal de l'art. 6 CEDH. Quant au volet civil, l'arrêt du 17 décembre 1992[123], par lequel le Tribunal fédéral a prononcé l'invalidité de la réserve que le Conseil fédéral avait reformulée, suite à l'arrêt *Belilos*, à l'art. 6 al. 1er CEDH, a eu pour conséquence d'assujettir à l'empire de cette

---

120 Lettre adressée par Madame ELISABETH KOPP, Conseillère fédérale, cheffe du Département fédéral de justice et police, aux Départements cantonaux de justice, du 6 juin 1988. Document reproduit in: ASDI 1988, pp. 272–274.

121 La plus extrême fut celle du Conseiller aux Etats uranais HANS DANIOTH, qui déposa un postulat invitant le Conseil fédéral à «...prendre les mesures nécessaires pour rétablir la souveraineté de notre pays et des cantons à l'égard des autorités européennes ... et à présenter au Parlement des propositions y relatives». Selon le parlementaire uranais, il convenait de reformuler, de façon inattaquable juridiquement, la réserve à l'art. 6 par. 1er de la Convention européenne des droits de l'homme, déclarée à présent sans effet, et de faire les démarches nécessaires pour assurer son application, voire de dénoncer la Convention à titre provisionnel (BOAF/CE 1988, pp. 554–555).

122 Voir LUZIUS WILDHABER, Les résistances nationales, p. 164.

123 ATF 118 Ia 473.

disposition toutes les décisions prises, dans le domaine du droit civil, par les autorités administratives. Ces décisions sont désormais soumises à un contrôle judiciaire. Il en va ainsi par exemple de celles relatives aux relations personnelles avec son enfant d'un père non marié avec la mère ou au droit de visite de parents divorcés à l'enfant dont ils n'ont pas la garde (art. 273 CC)[124], mais également de celles qui concernent par exemple les changements de nom (art. 30 CC)[125].

Les exemples pourraient être multipliés. Ils viendraient tous confirmer que l'interprétation extensive donnée par les instances de Strasbourg des notions d'«accusation pénale» et de «droits et obligations de caractère civil», à l'art. 6 CEDH, a contribué à assujettir au contrôle judiciaire des pans entiers du contentieux administratif. La voie judiciaire doit désormais être ouverte également aux décisions que notre législation soustrait à un tel contrôle. La liste des décisions administratives soustraites à tout contrôle judiciaire est donc destinée à se raccourcir, sous la pression du droit international[126].

V. Le contrôle international de la conventionnalité des constitutions nationales

Le phénomène de la supraconstitutionnalité se manifeste également à travers la tendance toujours plus marquée qu'a le juge international à contrôler la conformité des constitutions nationales aux paramètres internationaux. Un exemple récent, emprunté à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est particulièrement illustratif de cette tendance. Dans la célèbre affaire *Open Door et Dublin Well Woman*[127], les juges de Strasbourg ont en effet, indirectement, mis en échec les dispositions de la Constitution irlandaise relatives à l'interruption de grossesse. Dans cette affaire, confrontée au problème du conflit entre une norme de la Convention européenne et une règle constitutionnelle interne, la Cour a refusé à l'Irlande le droit de se prévaloir de ses exigences constitutionnelles pour se soustraire aux obligations qui lui incombent au titre de la Convention.

L'interdiction de l'interruption volontaire de grossesse avait été inscrite dans la Constitution irlandaise à la suite d'un référendum populaire organisé en 1983 (art. 43 par. 3 al. 3). Les recourantes jugeaient contraire à la liberté

124 *Idem.*

125 Voir RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, pp. 720–21, OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Le juge suisse, p. 349.

126 RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, p. 719.

127 Cour eur. D.H., arrêt du 29 octobre 1992, Série A, vol. 246.

de l'information (art. 10 CEDH) l'interdiction qui leur était faite par les autorités irlandaises de fournir aux femmes enceintes des renseignements sur les possibilités d'avortement en dehors du territoire irlandais, notamment en Grande-Bretagne. Pareils renseignements étaient en effet considérés par les autorités irlandaises comme illégales au regard de l'art. 40 par. 3 al. 3 de la Constitution. Selon la Cour suprême irlandaise, les requérantes ne pouvaient invoquer le droit à l'information sur l'accès à un service d'avortement situé hors de l'Etat. Le recours à un tel service aurait eu pour conséquence directe de réduire à néant le droit à la vie de l'enfant à naître, expressément garanti par la Constitution suite au référendum qui venait d'avoir lieu[128].

Les juges de Strasbourg avaient donc à se prononcer sur le conflit entre une norme constitutionnelle expressément adoptée par le constituant national lors d'un référendum (le droit à la vie de l'enfant à naître) et la liberté de l'information garantie par la Convention (art. 10 CEDH). Statuant sous l'angle du respect du principe de la proportionnalité, ils n'ont pas hésité à affirmer que si les autorités nationales «ont en principe la faculté de choisir les mesures qu'elles jugent nécessaires au respect de la prééminence du droit ou pour donner effet à des droits constitutionnels, elles doivent en user d'une manière conciliable avec leurs obligations au titre de la Convention et sous réserve du contrôle des organes de celle-ci»[129]. Ils ont conclu que l'ingérence des autorités irlandaises dans la liberté d'information des requérantes ne respectait pas le principe de proportionnalité.

En invoquant la responsabilité dont l'investit l'art. 19 CEDH, qui est d'assurer le respect des engagements des Etats, la Cour a fait prévaloir l'art. 10 CEDH sur une disposition constitutionnelle expressément adoptée par le peuple et sur l'interprétation qu'en avait donnée la Cour suprême du pays[130]. D'une certaine façon, la Cour de Strasbourg a ainsi «censuré à la fois la Cour suprême et le pouvoir constituant d'Irlande»[131], dès lors que ce dernier avait accepté par référendum l'interdiction de l'avortement.

Cet arrêt[132] est illustratif de l'émergence d'une supraconstitutionnalité européenne qui vient restreindre l'autonomie du constituant national. Les règles de la Convention européenne s'imposent en effet aussi à ce dernier et

---

128 *Idem,* par. 19.

129 *Idem,* par. 69.

130 Voir JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, Droit constitutionnel européen, p. 377.

131 CLAUDE ROUILLER, p. 254. Sur cette jurisprudence voir également FRÉDÉRIC SUDRE, «L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme», Revue française de droit constitutionnel 1993, p. 216.

132 Pour d'autres exemples, voir JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, «Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme; le droit constitutionnel national devant les instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme», Revue française de droit constitutionnel 1997, pp. 377 ss.

lui sont également opposables. Les constitutions nationales ne sont plus à l'abri d'un contrôle de supraconstitutionnalité[133].

Conclusion

Les développements qui précèdent sont illustratifs d'un phénomène de moins en moins contestable: le constitutionnalisme n'est plus l'apanage exclusif des Etats. Les organisations internationales commencent, elles aussi, à s'en réclamer. Si le cadre dans lequel le droit constitutionnel moderne a été conçu est l'Etat-nation, certaines de ses notions-clés peuvent désormais s'appliquer en dehors de ce cadre, car il existe d'autres structures qui ont tendance à le remplacer et qui sont prêtes à les accueillir[134].

L'émergence de la supraconstitutionnalité marque ainsi de son empreinte la liberté de délibération des constituants nationaux. Si le droit international fixe des limites aux révisions constitutionnelles, il arrive aussi qu'il soit à leur origine, car les constitutions nationales se doivent maintenant d'être conformes au droit supérieur. Elles commencent également à être soumises à un contrôle de leur conventionnalité, effectué par des juridictions supranationales.

Le droit international exerce une emprise toujours plus puissante sur leur interprétation, tout en leur imposant le respect de certains standards, qui sont de plus en plus considérés comme «universellement admis.»

Ainsi, parce que «au-dessus d'elle s'amoncelle un faisceau de règles internationales, la Constitution ... n'est plus suprême»[135]. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, on a donc pu affirmer avec raison que, «au moment où la Constitution atteint son plus grand éclat, la fin de son règne s'annonce»[136]. Le droit international, toujours plus présent, est venu sonner le glas de l'exclusivité constitutionnelle des Etats.

---

133 Louis Favoreu, p. 77.
134 Vlad Constantinesco, L'émergence, p. 450.
135 Charles-Albert Morand, p. 39.
136 *Idem.*

Chapitre II
Le déclin de l'omnipotence du législateur

Si, comme nous venons de le voir, il a une incidence sur la souveraineté du Constituant, le droit international déploie également ses effets sur l'autonomie du législateur. Non seulement les prérogatives de ce dernier s'amenuisent-elles avec les transferts successifs de compétences à des organismes supranationaux (I), mais, dans bien des cas, le droit international lui impose une obligation de légiférer (II). Enfin, son activité est désormais soumise à un contrôle de sa conformité internationale (III).

I. La dépossession progressive des compétences du législateur

Les transferts successifs de compétences étatiques à des organes supranationaux se traduisent par un amenuisement matériel des domaines d'intervention des Parlements nationaux. Ce phénomène est particulièrement évident dans le cadre de l'Union européenne, où l'accroissement quantitatif des compétences communautaires entraîne une diminution correspondante de la souveraineté législative des Parlements. Ceux-ci se voient dépossédés d'une part toujours plus importante de leurs prérogatives. Cette situation, qui compromet le rôle traditionnellement assigné aux Parlements, est à l'origine de la critique bien connue du «déficit démocratique», dès lors que le droit communautaire est encore aujourd'hui élaboré principalement par le Conseil et par la Commission et que le Parlement européen n'y participe que dans une faible mesure.

On a certes essayé d'apporter des remèdes à cette situation. La plupart des Etats membres de l'Union ont accordé à leurs Parlements un droit de regard, voire un droit de contrôle sur les affaires européennes et le traité de Maastricht prévoit une coopération entre le Parlement européen et les Parlements des Etats membres[137]. Il n'empêche que, dans des domaines toujours plus nombreux, un véritable pouvoir de décision échappe aux législateurs nationaux, ce que n'a d'ailleurs pas manqué de relever la Cour constitutionnelle allemande dans son célèbre arrêt sur le traité de Maas-

137 Voir la Déclaration n° 13, relative au rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne, et la Déclaration n° 14 relative à la Conférence des Parlements, annexées au Traité de Maastricht.

tricht[138]. Les juges de Karlsruhe ont clairement mis en garde contre le risque que les compétences des Parlements nationaux ne soient vidées de leur substance par la mise en oeuvre du traité.

Pour le législateur fédéral, l'adhésion de la Suisse à l'UE équivaudrait à limiter l'exercice de son pouvoir législatif. Il ne pourrait plus légiférer dans les domaines attribués aux organes européens, sauf à adopter la législation d'exécution.

Une autre limite proviendrait du fait que les traités internationaux conclus par la Communauté avec des Etats tiers dans les domaines où celle-ci est investie de compétences exclusives ne seraient pas soumis à l'approbation des Chambres fédérales. Ces traités entrent en effet en vigueur après leur approbation par le Conseil, le cas échéant après consultation ou avis conforme du Parlement européen (art. 228 traité UE), mais sans la participation des Parlements nationaux[139].

Enfin, une éventuelle adhésion de notre pays à l'UE pourrait entraîner une augmentation des compétences législatives du Conseil fédéral, au détriment de celles de l'Assemblée fédérale. Il est en effet permis de se demander si la législation d'exécution du droit communautaire ne devrait pas être adoptée, dans une large mesure, par notre Exécutif. Cette solution pourrait s'imposer chaque fois que les délais fixés pour adopter la législation d'exécution sont trop brefs pour avoir recours à la procédure législative ordinaire ou lorsque la marge de manoeuvre laissée aux Etats par le droit communautaire à exécuter est de toute façon trop mince pour mériter des débats au sein des assemblées parlementaires[140].

Mais la lente érosion des compétences matérielles du Parlement n'est pas le seul facteur qui affecte son autonomie. Celui-ci est de plus en plus souvent mis devant une obligation internationale de légiférer.

II. L'obligation internationale de légiférer

L'idée même que le Parlement puisse être obligé de légiférer apparaît à première vue comme incompatible avec la souveraineté qui lui est reconnue. Pourtant, dans plusieurs cas de figure, le législateur national se trouve bel et bien confronté à une telle obligation.

---

138 Arrêt du 12 octobre 1993, EuGRZ 1993, p. 429. Voir aussi CONSTANCE GREWE/HÉLÈNE RUIZ FABRI, pp. 126–127.

139 OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Fédéralisme, p. 16; DIETRICH SCHINDLER, Auswirkungen, p. 4.

140 Voir, parmi d'autres, DIETRICH SCHINDLER, Auswirkungen, p. 5.

A. Le devoir de mettre en oeuvre le droit international non directement applicable

L'application interne du droit international peut s'opérer selon deux modalités distinctes. Lorsque ses dispositions sont self-executing, elle s'effectue directement, sans relais national. Mais chaque fois qu'un traité international revêt un simple caractère programmatoire, ses dispositions s'adressent au législateur national. C'est alors à ce dernier qu'incombe l'obligation de mettre en oeuvre les dispositions des conventions internationales par l'adoption d'une législation nationale d'exécution adéquate. L'intervention du législateur est dans ce cas indispensable à la pleine exécution de l'obligation internationale assumée par l'Etat. L'omission de légiférer engagerait la responsabilité internationale de ce dernier.

1) Le droit international conventionnel

L'obligation de légiférer est d'abord inhérente à la mise en oeuvre d'un grand nombre de conventions internationales conclues dans les domaines les plus divers. Si elle est le plus souvent implicite, elle est parfois explicitement prévue dans le texte conventionnel lui-même. Ainsi, l'art. 2 al. 1er du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose-t-il que «chacun des Etats parties ... s'engage à agir ... au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives». Dans l'Observation générale qu'il a rédigée sur cet article fondamental du Pacte, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a relevé que, très souvent, pour assurer le plein exercice des droits garantis par le Pacte, «le recours à la législation est hautement souhaitable et que, dans certains cas, il peut même être indispensable»[141]. Il a souligné qu'il peut par exemple être difficile de lutter efficacement contre la discrimination s'il n'existe pas, pour les mesures qui s'imposent, «une base législative solide»[142]. De même, «dans des domaines tels que la santé, la protection des enfants et des mères, et l'éducation ... la législation peut aussi être un élément indispensable pour nombre d'objectifs visés»[143].

---

141 Observation générale 3 (5) (1990), La nature des obligations des Etats parties (ch. 3). Le texte de cette Observation générale est reproduit dans WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2e édition, Bâle 1997, p. 456.

142 *Idem.*

143 *Idem.*

2) *Les directives communautaires*

L'obligation faite aux Parlements nationaux de légiférer est particulièrement claire dans le cas du droit communautaire. On sait que la législation communautaire peut revêtir deux formes: celle du règlement (art. 189 al. 2 traité UE) et celle de la directive (art. 189 al. 3 traité UE).

Les directives, qui sont un instrument central de la législation communautaire, sont des actes législatifs adressés aux Etats[144]. Elles leur confèrent un mandat de légiférer et n'acquièrent une validité immédiate en droit interne qu'après l'intervention du législateur national. Les Parlements nationaux sont donc tenus de transformer les directives en droit interne, dans les délais que celles-ci prescrivent. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, ceux-ci ne sauraient invoquer une surcharge de travail, les particularités de la procédure législative ou d'autres difficultés d'ordre interne pour se soustraire à cette obligation.

3) *La responsabilité de l'Etat pour inertie coupable du législateur*

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, si le législateur n'a pas adopté la législation d'exécution dans les délais prescrits, les particuliers peuvent alors fonder leurs éventuelles prétentions devant des autorités administratives ou judiciaires en invoquant devant elles la directive, si celle-ci est suffisamment précise et complète pour pouvoir être invoquée directement[145]. D'une certaine façon, la possibilité, laissée aux particuliers, de fonder leurs prétentions directement sur la directive peut être considérée comme une sanction à l'égard du Parlement national[146].

Mais, surtout, selon une célèbre jurisprudence, l'inertie coupable du législateur peut engager la responsabilité de l'Etat pour «illégalité législative» lorsque, dans les délais prescrits par la directive, le législateur national n'a pas adopté la législation nécessaire à sa mise en oeuvre. La Cour de justice considère que le défaut de législation d'application constitue comme tel une violation qualifiée du droit communautaire. Dans la mesure où le but pour-

---

144 CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 22 septembre 1976, aff. 10/76, Rec. 1976, p. 1359; arrêt *Commission c. Belgique* du 6 mai 1980, aff. 102/79, Rec. 1980, p. 1473; voir ALDO LOMBARDI, Verwirklichung, p. 736 et JOËL RIDEAU, Le droit des Communautés européennes, Que sais-je?, Paris 1995, p. 47.

145 CJCE, arrêt *Fratelli Costanzo* du 22 juin 1989, aff. 103/88, Rec. 1989, p. 1870. Voir RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, pp. 704–705 et la jurisprudence et la doctrine citées à la note 628.

146 RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, p. 706; voir aussi SPETZLER, «Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien – Bestimmungen als eine neue Sanktionskategorie nach Art. 189 EWG-Vertrag», Recht der internationalen Wirtschaft, 1989, p. 362.

suivi par la directive est de conférer des droits à des particuliers, ceux-ci peuvent réclamer une réparation pour les dommages qu'ils ont subis, lorsque le contenu de ces droits est suffisamment déterminable et qu'un lien de causalité peut être établi entre l'inertie coupable du législateur et le dommage subi par le particulier[147].

B. Le devoir d'adapter le droit interne au droit international

1) Après des arrêts de condamnation

L'autonomie législative du Parlement se trouve également affectée par l'obligation de légiférer pour donner plein effet à une décision de condamnation rendue par une instance internationale. Les organes de contrôle institués par les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme ne procèdent en principe pas à un contrôle abstrait des lois nationales (art. 25 CEDH)[148]. Toutefois, la réalisation de la pleine conformité du droit interne aux obligations internationales requiert bien souvent l'intervention du législateur. C'est le cas chaque fois que l'inconventionnalité constatée dans une décision trouve son origine dans une loi. Ainsi, pour se conformer pleinement aux exigences de la CEDH, le législateur fédéral a par exemple dû, à la suite de l'arrêt *Engel* de la Cour européenne des droits de l'homme[149], modifier le Code pénal militaire[150]; à la suite des arrêts *Klass* et *Malone*[151], modifier la loi fédérale de procédure pénale; après l'arrêt *Zimmermann et Steiner*[152], adopter un arrêté prévoyant l'augmentation des juges suppléants et des rédacteurs d'arrêts du Tribunal fédéral[153].

La condamnation subie par notre pays dans l'arrêt *F.*[154] est particulièrement illustrative de l'obligation qui incombe au législateur d'adapter

147 CJCE, arrêt *Francovich et Bonifaci* du 19 novembre 1991, aff. C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357; arrêt *Dillenkofer et al.* du 8 octobre 1996, aff. C-178/94, C-179/94, C-189/94 et C-190/94, EuGRZ 1996, p. 450; arrêt *Bonifaci et Berto* du 10 juillet 1997, aff. C-94/95 et C-95/95, EuGRZ 1997, p. 317. La jurisprudence *Francovich* a donné lieu à de nombreux commentaires. Voir, parmi les études récentes, TOBIAS JAAG, Die Francovich-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Revue suisse de droit international et de droit européen, 1996, p. 505.

148 Voir, p. ex. req. n° 17187/90, *Zenon Bernard*, décision du 8 septembre 1993, DR 75, p. 57; req. n° 15117/89, *Riccardo Travers*, décision du 16 janvier 1995, DR 80-A, p. 5; Cour eur. D.H., arrêt *Klass* du 6 septembre 1978, Série A, vol. 28, p. 17, par. 33.

149 Cour eur. D.H., arrêt du 8 juin 1976, Série A, vol. 22.

150 Voir ASDI 1978, pp. 173–175, 177, 181–188.

151 Cour eur. D.H., arrêts du 6 septembre 1978 et du 2 août 1985, Série A, vol. 28 et 82.

152 Cour eur. D.H., arrêt du 13 juillet 1983, Série A, vol. 66.

153 RO 1984 I 748, FF 1983 IV 488.

154 Cour eur. D.H., arrêt du 18 décembre 1987, Série A, vol. 128.

le droit interne aux exigences de la Convention. Dans cette affaire, en déclarant que le recourant avait été victime d'une violation de l'art. 12 CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a en réalité constaté que l'art. 150 du Code civil était incompatible avec le droit au mariage, dans la mesure où il autorisait les tribunaux ayant prononcé un divorce à fixer un délai, pouvant aller jusqu'à trois ans, pendant lequel l'époux coupable ne pouvait pas se remarier.

Au lendemain de cet arrêt, dans une lettre adressée au Président de la Commission d'experts chargée de la révision du droit de la famille, le Chef du Département fédéral de justice et police attirait son attention sur les conséquences législatives qu'il convenait de tirer de l'arrêt *F.* Madame Kopp s'exprima en ces termes:

> «...Bien que, dans son arrêt, la Cour souligne qu'elle ne vise que le cas d'espèce ... les circonstances propres à l'affaire conduisent à penser que c'est bien désormais l'art. 150 CCS comme tel qui viole l'art. 12 CEDH. Sans doute est-il vrai que la Cour rappelle que la Convention ne lui attribue pas compétence pour enjoindre à la Suisse de modifier sa législation (par. 43 de l'arrêt). Il m'apparaît cependant nécessaire que votre Commission se penche sur les conséquences législatives qu'il convient de tirer de cet arrêt.»[155]

2) *En cas de contradiction entre le droit interne et le droit communautaire*

Nous avons vu que les Parlements nationaux ont l'obligation d'adopter dans les délais prescrits la législation nécessaire à la mise en oeuvre des directives communautaires. S'agissant des règlements (art. 189 al. 2 traité CEE), ils sont d'application directe et ne requièrent en principe pas de législation complémentaire de droit interne.

Dans la mesure où les règlements communautaires sont directement applicables et que, selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice, ils l'emportent sur le droit interne contraire, celui-ci n'aurait pas besoin d'être formellement abrogé au moment de l'entrée en vigueur du règlement. C'est ce dernier que les autorités devront appliquer, et non le droit interne contraire. Le principe de la sécurité du droit commande toutefois d'harmoniser les actes législatifs au droit supérieur. Le législateur doit donc amender, voire abroger, les dispositions de droit interne éventuellement contraires à un règlement communautaire directement applicable. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle l'exigence de sécurité du droit impose aux Etats l'obligation de modifier ou d'abroger toute disposition de

155 Texte reproduit dans ASDI 1989, p. 266.

droit interne contraire au droit communautaire[156]. Cette obligation découle d'ailleurs également de l'art. 5 du traité UE, aux termes duquel les Etats membres prennent toutes les mesures propres à assurer l'exécution des obligations découlant de ce traité et s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité.

3) L'exigence d'eurocompatibilité

L'obligation dans laquelle se trouve notre Parlement d'adapter notre législation au droit supérieur n'est pas dictée uniquement par le souci d'en assurer le respect. Dans le cas du droit communautaire, par exemple, n'étant membre ni de l'UE ni de l'EEE, la Suisse n'est nullement tenue, juridiquement, d'avoir une législation qui lui soit conforme. En pratique, toutefois, elle ne peut que difficilement se permettre d'avoir une législation qui s'écarterait trop de celle qui s'applique dans les pays qui nous entourent. C'est la pression des faits, plus que celle du droit, qui joue ici un rôle déterminant. Le législateur se trouve dans l'obligation d'adopter une législation eurocompatible pour éviter à notre pays des désavantages trop importants.

Il est symptomatique de constater à cet égard que, depuis une dizaine d'années, la plupart des messages que le Conseil fédéral adresse aux Chambres à l'appui de projets de lois contiennent une section dans laquelle est examinée la conformité de la législation projetée au droit européen[157]. Les exemples où la législation fédérale a dû être adaptée aux exigences européennes sont nombreux. Il en va ainsi par exemple de la réglementation relative aux normes de sécurité de certains produits (appareils électriques, appareils sanitaires). Si elles variaient trop d'un Etat à l'autre, celles-ci seraient en effet susceptibles de constituer des obstacles techniques au commerce international, car elles obligeraient les fabriquants à équiper leurs produits des adaptations nécessaires pour les pays vers lesquels ils sont exportés. Pour cette raison, dans le cadre de la Communauté, ces normes sont actuellement harmonisées. Dès lors que le commerce de la Suisse, d'exportation et d'importation, s'effectue essentiellement avec les Etats membres de la Communauté, le législateur n'a pas le choix. Il doit adopter une législation conforme au droit européen[158].

---

156 CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 15 octobre 1986, aff. 168/85, Rec. 1986, p. 2961; arrêt *Commission c. Danemark* du 6 décembre 1990, aff. C-208/88, Rec. 1990 I 4445; arrêt *Commission c. Irlande* du 6 décembre 1990, aff. C-367/88, Rec. 1990 I 4465; arrêt *Commission c. Grèce* du 13 décembre 1990, aff. C-347/88, Rec. 1990 I 4747.

157 Voir, p. ex. FF 1997 III 1070, 1997 III 701, 1997 III 644, 1997 IV 1173. Voir, à ce sujet, OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, L'administration fédérale, p. 428.

158 DIETRICH SCHINDLER, Auswirkungen, p. 9.

La même observation peut être faite à propos de la réglementation des marchés publics. Dans le cadre de l'UE, lors de soumissions, le principe de non-discrimination oblige les autorités des différents Etats membres à accepter les candidatures d'entreprises domiciliées dans les autres Etats. Si la Suisse ne se conforme pas à cette réglementation libérale, les entreprises suisses seront prétéritées à l'étranger[159].

De même, dans le domaine du droit d'asile, la Suisse n'est pas partie aux deux conventions européennes qui régissent cette matière, la Convention de Dublin de 1990 et la Convention d'application de l'accord de Schengen, de 1985. Il est toutefois intéressant de constater que la loi fédérale sur l'asile s'y réfère tout de même, presque par avance (art. 13 c) al. 2 litt. b) LAs).

Mais l'exemple le plus frappant et le plus illustratif de l'obligation dans laquelle se trouve notre pays d'aligner sa législation sur celle de l'Europe est la transformation du «paquet Eurolex» en «paquet Swisslex».

Le projet Eurolex, on s'en souvient, consistait en une série de modifications législatives destinées à rendre le droit suisse conforme au droit européen, en vue de l'entrée de notre pays dans l'EEE. Après le vote du 6 décembre 1992, alors que la Suisse n'était plus juridiquement tenue de se doter d'une législation eurocompatible, le projet Eurolex a tout de même été soumis au Parlement, sous l'appellation de Swisslex, le 24 février 1993. Dans son message[160], le Conseil fédéral soumettait aux Chambres le texte de vingt-sept projets de lois repris du programme Eurolex.

Quand bien même il s'agit là d'une réception «autonome» de règles communautaires[161], le projet Swisslex a été dicté par le souci d'éviter à notre pays les désavantages qui auraient pu résulter d'une réglementation qui serait trop différente de celle de nos partenaires commerciaux.

Dans tous ces cas, le législateur n'avait certes pas l'obligation juridique de donner un contenu déterminé à sa législation. Mais les inconvénients d'une absence d'adéquation entre notre législation et le droit européen étaient si évidents et si graves qu'il eût été déraisonnable de ne pas calquer la première sur le second. Il n'en résulte pas moins, dans les faits, une atteinte considérable à l'autonomie du législateur.

---

159 DIETRICH SCHINDLER, Auswirkungen, p. 10. Sur ces questions, voir DANIEL THÜRER, Europaverträglichkeit, p. 577.

160 Voir le message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, du 24 février 1993, FF 1993 I 757.

161 RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, p. 639; DANIEL THÜRER, Schweizer Verfassungsordnung, pp. 91–94; Heinrich KOLLER, Der schweizerische Gesetzgeber, pp. 241 ss.

C. Le devoir de légiférer résultant de la portée positive des droits fondamentaux

L'obligation de légiférer dans laquelle peut se trouver le Parlement résulte enfin de la nécessité de concrétiser et de donner plein effet à certains droits fondamentaux garantis par des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Selon la jurisprudence de la Cour, les droits garantis par la Convention européenne n'ont pas uniquement une fonction négative. La Cour a à plusieurs reprises déduit de ces droits l'obligation, pour les Etats, non seulement de s'abstenir de toute intervention, mais également de prendre toutes les mesures nécessaires pour en assurer le respect effectif. Le législateur, en particulier, a le devoir d'adopter la législation nécessaire pour en favoriser la réalisation optimale.

La théorie des obligations positives des Etats a ainsi conduit la Cour de Strasbourg à conclure dans certains cas à une violation de la Convention par omission du législateur national. La jurisprudence offre plusieurs exemples dans lesquels, selon la Cour, les recourants ne pouvaient pas passer pour avoir subi, de la part de l'Etat, une ingérence dans les droits que leur garantit la Convention. Ils avaient été victimes non d'un acte, mais de l'inaction de l'Etat[162].

L'intérêt de cette jurisprudence réside dans le fait que, dans toutes ces affaires, la Cour a conclu à une violation de la Convention non pas parce que, comme c'est généralement le cas, une ingérence étatique dans un droit ne respecte pas les conditions qui permettent de la restreindre, mais pour le seul motif que l'Etat n'avait pas adopté les mesures propres à assurer le respect de ce même droit. Ce que la Cour a condamné dans toutes ces affaires, ce sont en fin de compte les déficits de la législation nationale et l'inertie du législateur. Ayant l'obligation d'assurer le respect des droits et libertés garantis par la Convention, l'Etat doit se doter d'une législation adéquate, capable de donner plein effet aux droits garantis par la Convention.

---

162 Voir par ex., Cour eur. D.H., arrêt *Airey* du 9 octobre 1979, Série A, vol. 32; arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, Série A, vol. 31; arrêt *Campbell et Cosans* du 25 février 1982, Série A, vol. 48, par. 37; arrêt *X. et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A, vol. 91, par. 23; arrêt *Velosa Barreto* du 21 novembre 1995, Série A, vol. 334, par. 21; arrêt *Kroon* du 27 octobre 1994, Série A, vol. 297/C, par. 33.

III. Le contrôle de la conformité internationale de l'activité du législateur

Outre à assister, impuissant, à un amenuisement de ses compétences matérielles au profit d'organismes supranationaux et à se trouver parfois dans l'obligation de légiférer, le législateur voit également son activité être désormais soumise à un double contrôle, de constitutionnalité et de conventionnalité.

A. Le rôle du droit international en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois

1) Le point de départ

L'absence de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois fédérales est l'une des grandes caractéristiques de notre droit public. L'art. 113 al. 3 Cst. féd. dispose en effet que le Tribunal fédéral appliquera les lois fédérales votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale.

Adoptée en 1874, cette règle traduit fidèlement la conception, largement dominante à l'époque, selon laquelle l'autorité suprême de la Confédération est exercée par l'Assemblée fédérale (art. 71 Cst. féd.). C'est elle seule qui apparaît comme la gardienne de la Constitution à l'égard des lois qu'elle adopte. Aucun autre organe n'a le droit de sanctionner les actes législatifs que celle-ci a votés et de défaire ainsi l'oeuvre des représentants du peuple.

Quelle a été l'influence du droit international sur la portée de l'art. 113 al. 3 Cst. féd., qui met le législateur fédéral à l'abri de tout contrôle? Répondre à cette question revient à examiner les rapports qu'entretiennent entre eux le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité.

2) L'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans les premières années qui ont suivi la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par notre pays, le Tribunal fédéral a été confronté à un certain nombre de reprises au problème du contrôle de conventionnalité, dans des affaires où était alléguée la non-conformité à la Convention de dispositions légales fédérales. Notre Cour suprême a, au début, refusé d'entrer en matière en se réfugiant derrière l'art. 113 al. 3 Cst. féd.

Un arrêt du 18 octobre 1984, dans lequel elle a refusé d'examiner la conformité de l'art. 150 CC avec l'art. 12 CEDH, est particulièrement illustratif de cette jurisprudence:

> «De toute façon, selon l'art. 113 al. 3 Cst. féd., le Tribunal fédéral doit appliquer les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il est ainsi tenu de s'y conformer sans avoir à examiner s'ils dérogent à la constitution. *La CEDH n'a rien changé à cet égard. Elle ne modifie en aucune manière la division des compétences, réglée par le droit interne du pays, entre le législateur et le pouvoir judiciaire suprême, ne conférant donc pas au Tribunal fédéral des compétences autres que celles qui lui appartiennent en vertu de la Constitution et de la loi d'organisation judiciaire* (...). Dès lors, la question de savoir si l'art. 150 CC est compatible avec la CEDH échappe au contrôle du Tribunal fédéral; le recours est partant irrecevable sur ce point.»[163]

Cet arrêt, qui avait été précédé d'une décision semblable quelques mois auparavant[164], a par la suite encore été confirmé par d'autres décisions[165].

Une partie de la doctrine a à juste titre relevé que cette jurisprudence ne donnait pas satisfaction, pour plusieurs raisons.

D'abord, l'art. 113 al. 3 Cst. féd. oblige le Tribunal fédéral à appliquer non seulement les lois fédérales, mais également les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale (art. 113 al. 3 deuxième phrase Cst. féd.)[166]. Cette disposition constitutionnelle met ainsi les lois fédérales et les traités sur un pied d'égalité dans leurs rapports avec le juge constitutionnel. Lorsque ces actes sont contradictoires, l'un doit l'emporter sur l'autre. Or il est admis aujourd'hui que les conventions internationales l'emportent sur les lois fédérales, qu'elles soient antérieures ou postérieures[167]. C'est le cas aussi de la Convention européenne et le Tribunal fédéral doit donc veiller au respect de la conformité de ces lois avec cette convention. Par ailleurs, en obligeant le Tribunal fédéral à appliquer les traités, l'art. 113 al. 3 deuxième phrase Cst. féd. exclut le contrôle de leur constitutionnalité[168]. Il fait donc prévaloir les traités, au moment de leur application, sur les normes constitutionnelles[169]. Si l'interprétation conforme d'un traité à la Constitution n'est pas possible, l'autorité doit s'en tenir au traité[170]. Il paraît dès lors difficile de se fonder précisément sur une norme constitutionnelle pour faire obstacle à l'application d'un traité. Les deux phrases de l'art. 113 al. 3 Cst. féd. ayant la même

---

163 ATF du 18 octobre 1984, non publié, partiellement reproduit dans ASDI 1985, p. 250 (les italiques sont de nous). Ce passage est également reproduit dans l'arrêt que la Cour eur. D.H. a rendu par la suite dans cette affaire; voir Cour eur. D.H., affaire *F. c. Suisse*, arrêt du 18 décembre 1987, Série A, vol. 128, par. 17.

164 ATF du 14 juin 1983, non publié, partiellement reproduit dans ASDI 1984, pp. 203–204.

165 ATF du 11 février 1985, non publié, partiellement reproduit dans ASDI 1986, p. 127 et dans la Semaine judiciaire 1986, p. 24. Voir sur cette jurisprudence, GIORGIO MALINVERNI, L'art. 113 al. 3, p. 381.

166 ATF 109 V 132.

167 ATF 119 V 410; 120 V 1.

168 ANDREAS AUER, Juridiction constitutionnelle, p. 100.

169 ANDRÉ GRISEL, p. 390.

170 *Idem.*

valeur juridique[171], aucune raison ne saurait être invoquée pour faire prévaloir la première sur la seconde. En présence de deux normes juridiques qui sont en concours, il n'est pas admissible de s'intéresser à l'une seulement d'entre elles et de négliger l'autre. L'on ne saurait en particulier se fonder sur une norme de droit interne, susceptible d'être interprétée conformément aux intentions de ses auteurs, et de faire abstraction d'un traité, acte contractuel dont la portée se dégage de la volonté concordante de plusieurs Etats parties[172].

En refusant d'examiner la conformité des lois fédérales à la Convention, le Tribunal fédéral refusait en fait d'appliquer ce traité. Cette jurisprudence était donc difficilement compatible avec l'obligation de respecter les traités internationaux et avec le principe de la primauté du droit international sur le droit interne. Les traités internationaux l'emportent en effet sur l'ensemble du droit interne, y compris le droit constitutionnel, quelle qu'ait été la procédure interne suivie en vue de leur ratification. L'on ne saurait donc tirer argument de la procédure suivie pour la ratification de la Convention pour déterminer son rang dans l'ordre juridique suisse. La procédure d'adoption des traités n'est pas non plus pertinente pour établir leur rang par rapport aux actes normatifs d'origine interne, dès lors que ces deux catégories d'actes relèvent d'ordres juridiques différents. Même si elle n'a pas été approuvée selon la procédure de l'art. 89 al. 5 Cst. féd., la Convention a donc la primauté sur le droit constitutionnel[173].

Ensuite, cette jurisprudence aboutissait à réserver à la Convention européenne un traitement particulier qui lui était, en l'occurrence, défavorable. Normalement, en effet, le Tribunal fédéral procède toujours à un examen de la conformité des lois fédérales aux traités internationaux et, en cas de conflit, fait prévaloir ces derniers. La première jurisprudence du Tribunal fédéral aboutissait ainsi au résultat paradoxal que, dans tous les domaines, la loi fédérale contraire au traité devait s'effacer face à ce dernier, sauf en matière de droits de l'homme, où c'est l'inverse qui se produisait. Or, en raison de leur contenu, les traités qui garantissent les droits de l'homme sont les plus importants et devraient être appliqués en toutes circonstances. Le résultat auquel aboutissait cette jurisprudence constituait donc un véritable paradoxe.

Cette jurisprudence n'allait pas non plus sans poser des problèmes sous l'angle des art. 13 et 26 CEDH. La raison d'être de la première de ces dispositions est de garantir le droit des particuliers à ce qu'une instance nationale examine une prétendue violation de cette convention avant, le cas

171 ATF 111 Ib 71.
172 André Grisel, p. 391.
173 *Idem*, p. 384.

échéant, de la redresser. Cette disposition oblige ainsi les Etats à mettre sur pied au moins une instance leur permettant de remédier eux-mêmes à une éventuelle violation de la Convention. Cette exigence n'était pas respectée dans la première jurisprudence du Tribunal fédéral, qui refusait purement et simplement d'entrer en matière sur les griefs invoqués par les requérants et fondés sur une violation de la Convention. Cette jurisprudence avait donc pour effet d'écarter du champ d'application matériel de la Convention toutes les décisions prises en application de lois fédérales, voire d'ordonnances fédérales couvertes par l'immunité dont bénéficient les lois fédérales. L'art. 13 CEDH n'était donc pas respecté[174].

Quant à l'art. 26 CEDH, il énonce le principe bien connu de l'épuisement préalable des instances nationales avant la saisine d'un organe international. Il est cependant généralement admis que les recours internes n'ont pas à être épuisés si la saisine des tribunaux nationaux compétents est inutile, par exemple parce que leur jurisprudence est bien établie et que l'on ne saurait en espérer un changement.

Si le Tribunal fédéral avait maintenu sa jurisprudence, les particuliers qui auraient estimé qu'une décision basée sur une loi fédérale violait l'un des droits garantis par la Convention auraient pu saisir directement la Commission européenne des droits de l'homme, sans tenter leur chance auprès de notre Cour suprême, et tout en respectant la règle de l'art. 26 CEDH. Le principe de la subsidiarité du contrôle international aurait ainsi été remis en cause. Par ailleurs, les organes internationaux disposaient de pouvoirs plus étendus que les juges fédéraux, puisqu'ils pouvaient contrôler la conformité d'une loi fédérale à la Convention et, partant, de manière indirecte, à la Constitution, droit que refusaient de s'arroger ces derniers. Si, en vertu de l'art. 113 al. 3 Cst. féd., respectivement 114bis al. 3 Cst. féd., le Tribunal fédéral est lié par les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale, cette obligation ne vaut en effet pas pour les organes internationaux de contrôle, qui sont compétents pour examiner la conformité des lois fédérales aux instruments internationaux. Ainsi, notre Cour suprême ayant refusé de se prononcer sur la conformité de l'art. 150 CC à l'art. 54 Cst. féd., c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui en a examiné la compatibilité par rapport à l'art. 12 CEDH[175].

---

174 MICHEL HOTTELIER, La Convention européenne, p. 158; THOMAS WETZEL, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz (Art. 13 EMRK) und seine Ausgestaltung in der Schweiz, Bâle 1983, p. 74, note 175 et pp. 164 et 166; ARTHUR HAEFLIGER, Die EMRK, p. 273; YVO HANGARTNER, p. 3; MARK E. VILLIGER, p. 371; Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1996 I, p. 517.

175 Cour eur. D.H., arrêt *F.* du 18 décembre 1987, Série A, vol. 128.

Dans ces cas, les instances européennes ont été investies de pouvoirs que ne pouvait s'arroger le Tribunal fédéral. Toutes ces considérations devaient conduire ce dernier à modifier sa jurisprudence.

Une bonne partie de la doctrine était déjà d'avis que s'il interdit au Tribunal fédéral de refuser d'appliquer une loi fédérale, l'art. 113 al. 3 Cst. féd. ne l'empêche aucunement d'examiner sa constitutionnalité («Art. 113 Abs. 3 ist Anwendungsgebot, nicht Prüfungsverbot»)[176].

Sans officiellement faire sienne cette thèse[177], notre Cour suprême n'a pas manqué, dans certains cas, d'examiner le contenu d'une loi fédérale qu'elle devait appliquer[178].

Un pas supplémentaire dans l'évolution de la jurisprudence a été franchi avec un arrêt du 29 mai 1985[179]. Dans cette affaire, notre Cour suprême a reconnu que, eu égard à l'art. 113 al. 3 Cst. féd., la Convention européenne des droits de l'homme, en tant que traité international approuvé par l'Assemblée fédérale, la lie dans la même mesure que les lois fédérales et qu'elle a le pas sur elles. Dès lors, si les dispositions d'une loi fédérale (en l'espèce l'art. 100 lit. b) ch. 2 et 4 OJ) avaient pour conséquence de priver le recourant du droit de recours effectif devant une instance nationale, elles devraient céder face à l'art. 13 CEDH. Le TF pourrait dans ce cas ne pas les appliquer. Bien qu'il n'ait pas eu besoin d'en arriver là dans le cas d'espèce, du moment qu'un recours effectif existait, les considérants de cet arrêt revêtent un très grand intérêt sur le plan des principes. Le Tribunal fédéral a en effet admis que, pour respecter l'art. 13 CEDH, une loi fédérale puisse ne pas être appliquée.

Cette jurisprudence a par la suite été confirmée et affinée dans d'autres arrêts[180]. Mais le virage fondamental a été effectué dans un arrêt de 1991[181], dans lequel notre Cour suprême a expressément pris en considération le caractère constitutionnel des droits garantis par la Convention européenne et est parvenue à la conclusion que, en vertu des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd., elle est liée non seulement par les lois fédérales et par les arrêtés fédéraux de portée générale, mais également par les traités internationaux.

Se référant en particulier aux art. 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les juges fédéraux ont affirmé que le principe de la primauté du droit international exige que tous les organes de l'Etat interprè-

---

176 WALTER KÄLIN, Verfahren, p. 36; ANDREAS AUER, Le Tribunal fédéral, p. 121; *idem*, Juridiction constitutionnelle, p. 69; ROBERT ZIMMERMANN, «L'évolution récente du contrôle préjudiciel de la constitutionnalité des lois en droit genevois», RDAF 1988, p. 25.

177 Voir p. ex. ATF 107 Ia 281; 105 Ib 126.

178 ATF 103 Ia 55; 105 Ib 168; ATF 106 Ib 192; ATF 110 Ia 7.

179 ATF 111 Ib 68.

180 Voir p. ex. ATF 114 IV 116.

181 ATF 117 Ib 367.

tent le droit interne, y compris les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd., de manière conforme au droit international. Le devoir de respecter les engagements internationaux de la Suisse n'incombe pas uniquement aux autorités politiques. Un contrôle de conventionnalité opéré par le Tribunal fédéral ne saurait donc être considéré comme une ingérence dans les affaires de ces autorités et, partant, contraire au principe de la séparation des pouvoirs, dès lors que toutes les autorités sont tenues, chacune dans son domaine de compétence, de respecter le droit international. Le Tribunal fédéral a conclu que rien ne s'oppose à ce que le juge examine la conformité des lois fédérales à la Convention européenne. Tout en admettant qu'il ne pourrait pas casser une disposition d'une loi fédérale contraire au droit international, il a reconnu qu'il pourrait refuser de l'appliquer, pour ce motif, dans un cas concret, si son application devait conduire à une condamnation de la Suisse[182].

Cet arrêt de principe, qui marque un véritable tournant dans l'histoire du contrôle de constitutionnalité des lois en Suisse[183], a par la suite été confirmé par d'autres jugements[184]. Dans toutes ces affaires cependant, chaque fois qu'il a procédé à un contrôle de la conventionnalité d'une loi fédérale, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la norme de droit interne examinée remplissait les exigences posées par la Convention.

C'est finalement dans un important arrêt du 25 août 1993[185] que, pour la première fois dans l'histoire de la juridiction constitutionnelle en Suisse, le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer une loi fédérale, pourtant protégée par l'art. 113 al. 3 Cst., au motif qu'elle était contraire à un traité international.

Etaient en conflit d'une part l'art. 7 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité de 1959 (LAI), qui prévoit que les rentes peuvent être réduites pour faute grave non intentionnelle et, d'autre part, les art. 32 de la Convention n° 128 de l'OIT et 68 du Code européen de sécurité sociale, qui admettent une réduction des rentes seulement pour faute intentionnelle. Déjà confrontée à ce problème dans un précédent arrêt, notre Cour suprême avait pu se tirer d'affaire en jugeant que ces deux conventions n'étaient pas directement applicables[186]. Revenant sur cette jurisprudence, fortement critiquée par la doctrine[187], notre Cour suprême a cette fois refusé d'appliquer l'art. 7 LAI au cas d'espèce: «Le principe de la primauté du droit international n'est plus

182 *Idem,* cons. 2. Sur cet arrêt, voir les commentaires de YVO HANGARTNER, AJP 1993, p. 195 et de STEFAN TRECHSEL, Recht 1993, p. 19.

183 Voir WALTER KÄLIN, Constitutional Review, p. 222; RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, p. 628.

184 ATF 118 Ib 186; 119 Ib 311; 120 V 1; 122 III 416.

185 ATF 119 V 171

186 ATF 111 V 201.

187 Voir, notamment, OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Applicabilité directe, p. 129; *idem*, méthodes d'interprétation, p. 109.

guère contesté, aujourd'hui, en particulier s'agissant de l'application des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd.»[188].

Cet arrêt, qui a posé des jalons résolument nouveaux dans le domaine du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales[189], est d'autant plus remarquable que, contrairement aux arrêts précédents, le risque de condamnation de la Suisse par un organisme international n'était pas aussi présent, vu les traités en cause. Notre pays aurait tout au plus engagé sa responsabilité internationale.

Sur le plan institutionnel, cette nouvelle jurisprudence revêt la plus grande importance. Le contrôle de conventionnalité des lois fédérales dont se voit désormais investi le Tribunal fédéral peut aboutir à exclure l'application d'un acte normatif voté par le Parlement, pourtant «autorité suprême de la Confédération» à teneur de l'art. 71 Cst. féd., au profit des exigences imposées par le droit international. Cette jurisprudence abroge la pratique antérieure qui voyait dans le Parlement le garant exclusif du respect de la Constitution[190].

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de contrôle de conventionnalité revêt bien entendu une importance capitale en faveur de l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, pour plusieurs raisons.

D'abord, lorsqu'il y a identité ou proximité de contenu entre les droits constitutionnels et les dispositions d'un traité, le contrôle de conventionnalité s'apparente à un contrôle de constitutionnalité. Le recourant qui ne peut pas faire valoir l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale, en raison de l'art. 113 al. 3 Cst. féd., peut désormais se fonder sur la disposition correspondante d'un traité international. Une telle pratique peut cependant déboucher, à la longue, sur une dépréciation et une dévalorisation de la Constitution, dès lors que le paramètre à l'aune duquel se mesure la validité d'une loi fédérale n'est plus la Constitution, mais une convention internationale.

Le contrôle de conventionnalité jette ainsi dans la balance entre avantages et inconvénients de l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales un argument de poids en faveur des premiers. Un élargissement des possibilités de saisine du Tribunal fédéral augmente en effet les chances de rectification de l'inconstitutionnalité au niveau interne. Il présente donc un intérêt certain si l'on a le souci de réduire le nombre de requêtes individuelles auprès des organes internationaux de contrôle ainsi que les risques d'une

188 ATF 119 V 171, 177.

189 Cette jurisprudence a par la suite été confirmée par d'autres arrêts. Voir p. ex. ATF 120 II 384, 122 III 414 (cons. 3 a). Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voir ALDO BORELLA, p. 123.

190 Voir MICHEL HOTTELIER, Primauté, p. 607.

condamnation internationale[191]. Ainsi, s'il n'astreint pas les Etats à instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois, le droit international milite fortement en faveur de son introduction. C'est ce qu'ont bien compris les auteurs du projet de réforme de la Constitution fédérale.

3) *La consécration de la jurisprudence: le projet de révision totale de la Constitution fédérale de 1996*

Les développements jurisprudentiels récents ont tout naturellement trouvé leur consécration dans le projet de réforme totale de la Constitution fédérale. Tout en excluant le contrôle abstrait des lois fédérales, l'art. 178 du projet C (réforme de la justice) prévoit en effet que «en rapport avec un acte d'application, le Tribunal fédéral examine si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale viole des droits constitutionnels ou le droit international».

Dans son message, pour justifier l'introduction d'un contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, le Conseil fédéral relève notamment que l'absence d'un tel contrôle «est devenue problématique depuis l'entrée en vigueur de la CEDH»[192]. Notre Exécutif poursuit en ces termes:

> «S'agissant des droits fondamentaux, la CEDH concorde largement avec la constitution fédérale ... Mais il va de soi que les instances de Strasbourg ne sont pas tenues d'appliquer les lois fédérales. Elles peuvent examiner la conformité de celles-ci avec la CEDH. Si un recourant qui invoque la violation de ses droits constitutionnels par une loi fédérale n'obtient pas gain de cause à Lausanne, il pourra tout de même faire valoir ses griefs devant la Cour de Strasbourg en invoquant la garantie correspondante de la CEDH ... Ainsi se révèle le paradoxe qui veut que le pouvoir d'examen des instances de Strasbourg soit plus grand que celui du Tribunal fédéral, qui se voit relégué au rang de simple instance intermédiaire.»[193]

Se référant à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, notre Exécutif a par la suite constaté que, en raison de cette jurisprudence, «le contrôle juridictionnel des lois fédérales existe déjà en grande partie», mais qu'il «s'effectue à l'aune de la CEDH, et non pas de la Constitution fédérale»[194]. En conséquence, cette dernière s'en trouve dévalorisée. Il s'agit dès lors, «en introduisant la juridiction constitutionnelle, de reconquérir la force normative que la Constitution a perdue face au droit conventionnel»[195].

---

191 JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, Droit constitutionnel européen, p. 378. Cet auteur affirme à juste titre qu'il est préférable de «laver son linge sale en famille que sur la place publique européenne» *(idem)*.

192 FF 1996 I, p. 516.

193 *Idem.*

194 *Idem.*

195 *Idem,* pp. 516–517.

B. Du contrôle de constitutionnalité au contrôle de conventionnalité de l'activité du législateur

Le projet de révision totale de la Constitution fédérale soumet au contrôle du Tribunal fédéral non seulement la constitutionnalité des lois fédérales, mais également leur conventionnalité. De manière significative, la note marginale de l'art. 178 du projet ne s'intitule d'ailleurs pas contrôle de constitutionnalité, mais contrôle des normes. L'article en question n'institue en effet pas seulement un contrôle de constitutionnalité, mais également un contrôle de conformité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale au droit international[196]. L'al. 1er précise en effet que, en rapport avec un acte d'application, le Tribunal fédéral examine si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale viole des droits constitutionnels ou le droit international. L'al. 3 dispose quant à lui que, à la suite de cet examen, le Tribunal fédéral décide dans quelle mesure la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale doit être appliqué.

Le droit international a ainsi eu une double incidence sur le contrôle des normes dans notre pays. D'une part, il a constitué le principal argument en faveur d'un contrôle de constitutionnalité. D'autre part, il est aussi devenu, à l'instar de la Constitution, l'aune à laquelle s'effectue le contrôle des normes.

Le projet de réforme de la Constitution fédérale ne se réfère bien entendu pas au droit communautaire, pour des raisons évidentes. Le rapprochement de la Suisse à l'Union européenne est cependant aussi un facteur qui milite en faveur d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Si, le 6 décembre 1992, le peuple et les cantons avaient approuvé l'entrée de la Suisse dans l'EEE, l'art. 113 al. 3 Cst. féd. aurait été privé d'une bonne partie de sa portée. Le droit communautaire oblige en effet tout juge national à écarter l'application d'une loi interne non conforme à ce droit, sans même qu'il y ait lieu de la soumettre au juge constitutionnel national. Il en irait de même en cas d'adhésion de la Suisse à l'UE. Le Tribunal fédéral et l'ensemble des tribunaux devraient s'assurer que le droit communautaire est appliqué en Suisse et qu'il l'emporte sur le droit interne, ce qui impliquerait inévitablement un contrôle de conformité des lois fédérales avec le droit communautaire.

Le contrôle, par le Tribunal fédéral, de la manière dont le législateur fédéral met en oeuvre le droit international, constitue une remise en cause d'un élément essentiel de la séparation des pouvoirs telle qu'elle a été conçue en Suisse depuis la création de l'Etat fédéral. Le Tribunal fédéral, jusqu'ici soumis à l'Assemblée fédérale (art. 113 al. 3 Cst. féd.), peut être appelé, à plus ou moins brève échéance, à la sanctionner si elle n'assume pas les

196 FF 1996 I, p. 540. Voir GIORGIO MALINVERNI, «Nuove competenze», p. 435.

obligations qui découlent pour elle du droit international ou du droit européen. Ce renversement des rôles se fait au détriment du Parlement[197].

Conclusion

La souveraineté du Parlement est souvent considérée comme l'élément essentiel de la notion de souveraineté. Elle exprime l'idée selon laquelle le Parlement peut édicter n'importe quelle loi sans qu'aucune autre instance ne soit habilitée à le contrôler. Sur le plan juridique, il est «omnicompétent». Sur le plan politique, la légitimité que lui confère l'élection populaire l'autorise à contrôler les autres pouvoirs: il exerce le contrôle parlementaire sur l'Exécutif et sur le pouvoir judiciaire et le Gouvernement est normalement responsable devant lui.

Le développement récent du droit international conduit cependant à un encadrement toujours plus serré des pouvoirs du législateur et à une érosion de son omnipotence. D'une part, l'augmentation des pouvoirs des institutions supranationales a conduit à une lente dépossession des prérogatives des Parlements. Même en Angleterre, berceau du parlementarisme, l'arrêt *Factortame* a marqué un tournant décisif dans la théorie de la toute-puissance du Parlement. La Chambre des Lords y a admis que sa souveraineté est limitée par le droit communautaire et que les juges ne peuvent appliquer une loi qui serait contraire à ce dernier[198].

En Suisse, les organes législatifs, aussi bien fédéraux que cantonaux, subissent une limitation de leurs pouvoirs, dans la mesure où ils doivent adapter leur législation au droit international directement applicable et adopter dans des délais raisonnables le droit d'exécution du droit international non directement applicable.

Enfin, le Parlement semble avoir perdu le rôle de protecteur des libertés, qu'il avait hérité de la tradition révolutionnaire française. Ce rôle est désormais dévolu au juge constitutionnel et au juge supranational. Le droit international a joué un rôle de premier plan en faveur du contrôle de l'activité législative du Parlement. Il exerce, sur le contrôle de la constitutionnalité des lois, devenu un élément essentiel de l'Etat de droit, des effets à la fois incitatifs et correcteurs[199].

D'abord, le droit international conduit les Etats à introduire ou, le cas échéant, à renforcer les systèmes nationaux de justice constitutionnelle. D'un

---

197 ANDREAS AUER, L'Espace économique européen, p. 651.

198 Voir JOHN BELL, Revue française de droit administratif, 1990, p. 920.

199 JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, Les Petites Affiches, 1988; PETER HÄBERLE, p. 390.

point de vue exclusivement interne, on peut discuter indéfiniment sur les avantages et les inconvénients du contrôle de constitutionnalité des lois et s'y montrer favorable ou, au contraire, opposé.

Mais si l'on prend en compte l'inclusion des ordres juridiques nationaux dans un ensemble plus vaste, l'introduction d'un tel contrôle semble devoir s'imposer de plus en plus[200].

Ensuite, le droit international peut aussi venir remédier aux insuffisances des systèmes nationaux de contrôle de constitutionnalité. Le contrôle de conventionnalité vient alors prendre le relais du contrôle de constitutionnalité. L'un comme l'autre viennent cependant entailler le pouvoir de délibération et de décision du législateur national.

200 CHARLES-ALBERT MORAND, p. 40.

Chapitre III
La mise sous tutelle progressive des juridictions suprêmes nationales

A l'instar des autres organes de l'Etat, ceux qui relèvent du pouvoir judiciaire ont également perdu une bonne partie de leur autonomie, à plusieurs égards. D'abord, tout comme eux, ils se trouvent dans l'obligation générale d'assurer le plein effet des règles de droit international (I). Mais s'ils sont tenus d'appliquer ces règles, ils perdent de plus en plus le pouvoir de les interpréter, au profit d'instances internationales, auxquelles on a tendance à reconnaître une sorte de monopole de l'interprétation des traités internationaux les plus importants, que ce soit directement, par le recours à la technique de l'avis préjudiciel, ou indirectement, au travers des notions conventionnelles autonomes que ces mêmes instances élaborent (II). L'influence du droit international se manifeste encore par l'emprise qu'il exerce sur l'interprétation ultime des constitutions nationales par les Cours suprêmes. Celles-ci doivent désormais interpréter les Constitutions conformément au droit international (III). Enfin, si les arrêts de condamnation réduisent bien évidemment l'autonomie des juridictions suprêmes nationales (IV), celles-ci, y compris les Cours constitutionnelles, sont également soumises à un contrôle international de leur fonctionnement (V).

I. L'obligation d'assurer le plein effet des règles de droit international

Les tribunaux nationaux, et singulièrement les juridictions suprêmes, ont d'abord le devoir d'assurer le plein effet des règles de droit international. Cette obligation leur a été imposée depuis fort longtemps par la Cour de Luxembourg s'agissant du droit communautaire. Dans l'arrêt *Simmenthal*, rendu il y a une vingtaine d'années, celle-ci avait déjà affirmé:

> «Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.»[201]

201 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, pp. 629 ss, p. 646. Cet arrêt a été confirmé à plusieurs reprises dans une jurisprudence constante. Voir encore, tout récemment, l'arrêt *Morellato* du 13 mars 1997, aff. C-358/95, EuGRZ 1997, p. 333.

L'obligation qui incombe aux juridictions nationales d'assurer l'application du droit communautaire a été confirmée à plus d'une reprise par la Cour de Justice des Communautés. Dans l'arrêt *Factortame*, elle était confrontée à une règle coutumière du droit anglais, qui interdisait aux tribunaux internes d'ordonner des mesures provisoires contre la Couronne, laquelle se trouvait ainsi au bénéfice d'une sorte d'immunité. Les juges de Luxembourg n'en ont eu cure et ont affirmé: «La juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle de droit national, doit écarter l'application de cette règle»[202].

Cette jurisprudence met parfaitement en lumière le rôle qui incombe au juge national dans la mise en oeuvre du droit communautaire. Celui-ci ne peut désormais plus se réfugier derrière la doctrine dualiste ou invoquer la règle de la loi postérieure pour se soustraire à l'obligation qui lui incombe d'appliquer pleinement le droit communautaire. En effet, «les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité»[203].

Dans l'arrêt *Simmenthal*, la Cour de Luxembourg n'a donc pas hésité à remettre en question une jurisprudence pourtant bien établie de la Cour constitutionnelle italienne, selon laquelle un conflit entre une règle communautaire et une loi interne postérieure ne pouvait trouver de solution que par l'abrogation formelle de la seconde ou que si celle-ci était déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle elle-même[204]. Cette jurisprudence se fondait directement sur des dispositions de la Constitution italienne qui attribuent à la Cour constitutionnelle l'exclusivité du contrôle des lois, en le soustrayant donc au juge ordinaire. D'abord réticente, la Cour constitutionnelle italienne s'est pour finir pliée aux exigences de la jurisprudence européenne[205]. Celle-ci oblige ainsi les tribunaux nationaux à soumettre l'application du droit interne à la condition du respect du droit communautaire.

---

202 CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, pp. 2433 ss, 2475.

203 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629. Cette affirmation ne fait que concrétiser l'obligation générale qui incombe aux Etats aux termes de l'art. 5 du traité CEE. Selon cette disposition, «les Parties prennent toutes les mesures appropriées pour accomplir les tâches qui découlent de l'accord et s'abstiennent de prendre toutes les mesures qui sont de nature à menacer la réalisation des buts de l'accord.» Sur cette obligation de coopération loyale avec la Communauté, voir OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Le juge suisse, pp. 433 ss.

204 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629, Rec. 1978, p. 633. Voir ANDREAS AUER, L'Espace économique européen, p. 644.

205 Arrêt *Granital* du 5 juin 1984, n° 170.

Par conséquent, si la Suisse devait un jour adhérer à l'UE, le Tribunal fédéral ne pourrait plus se fonder sur l'art. 113 al. 3 Cst. féd. pour appliquer une loi fédérale contraire au droit communautaire. Au contraire, en vertu de l'art. 113 al. 3 seconde phrase Cst. féd., il devrait appliquer le droit européen même si celui-ci était contraire à la Constitution.

La Suisse observe d'ailleurs déjà ces principes en dehors du cadre communautaire. Le Tribunal fédéral reconnaît désormais la supériorité des traités sur les lois, antérieures ou postérieures: «Un Etat qui s'engage par traité doit en respecter les clauses quelles que soient ses propres normes internes»[206].

Cette jurisprudence a été renforcée par la ratification de la Convention de Vienne sur le droit des traités[207], dont l'art. 27[208] empêche désormais notre Cour suprême d'invoquer une loi fédérale comme justifiant la non-application d'un traité[209]. La seule exception à la primauté du droit international est constituée par la jurisprudence *Schubert*[210], souvent critiquée, aux termes de laquelle le Tribunal fédéral applique une loi de préférence à un traité lorsque, en pleine connaissance de cause, l'Assemblée fédérale a délibérément voulu adopter une loi contraire à un engagement international. Mais, comme on l'a fort judicieusement remarqué[211], depuis que la Suisse a ratifié la Convention de Vienne sur le droit des traités, cette jurisprudence ne peut plus être maintenue, car les fondements-mêmes sur lesquels repose le raisonnement du Tribunal fédéral se sont effondrés. En effet, si c'est l'intention du législateur qui compte, on peut affirmer qu'en autorisant le Conseil fédéral à ratifier la Convention de Vienne l'Assemblée fédérale s'est engagée, en connaissance de cause, à respecter le droit international. Elle s'est donc engagée à ne plus adopter, à l'avenir, de lois contraires aux engagements internationaux contractés par la Suisse. Le raisonnement de l'arrêt *Schubert* perd toute pertinence.

Ainsi, comme l'a affirmé un ancien Président de notre Cour suprême, face aux engagements internationaux précis qui résultent tant de la Convention de Vienne sur le droit des traités que d'une éventuelle inclusion de la Suisse dans l'Union européenne, il convient de reconnaître que les autorités judiciaires,

---

206 ATF 109 Ib 173.

207 RS 0.111.

208 «Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité.»

209 ATF 117 IV 128; 116 IV 269.

210 ATF 99 Ib 44; cette jurisprudence a par la suite été confirmée, en particulier dans les arrêts suivants: ATF 111 V 203; ATF 112 II 13; ATF 116 IV 269; ATF 117 IV 128.

211 Andreas Auer, L'Espace économique européen, p. 648.

et en particulier le Tribunal fédéral, doivent refuser d'appliquer une règle de droit interne, y compris une loi postérieure, qui serait contraire au droit international[212].

II. La perte de maîtrise de l'interprétation du droit international

La conclusion de traités internationaux toujours plus nombreux a pour conséquence que les tribunaux internes sont de plus en plus appelés à appliquer des normes d'origine conventionnelle. Or l'application d'une règle de droit présuppose bien souvent son interprétation et, normalement, les deux opérations sont confiées au même organe.

Toutefois, lorsque les conventions créent des organes internationaux chargés d'assurer le respect des engagements conventionnels des Etats, ces organes s'arrogent souvent le monopole de l'interprétation des dispositions conventionnelles. Aux tribunaux internes n'est laissée que la tâche d'appliquer les règles internationales préalablement interprétées par des organes internationaux. La dissociation entre interprétation et application de la norme peut s'opérer selon deux techniques distinctes: celle de la demande d'avis préjudiciel et celle de l'élaboration, par des organes internationaux de contrôle, de notions conventionnelles autonomes qui viennent s'imposer aux juridictions nationales. Dans les deux cas, les juridictions nationales perdent la maîtrise de l'interprétation du droit international[213].

A. L'obligation de demander un avis préjudiciel

Dans le cadre communautaire, la structure supranationale mise en place implique une collaboration étroite entre la sphère nationale et la sphère internationale et une application uniforme du droit communautaire dans les Etats membres.

C'est dans ce contexte que s'inscrit l'obligation faite aux tribunaux nationaux de demander un avis préjudiciel à la Cour de Justice chaque fois que se pose un problème d'interprétation du droit communautaire, ainsi que l'obligation dans laquelle ils se trouvent de donner effet à cet avis dans le cadre du droit interne (art. 177 du traité UE). C'est ainsi la Cour de Justice qui détient

212 JEAN-FRANÇOIS EGLI, p. 619.
213 OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Le juge suisse, pp. 249–250.

le monopole de l'interprétation du droit communautaire. Celle-ci échappe totalement aux tribunaux internes[214].

Dans le cadre de cette procédure, les tribunaux internes, y compris les Cours suprêmes, se trouvent ainsi, par rapport à la Cour de Justice des Communautés européennes, dans une situation de subordination, comparable à celle des juridictions ordinaires par rapport à la Cour constitutionnelle dans les Etats qui pratiquent le contrôle de constitutionnalité concentré sur renvoi préjudiciel. C'est aux juges de Luxembourg que revient en effet l'exclusivité de l'interprétation du droit communautaire.

B. L'impact des notions conventionnelles autonomes

Par leur nature même, les conventions internationales énoncent des règles destinées à s'appliquer de manière uniforme dans plusieurs Etats. Elles perdraient une bonne partie de leur sens, de leur utilité et de leur efficacité si leur interprétation et leur application dépendaient dans une trop large mesure des particularités des systèmes juridiques nationaux[215]. Pour cette raison, dans un système intégré comme le système communautaire, doté de structures quasi nationales, l'interprétation du droit conventionnel et de la législation qui en découle a été réservée à l'organe judiciaire mis en place par ce système.

Dans le cadre d'autres conventions, qui n'ont pas institué un système si intégré, une telle procédure n'a pas pu être mise en place. Les tribunaux internes sont donc compétents pour interpréter les dispositions conventionnelles. Cette compétence est toutefois considérablement réduite par le droit que s'arrogent les organes mis en place par la convention de l'interpréter de manière autonome[216].

Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, les organes de Strasbourg ont toujours insisté sur le fait que les notions clés de cette convention doivent avoir pour tous les Etats le même contenu et que celui-ci doit être défini au sens du droit conventionnel. Ces notions ne peuvent donc pas être établies par référence exclusive à l'ordre juridique de l'Etat auquel elles s'appliquent dans un cas donné. Comme l'a dit à plusieurs

---

214 La littérature sur la procédure de la demande d'avis préjudiciel est considérable. Voir RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte, pp. 710 ss; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Le juge suisse, p. 405 et la littérature citée par ces deux auteurs.

215 OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Le juge suisse, p. 278.

216 Voir ELIAS KASTANAS, Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 1996.

reprises la Cour européenne des droits de l'homme[217], celle-ci a le devoir, dans l'exercice de ses fonctions, de tenir compte non seulement des règles en vigueur dans l'Etat défendeur, mais également de celles qui existent dans d'autres Etats, ainsi que du but et des finalités de la Convention.

Les notions autonomes élaborées par les instances internationales l'ont certes été sur la base de concepts et de notions juridiques propres aux ordres juridiques des divers Etats parties[218]. Mais, par définition, ces notions sont appelées à s'appliquer là où il n'existe pas encore de notion commune aux Etats, ni de consensus. Le but des notions autonomes est en effet d'éviter que les Etats ne donnent d'un traité international une interprétation trop restrictive qui en réduirait la portée. Toutefois, une fois élaborées par une instance judiciaire internationale, les notions autonomes ont tendance à influencer les notions correspondantes du droit interne, voire à s'y substituer. Les tribunaux des Etats parties ne peuvent pas ne pas en tenir compte[219].

D'une certaine façon, ces notions, élaborées et façonnées par une instance internationale, finissent ainsi par s'imposer aux juridictions internes. Non seulement celles-ci ne sont plus maîtresses de l'interprétation du droit international, mais également des notions correspondantes ou voisines du droit interne. Quelques exemples suffiront à illustrer notre propos.

Comme on le sait, la notion de «droits et obligations de caractère civil», à l'art. 6 CEDH, a un contenu autonome. Selon la jurisprudence de la Cour, certains litiges qui, d'après le droit interne, relèvent du droit administratif et trouvent leur solution dans le cadre de procédures administratives, portent néanmoins sur des droits et des obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1er CEDH.

En dehors des affaires civiles proprement dites, la jurisprudence de Strasbourg inclut donc dans les contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil d'autres litiges, comme ceux relatifs au refus d'octroyer une autorisation d'exercer une profession libérale, ou le retrait d'une telle autorisation, les différends se rapportant à des prétentions fondées sur le droit des assurances sociales, ceux relatifs à des procédures d'expropriation, etc.

Le Tribunal fédéral a bien dû adapter sa jurisprudence à celle des organes de Strasbourg[220]. Il «interprète la notion conventionnelle de ‹contestations sur des droits et obligations de caractère civil› aussi largement que le font les

217 Voir, p. ex., Cour eur. D.H., arrêt *König* du 28 juin 1978, Série A, vol. 27, par. 89; arrêt *James* du 21 février 1986, Série A, vol. 98, par. 42; arrêt *Vogt* du 26 septembre 1995, Série A, vol. 323, par. 52–61.

218 Voir WALTER GANSHOOF VAN DER MEERSCH, «Reliance, in the Case-Law of the European Court of Human Rights, on the Domestic Law of the States», HRLJ 1980, pp. 13–35.

219 OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Le juge suisse, p. 261; WALTER KÄLIN, Die EMRK, p. 529.

220 ATF 119 Ia 88; 119 Ia 321.

organes de la Convention européenne des droits de l'homme»[221]. Ainsi, dans un arrêt récent, il a par exemple affirmé:

> «Selon la jurisprudence fédérale actuelle, l'art. 6 par. 1er CEDH est applicable aux litiges concernant tous les régimes fédéraux d'assurances sociales en Suisse, en matière de prestations, car ces litiges portent ... sur des droits et obligations de caractère civil selon la notion large qu'adopte la Cour européenne des droits de l'homme. Une jurisprudence plus récente de cette même Cour a étendu l'applicabilité de l'art. 6 par. 1er CEDH aux contestations portant sur des cotisations prévues par les régimes de sécurité sociale en général... La question de l'application de cette disposition conventionnelle aux litiges en matière de cotisations aux assurances sociales fédérales a été jusqu'à présent laissée indécise par le Tribunal fédéral des assurances. Sur le vu des derniers développements de la jurisprudence européenne, cette question doit aujourd'hui être résolue par l'affirmative.»[222]

Quelques mois auparavant, après avoir affirmé que, dans sa jurisprudence, elle interprète la notion de «contestation sur des droits et obligations de caractère civil» selon l'art. 6 par. 1er CEDH aussi largement que le font les organes de la Convention européenne, notre Cour suprême avait jugé que les plans d'affectation conférant à une collectivité publique le droit d'exproprier entrent dans le champ d'application de l'art. 6 par. 1er CEDH[223].

Les exemples pourraient être multipliés. Ceux qui viennent d'être donnés suffisent à montrer que les Cours suprêmes se trouvent, par rapport aux instances de Strasbourg, dans une situation paradoxale. D'une part, en effet, il est incontestable qu'elles ne sont pas, hiérarchiquement, subordonnées à ces instances. D'autre part, toutefois, elles ne peuvent pas s'écarter de l'interprétation donnée par les tribunaux internationaux sans s'exposer au risque d'une condamnation à l'occasion d'une affaire ultérieure. Ainsi, dans l'affaire *Vermeire*[224], la Belgique a été condamnée, en 1991, dans une espèce dont les faits étaient très proches de ceux pour lesquels elle avait déjà subi une condamnation douze ans auparavant dans l'affaire *Marckx*[225]. Les arrêts des instances internationales ont donc incontestablement «autorité de chose interprétée»[226].

---

221 ATF 122 II 466.
222 ATF 121 V 109.
223 ATF 119 Ia 321 (cons. 6).
224 Cour eur. D.H., arrêt du 29 novembre 1991, Série A 214-C.
225 Cour eur. D.H. arrêt du 13 juin 1979, Série A, vol. 31.
226 Rainer J. Schweizer, Die schweizerischen Gerichte, p. 662.

III. L'emprise du droit international sur l'interprétation ultime des constitutions par les Cours suprêmes

Si, comme nous venons de le voir, la procédure du contrôle préjudiciel (art. 177 du traité UE) et l'élaboration de notions conventionnelles autonomes dépossèdent désormais les tribunaux internes d'une partie de leurs compétences en matière d'interprétation du droit international, on constate également une emprise toujours croissante de ce même droit sur l'interprétation que les Cours suprêmes donnent des constitutions nationales. Celles-ci doivent être interprétées de manière conforme au droit international.

L'obligation d'interpréter la Constitution conformément au droit international est parfois expressément prévue par la Constitution elle-même. Ainsi, l'art. 10 par. 2 de la Constitution espagnole contient-il une directive enjoignant au juge constitutionnel d'interpréter les droits et libertés constitutionnellement garantis à la lumière des instruments internationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Il en va de même de l'art. 20 de la Constitution roumaine de 1991[227] et de l'art. 17 par. 1er de la Constitution russe de 1993.

Toutefois, même dans les pays où – comme en Suisse – de telles dispositions font défaut, l'on constate une tendance des tribunaux à interpréter la Constitution de manière conforme au droit international, un peu comme si cette interprétation était devenue le corollaire obligé de l'interprétation conforme à la Constitution. Ce phénomène est particulièrement évident dans le domaine des garanties constitutionnelles des droits fondamentaux. La lecture qu'en font les Cours suprêmes et constitutionnelles tient de plus en plus compte des exigences des conventions internationales, telles qu'elles sont interprétées par les organes internationaux chargés d'en assurer le respect. Quelques exemples, tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral, permettent d'illustrer ce phénomène.

En raison de l'ampleur des garanties qu'il consacre et de ses multiples implications dans de nombreux domaines du droit, l'art. 6 CEDH a été, ces dernières années, au centre d'arrêts remarqués et a permis de «revitaliser» une garantie – celle du droit à un procès équitable – que son homologue «constitutionnel», l'art. 58 Cst. féd., avait laissé somnoler dans une relative indifférence générale pendant de longues années.

Parmi les différents problèmes qui ont été portés devant notre Cour suprême à propos de cette disposition, l'un des plus importants a été celui de la compatibilité avec la garantie d'impartialité des tribunaux de systèmes qui

227 «Constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and with the covenants and treaties Romania is a party to.»

autorisent des interventions successives d'un même magistrat à des titres divers dans une même cause pénale. Le Tribunal fédéral a pendant longtemps jugé le système du cumul admissible au regard de la garantie offerte par l'art. 58 Cst. féd.[228] La jurisprudence des organes de Strasbourg l'a toutefois conduit à modifier sa manière de voir. Tenant compte en particulier de l'arrêt *De Cubber* de la Cour européenne des droits de l'homme[229], les juges fédéraux sont maintenant d'avis qu'une loi d'organisation judiciaire qui prévoit que le même juge instruit la cause, décide le renvoi en jugement et siège ensuite comme membre du tribunal chargé de juger l'affaire n'est pas conforme à l'art. 6 al. 1er CEDH et, partant, à l'art. 58 Cst. féd.[230]

De même, la solution consistant à imposer la charge des frais de procédure à une personne qui a bénéficié d'un classement, d'un non-lieu, d'un acquittement ou de la prescription a pendant longtemps été considérée par le Tribunal fédéral comme parfaitement conforme à la Constitution. Dans l'arrêt *Minelli*[231], la Cour de Strasbourg a cependant jugé que la présomption d'innocence se trouve méconnue si, sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu et sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Cet arrêt a provoqué un revirement de la jurisprudence de notre Cour suprême. Celle-ci est maintenant d'avis que la mise des frais à la charge de l'inculpé acquitté n'est licite que lorsqu'il existe un lien de causalité entre sa conduite et les frais qui en sont résultés. En d'autres termes, la mise des frais de justice à la charge d'un inculpé acquitté ou au bénéfice d'une décision de non-lieu de tout ou partie des frais de procédure n'est conforme à l'art. 6 al. 2 CEDH qu'à la condition que cette mesure ne se fonde pas sur des estimations liées à une appréciation de la culpabilité au sens pénal du terme[232]. Ici aussi, le revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral a été directement dicté par celle des juges de Strasbourg.

Mais c'est probablement le droit au respect de la vie familiale qui a donné lieu à l'une des jurisprudences les plus intéressantes du Tribunal fédéral de ces dernières années. Se fondant sur l'art. 8 CEDH, tel qu'interprété par les organes de Strasbourg, notre Cour suprême a modifié sa pratique antérieure et affirmé qu'un étranger marié avec une Suissesse dont le permis de séjour

228 ATF 104 Ia 271; ASDI 1981, p. 315.

229 Cour eur. D.H., arrêt du 26 octobre 1984, Série A, vol. 86.

230 ATF 112 Ia 290 (arrêt de principe). Cet arrêt a par la suite été confirmé par une jurisprudence constante; voir en particulier, ATF 120 Ia 82, 120 IV 227.

231 Cour eur. D.H., arrêt *Minelli* du 25 mars 1983, Série A, vol. 62.

232 ATF 109 Ia 162 (arrêt de principe). Cet arrêt a par la suite été confirmé par une jurisprudence constante; voir par exemple les arrêts reproduits dans RSDIE 1997, pp. 524–25.

n'est pas renouvelé peut, à certaines conditions, intenter un recours de droit administratif[233].

Ici aussi, les exemples pourraient être multipliés[234]. Ceux qui viennent d'être donnés suffisent à montrer que les Cours suprêmes ne sont plus les interprètes ultimes des constitutions étatiques. A plus d'une reprise, en effet, le Tribunal fédéral, à la suite d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, a donné des dispositions de notre Constitution une interprétation différente de celle qu'il avait toujours privilégiée et condamné des institutions qu'il tenait auparavant pour admissibles. Dans tous ces cas, les arrêts de la Cour de Strasbourg ont été la cause directe de revirements dans l'interprétation de notre Charte fondamentale.

IV. Les effets des arrêts de condamnation sur l'autonomie des juridictions suprêmes nationales

Plus encore que les points qui ont fait l'objet des développements précédents, les effets des arrêts de condamnation prononcés par un tribunal international sont particulièrement illustratifs de la situation d'assujettissement dans laquelle se trouvent désormais les juridictions suprêmes nationales.

Non seulement celles-ci doivent-elles adapter leur jurisprudence aux décisions internationales, mais elles peuvent être tenues de réviser des arrêts qu'elles ont précédemment rendus.

On sait que les décisions des organes de Strasbourg n'ont pas, par rapport à une décision interne définitive, d'effet cassatoire (art. 52 et 53 CEDH; art. 44 et 46 Prot. add. n° 11). La Cour n'est pas habilitée à annuler les décisions prises par les instances nationales. Elle ne peut que constater une éventuelle incompatibilité entre un acte étatique et les obligations qui découlent pour l'Etat de la Convention européenne des droits de l'homme. Au moment de son adoption, la reconnaissance d'un effet cassatoire aurait été jugée inacceptable sous l'angle de la souveraineté des tribunaux internes. Cet état de choses a pour conséquence que les jugements internes demeurent en

233 ATF 109 Ib 183 (arrêt de principe). Cet arrêt a été confirmé par une jurisprudence constante, appelée «Reneja-Praxis»; voir par exemple ATF 122 II 289; 122 II 385. Voir ALFRED KOLLER, «Die Reneja-Praxis des Bundesgerichts, ein Rechtsprechungsbericht», ZBl 1985, p. 513 ss et DANIEL THÜRER, «Familientrennung durch Staatsgrenzen?», in: Festschrift für CYRIL HEGNAUER, Berne 1986, p. 573.

234 Ainsi, alignant sa jurisprudence sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 10 CEDH (arrêts *Barthold* du 25 mars 1983, Série A, vol. 90 et *Casado Coca* du 24 février 1994, Série A, vol. 285-A), le Tribunal fédéral admet désormais que la liberté d'expression s'applique également à la publicité commerciale. Voir ATF 120 Ib 142.

vigueur, même s'ils ont été jugés contraires à la Convention, et doivent en principe être exécutés (autorité de chose jugée, *res judicata*).

Mais en ratifiant la Convention européenne les Etats se sont engagés à considérer comme obligatoires les décisions prises par les organes que celle-ci institue et à effacer les conséquences de sa violation (art. 32 al. 4, 53 et 54 CEDH; art. 46 Prot. add. n° 11)[235].

Ils disposent à cet égard des moyens traditionnels offerts par le droit international. Ils peuvent par exemple octroyer des indemnités pour réparer le préjudice matériel ou moral subi (art. 50 CEDH; art. 41 Prot. add. n° 11). Toutefois, pour remédier à certaines violations des droits de l'homme, une réparation pécuniaire peut dans certains cas se révéler insuffisante, voire inefficace. Tel serait le cas si un jugement pénal entré en force, et non contesté sur le fond, recelait un vice de procédure. Il en irait également ainsi d'une personne qui exécuterait une peine à la suite d'un jugement pénal rendu au mépris des règles de l'art. 6 CEDH. Le seul moyen de réparer de manière satisfaisante de telles violations est d'aménager, au niveau interne, les conditions de recevabilité de procédures de révision, de manière à permettre, le cas échéant, la réouverture du procès[236]. C'est ce que fait l'art. 139a OJ, entré en vigueur le 15 février 1992[237]. Cet article prévoit que les jugements de la Cour de Strasbourg constatant une violation de la Convention européenne sont un motif permettant de demander la révision d'un arrêt du Tribunal fédéral.

Le premier et, pour le moment, le seul cas d'application de cette disposition[238] est constitué par un arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 24 mars 1994[239]. Dans un premier arrêt, rendu le 21 juin 1988, les juges de Lucerne avaient statué de manière définitive en défaveur d'une assurée dont la rente d'invalidité avait été réduite. Ils avaient justifié le droit de la requérante à une rente partielle en se fondant sur le fait que l'expérience démontre qu'en principe les femmes mariées interrompent leur activité professionnelle à la naissance de leur premier enfant et ne la reprennent que plus tard. Le

---

235 Voir le Message du Conseil fédéral du 29 mai 1985 concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, FF 1985 II, p. 869 et 961. Voir aussi JÖRG POLAKIEWICZ, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Berlin 1993, p. 121 et GEORG RESS, «Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionsorgane», EuGRZ 1996, p. 350.

236 FF 1985 II 869.

237 Voir MARK E. VILLIGER, p. 157, surtout note 157 et JEAN-FRANÇOIS POUDRET, p. 201. Voir également JEAN-FRANÇOIS POUDRET et SUZETTE SANDOZ, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1992.

238 Dans l'ATF 123 I 283, le Tribunal fédéral a refusé d'entrer en matière sur une demande de révision au titre de l'art. 139a OJ, au motif que l'indemnité allouée au recourant par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernait déjà le dommage causé par la violation de la Convention ainsi que les frais de procédure.

239 ATF 120 V 150.

Tribunal fédéral des assurances en avait déduit que la requérante aurait renoncé à un emploi même si elle n'avait pas eu les problèmes de santé qui étaient à l'origine de la rente.

Par arrêt du 24 juin 1993[240], la Cour européenne des droits de l'homme, saisie de l'affaire, a relevé que le jugement du Tribunal fédéral des assurances était constitutif d'une infraction à l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 6 CEDH. L'administration et l'appréciation des preuves à la base de l'arrêt de la juridiction de Lucerne comportait en effet une discrimination fondée sur le sexe; l'hypothèse relative à la cessation d'activités des femmes devenues mères avait constitué l'unique base de la motivation de l'arrêt et avait introduit une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe, laquelle manquait de justification objective et raisonnable.

Se fondant sur cet arrêt de la Cour de Strasbourg, la recourante a saisi le Tribunal fédéral des assurances, afin d'obtenir la révision du jugement qui l'avait condamnée à tort quelques années auparavant.

Estimant que les conditions permettant de demander la révision du procès, telles que prévues à l'art. 139a OJ, étaient remplies, les juges de Lucerne ont annulé leur premier arrêt, et jugé à nouveau l'affaire dans le sens des considérants de l'arrêt de la Cour européenne, donnant ainsi raison et satisfaction à la recourante, en particulier en lui octroyant une rente d'invalidité complète[241].

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral des assurances a d'abord reconnu que la Suisse se trouvait dans l'obligation, découlant du droit international, de procéder à une *restitutio in integrum*, c'est-à-dire de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se trouverait si le premier arrêt n'avait pas entraîné une violation de la Convention:

> «Der Gerichtshof hat demnach das Verfahren ausgesetzt, um dem für die Konventionsverletzung verantwortlichen Staat Gelegenheit zu geben, darauf nach eigenem Landesrecht zu reagieren. Dabei unterliegt der Staat der völkerrechtlichen Verpflichtung, für eine *restitutio in integrum* besorgt zu sein, d. h. den Betroffenen ungeschmälert in diejenige Lage zu vesetzen, in welcher er sich ohne Konventionsverletzung befände.»[242]

La haute juridiction a ensuite reconnu que le fondement même sur lequel reposait son premier arrêt avait été remis en cause par la Cour de Strasbourg, et que le dispositif de l'arrêt de cette dernière était déterminant pour la procédure de révision:

> «Das zu revidierende, formell und materiell rechtskräftige Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 21. Juni 1988 griff verändernd im Sinne von Art. 41 IVG in ein Dauerschuldverhältnis zwischen der Invalidenversicherung und der Gesuchstellerin

240 Cour eur. D.H., arrêt *Schuler-Zgraggen*, Série A, vol. 263.
241 ATF 120 V 150.
242 *Idem.*

ein. Grundlage dieser Änderung bildete die Tatsache, dass die Gesuchstellerin nicht mehr wie früher als Erwerbstätige, sondern als Hausfrau beurteilt wurde. Die Beweiserhebung und -würdigung wiederum, auf welchen diese Beurteilung fusste, hielt der Gerichtshof für geschlechtsdiskriminierend und also konventionswidrig. Damit ist der beanstandeten Beurteilung der Boden entzogen.»[243]

Mais la substitution d'autres motifs à ceux qui avaient fondé leur premier arrêt ne pouvait que conduire les juges de Lucerne à l'annulation de leur premier arrêt et à son remplacement par un nouveau jugement, conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

«Soll der Weg zu einer materiellen Neubeurteilung des Rechtsverhältnisses freiwerden, muss deshalb das Urteil vom 21. Juni 1988, wie mit dem ersten Revisionantrag anbegehrt, als Ganzes aufgehoben werden (Art. 144 Abs. 1 OG). ... Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht: In Gutheissung des Revisionsgesuches wird das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 21. Juni 1988 aufgehoben. In Gutheissung der um die im Revisionsgesuch gestellten materiellen Anträge erweiterten Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist, werden der Entscheid der Rekurskommission Uri für die AHV/IV/EO vom 6. August 1987 und die Verfügung der Ausgleichskasse ... vom 21. März 1986 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass die Gesuchstellerin ab 1. Mai 1986 Anspruch auf eine ganze Invalidenrente hat.

Der Antrag auf Zusprechung von Verzugszinsen wird, soweit er sich gegen die Eidgenössiche Invalidenversicherung richtet, abgewiesen; im übrigen wird darauf nicht eingetreten.»[244]

Ainsi, même si les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont dépourvus d'effet cassatoire, l'obligation dans laquelle se trouvent les tribunaux internes d'aligner leur jurisprudence sur la sienne[245], voire de réviser leurs propres arrêts, les place, par rapport à elle, dans une situation d'assujettissement incontestable. Dans ces conditions, il est légitime de se poser la question suivante: les Cours suprêmes sont-elles encore suprêmes?

La réponse paraît bien devoir être négative si l'on constate que, de plus en plus, le fonctionnement même de ces cours, y compris les Cours constitutionnelles, est soumis au respect de certaines règles internationales.

---

243 *Idem.*

244 *Idem.*

245 Le Tribunal fédéral des assurances avait modifié sa jurisprudence sur la question qui avait fait l'objet de son premier arrêt dès que la Commission européenne des droits de l'homme avait déclaré recevable la requête de Madame Schuler-Zgraggen. A la suite d'un deuxième arrêt de la Cour eur. D.H. (arrêt *Schuler-Zgraggen* du 31 janvier 1995, Série A., vol. 305-A), il a encore modifié sa jurisprudence sur les intérêts moratoires. Voir Conseil de l'Europe, Résolution DH (95) 95 relative aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 juin 1993 et du 31 janvier 1995 dans l'affaire *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, adoptée par le Comité des Ministres le 7 juin 1995.

V. Le contrôle international du fonctionnement des Cours suprêmes

Depuis un certain temps, l'organisation et le fonctionnement des Cours suprêmes n'échappe plus à l'emprise du droit international. A partir des années quatre-vingt, la Cour de Strasbourg s'est en particulier prononcée en faveur de l'application aux cours constitutionnelles des principes internationaux du procès équitable[246].

Pourtant, lorsqu'ils ont ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats étaient loin d'imaginer que l'art. 6 par. 1 CEDH s'appliquerait un jour à ces cours[247]. A première vue, en effet, dès lors que cette disposition ne s'applique pas aux litiges qui relèvent du droit public, les procédures se déroulant devant des juridictions constitutionnelles ne devraient pas tomber dans le champ d'application de cette disposition. L'évolution de la jurisprudence des organes de Strasbourg dément cependant cette affirmation.

Au début, il est vrai, les organes de Strasbourg considéraient que, de par sa nature, le contentieux constitutionnel relève du droit public et est, pour cette raison, soustrait au champ d'application des règles du procès équitable[248].

Le premier tournant jurisprudentiel a été opéré par l'arrêt *Deumeland*[249], où la Cour s'est prononcée, sous l'angle de l'exigence du délai raisonnable, en faveur de l'applicabilité de l'art. 6 par. 1er CEDH à des procédures de contrôle de constitutionnalité susceptibles d'influer sur l'issue de litiges civils. Appliquée d'abord aux cas où la phase constitutionnelle constituait l'étape ultime du procès, cette jurisprudence a par la suite été appliquée aussi aux décisions prises par les Cours constitutionnelles dans le cadre de procédures préjudicielles[250].

---

246 GIORGIO MALINVERNI, Procès équitable, p. 389.

247 Voir par ex. la prise de position du Gouvernement allemand dans l'affaire *Ruiz-Mateos* soumise à la Cour eur. D.H., arrêt du 23 juin 1993, Série A, vol. 262, par. 5.

248 Req. n° 8410/78, *X. c. RFA*, décision du 13 décembre 1979, DR 18, p. 222; n° 8142/78, *X. c. Autriche*, décision du 10 octobre 1979, DR 18, p. 99; n° 8954/80, *Association X. c. RFA*, décision du 15 octobre 1981, DR 26, p. 194; n° 10807/84, *K. c. Suisse*, décision du 4 décembre 1984, DR 41, p. 245; Cour eur. D.H., arrêt *Buchholz* du 6 mai 1981, Série A, vol. 42, p. 15, par. 47–48; arrêt *Sramek* du 22 octobre 1984, Série A, vol. 84, p. 17, par. 35.

249 Cour eur. D.H., arrêt du 29 mai 1986 A/100. Voir également les arrêts *Poiss* du 23 avril 1987 Série A, vol. 117, p. 103, par. 52 et *Bock* du 29 mars 1989 Série A, vol. 150, p. 18, par. 37.

250 Cour eur. D.H., affaire *Ruiz-Mateos* du 23 juin 1993, Série A, vol. 262, par. 36.

Limitée au début à l'exigence de la célérité du procès, elle a été étendue à d'autres garanties du procès équitable, par exemple au principe de l'égalité des armes[251], et, de manière générale, aux garanties du procès équitable[252]. La Cour de Strasbourg considère désormais qu'une procédure relève de l'art. 6 CEDH, «même si elle se déroule devant une juridiction constitutionnelle, si son issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère civil»[253]. S'agissant de l'exigence de célérité du procès, un Etat peut désormais se voir condamner même si seule la durée de la procédure devant la Cour constitutionnelle a dépassé un délai raisonnable[254].

Conclusion

Les lignes qui précèdent montrent que, par rapport aux organes internationaux, les Cours suprêmes et les Cours constitutionnelles nationales sont désormais placées dans une situation de subordination, alors qu'elles exercent des fonctions somme toute très semblables aux leurs.

Plus que jamais, les instances internationales apparaissent comme une quatrième instance venant se superposer aux juridictions suprêmes nationales[255], qui apparaissent de moins en moins comme suprêmes.

Les instances européennes, surtout celles de Strasbourg, s'impliquent désormais directement et ouvertement dans le contrôle du respect du droit international par les juridictions constitutionnelles elles-mêmes. Les pas franchis par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence récente sont indicatifs de sa volonté d'exercer à leur égard un véritable contrôle hiérarchique.

Dans ces conditions, il devient de plus en plus difficile de parler du système de la Convention européenne des droits de l'homme comme d'un système de second degré par rapport aux systèmes constitutionnels nationaux. De nombreux signes laissent au contraire apparaître que le lien entre justice consti-

---

251 *Idem.*

252 Cour eur. D.H., arrêt *Kraska* du 19 avril 1993, Série A, vol. 254-B, par. 24.

253 *Idem.*

254 Cour eur. D.H., arrêt *Gerhard Süssmann* du 16 septembre 1996, Recueil 1996 – IV N° 15, p. 1171, par. 39–40; arrêt *Pammel* du 1er juillet 1997, Recueil 1997 – IV N° 40, p. 1036, par. 50 ss; arrêt *Probstmeier* du 1er juillet 1997, Recueil 1997 – IV N° 40, p. 1123, par. 47 ss.

255 Tout récemment, dans un arrêt du 1er juillet 1997, la Cour européenne des droits de l'homme s'est qualifiée de «juridiction de dernière instance». Voir Cour eur. D.H., arrêt *Pammel* du 1er juillet 1997, (note 254), par. 68.

tutionnelle nationale et justice européenne «tend à une structuration de type quasi fédéral»[256].

L'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 11 va encore renforcer le rôle de la Cour de Strasbourg, qui pourrait ainsi bel et bien devenir, à terme, une véritable Cour constitutionnelle européenne[257].

Chapitre IV
L'inéluctable érosion des droits du peuple

L'internationalisation du droit a une incidence non seulement sur les institutions de l'Etat, mais également sur les droits du peuple. Celle-ci se manifeste principalement par un rétrécissement du champ opératoire de la démocratie directe (I). Il est dès lors permis de se demander si ce «déficit démocratique» peut en quelque sorte être compensé par une extension du référendum conventionnel (II) ou s'il serait préférable de s'acheminer vers de nouvelles formes de démocratie directe (III).

I. L'incidence du droit international sur le champ opératoire de la démocratie directe

A. Démocratie directe et droit international général

Dans un chapitre précédent, nous avons déjà eu l'occasion d'examiner comment l'influence toujours grandissante du droit international est venue restreindre le droit d'initiative populaire. Consacrant une pratique récente de l'Assemblée fédérale, l'art. 129 du projet de réforme totale de la Constitution fédérale (projet B) dispose en effet que l'initiative ne doit pas violer les règles impératives du droit international.

Des limitations plus marquées encore devraient certainement être acceptées en cas d'adhésion de la Suisse à l'Union européenne, comme l'ont déjà révélé les travaux entrepris en vue de l'entrée dans l'Espace économique européen.

---

256 Francesco Cocozza, p. 722; voir aussi Olivier Jacot-Guillarmod, Le juge suisse, p. 259.

257 Voir, sur cette problématique, Jean-François Flauss, La Cour européenne, pp. 69 ss.

B. Démocratie directe et droit européen

1) Les expériences faites avec l'EEE

Le traité EEE prévoyait que, dès son entrée en vigueur, la législation communautaire devrait être reprise par les Etats membres de l'AELE (reprise de l'acquis communautaire). En Suisse, l'ensemble de ces actes communautaires, qui étaient annexés au traité, auraient dû, dans la mesure où ils contenaient des dispositions directement applicables, être soumis au référendum en vertu de l'art. 89 al. 3 lit. c Cst. Mais comme ces actes devaient être repris par la totalité des Etats membres de l'AELE, un vote négatif du peuple suisse aurait empêché la nouvelle réglementation d'entrer en vigueur également pour les autres Etats. Une telle éventualité aurait pu mettre la Suisse dans une situation très embarrassante vis-à-vis des autres Etats de l'AELE[258].

Il fallait également que les lois fédérales contraires au droit européen soient modifiées avant l'entrée en vigueur de l'accord. Mais on devait à tout prix éviter que, après avoir accepté l'accord, le peuple suisse refuse, à l'occasion d'autres scrutins, les modifications nécessaires à une harmonisation de notre législation avec cet accord[259].

Dans ces conditions, nos autorités se sont alors demandées si la soumission au référendum du traité EEE lui-même pouvait les dispenser d'exposer à la consultation populaire les modifications législatives qu'il impliquait (paquet Eurolex). Dans son message, le Conseil fédéral avait préconisé d'adopter, dans l'arrêté d'approbation de l'accord EEE, une disposition transitoire (art. 20 DT) par laquelle le Parlement se verrait autorisé à entreprendre les modifications de la législation fédérale qu'impliquait l'entrée en vigueur du traité, sans que celles-ci soient soumises au référendum[260]. Certaines adaptations de notre ordre juridique étaient en effet à tel point postulées par le droit communautaire qu'il fallait admettre que ceux qui approuvaient l'accord EEE les acceptaient également. Par un seul vote, celui sur l'accord EEE, le peuple aurait accepté à la fois l'accord lui-même et les modifications législatives nécessaires (Eurolex).

Cette solution présentait l'avantage d'éviter plusieurs votes successifs qui auraient pu être, entre eux, contradictoires, et dont certains seraient de toute manière demeurés sans effet en raison de la primauté du droit européen.

Pareille procédure aurait certes eu pour conséquence de réduire le champ du référendum. La seule façon de ne pas le faire aurait alors été d'organiser des référendums sur les lois avant le référendum sur l'accord. Une telle

---

258 Voir Message du 18 mai 1992, FF 1992 IV 89, ch. 5.41.

259 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'EEE, p. 795.

260 FF 1992 IV 89, ch. 5.41.

démarche aurait toutefois eu pour conséquence de retarder le vote sur l'accord et aurait mis nos autorités dans une situation difficile face aux autres Etats membres de l'AELE. Pour des raisons de temps, il était impossible d'organiser selon la procédure législative ordinaire les révisions des lois pour le moment de l'entrée en vigueur de l'accord EEE. En outre, des scrutins populaires négatifs sur les lois auraient probablement conduit nos autorités à renoncer à l'accord. Notre pays aurait perdu une partie de sa crédibilité internationale[261].

La solution préconisée par le Conseil fédéral présentait l'avantage d'être politiquement cohérente. Elle partait de l'idée que l'on ne pouvait pas vouloir les avantages découlant d'une participation à l'EEE sans en assumer les conséquences. L'exclusion du référendum pour les modifications des lois formant le «paquet Eurolex» trouvait sa justification dans le fait que, en acceptant l'accord, le peuple et les cantons acceptaient implicitement que les lois soient soustraites au référendum et, surtout, dans la nécessité d'observer les obligations conventionnelles contractées[262].

Si elle présentait l'avantage de la cohérence politique, la solution préconisée par le Conseil fédéral n'était cependant pas très conforme à notre tradition démocratique. En effet, s'ils acceptaient l'accord EEE, les citoyens devaient accepter, en même temps, et en bloc, toutes les lois du paquet Eurolex, sans pouvoir faire de choix[263].

On se souvient que, pour cette raison, le Parlement adopta finalement une autre solution. Au lieu d'écarter complètement le référendum, comme le préconisait le Conseil fédéral, l'art. 20 DT adopté par les Chambres prévoyait un référendum *a posteriori*. Le Parlement aurait donc pu, sans le concours du peuple, adopter les lois requises par le nouveau traité, mais le peuple aurait pu, à l'occasion d'un référendum, rejeter ces lois alors qu'elles étaient déjà en vigueur[264].

2) *Démocratie directe et UE*

Tout le monde s'accorde pour reconnaître que l'entrée de la Suisse dans l'Union européenne serait accompagnée d'un «déficit démocratique» non négligeable. Aucune initiative populaire ne pourrait en effet être lancée dans les domaines qui relèvent de la compétence de l'Union. Le droit de référendum, facultatif et obligatoire, serait également affecté dans la mesure où nos autorités ne pourraient plus légiférer dans les matières qui sont déjà régies

261 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'EEE, p. 795.
262 D'un avis différent, ANDREAS AUER, Adaptations, pp. 18–21.
263 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'EEE, p. 811.
264 Arrêté fédéral du 9 octobre 1992, FF 1992 VI 53.

par le droit communautaire. Des données chiffrées ont même été calculées. On a évalué à environ 15% le nombre de référendums et d'initiatives qui ne seraient plus possibles si la Suisse était actuellement membre de l'UE[265].

Ces chiffres ont été considérés comme trompeurs[266]. Ils doivent en tout cas être pondérés. Les lois soumises au référendum n'ont en effet pas toutes la même importance. Il convient donc de voir quelles matières seraient, partiellement ou totalement, soustraites au scrutin populaire. De toute façon, il est évident que les pourcentages calculés sont destinés à augmenter au fur et à mesure de l'accroissement des compétences communautaires.

a) Les limites au droit d'initiative populaire imposées par le droit européen

Contrairement aux initiatives qui émanent d'une autorité (art. 93 al. 1er et al. 2 et 102 ch. 4 Cst. féd.), les initiatives populaires doivent en principe être soumises par le Parlement au vote du peuple et des cantons, à moins que celui-ci n'ait un motif pour les déclarer nulles. Bien que la Constitution soit muette sur ce point, on peut imaginer que l'Assemblée fédérale déclarerait nulle toute initiative populaire qui serait incompatible avec les engagements internationaux découlant de l'adhésion à l'UE, comme elle le fait déjà, même dans le silence des textes, pour des initiatives contraires au *jus cogens*. Le motif invocable serait ici celui de la primauté du droit européen[267].

Même si elle était acceptée par le peuple et les cantons, une initiative contraire à une règle communautaire directement applicable ne saurait de toute façon en empêcher l'application dès lors que la seconde prime l'ensemble du droit interne, y compris celui de rang constitutionnel. La seule question qui se poserait dans pareille hypothèse serait celle de savoir s'il vaut la peine de soumettre ce type d'initiatives au vote populaire ou s'il ne serait pas préférable de les déclarer nulles pour éviter de mobiliser inutilement les électeurs, pour un scrutin qui n'aurait de toute façon aucune portée pratique[268]. Une initiative qui viserait à abroger une loi d'exécution d'une directive et proposerait une autre réglementation, conforme à la directive, devrait en revanche être considérée comme valable[269].

---

265 Voir DIETRICH SCHINDLER, Auswirkungen, p. 18; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Démocratie, pp. 68–69; THIERRY TANQUEREL, p. 205; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'EEE, p. 806; FF 1988 II 357/58.

266 ANDREAS AUER, Démocratie directe, p. 380.

267 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'EEE, p. 805; DIETRICH SCHINDLER, Verfassungsrecht, p. 39; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Démocratie, p. 64; THIERRY TANQUEREL, p. 200; ANDREAS AUER, Démocratie directe, pp. 391–392.

268 JEAN-FRANÇOIS-AUBERT, L'EEE, p. 806.

269 *Idem,* p. 805.

b) Les limites au droit de référendum imposées par le droit européen

Les limites au droit de référendum imposées par le droit européen varient selon que la législation européenne revêt la forme de la directive ou celle du règlement.

ba) Les directives

Aux termes de l'art. 189 al. 3 traité UE, «la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens».

Les directives – actes non directement applicables – s'adressent aux Etats et créent à leur charge des obligations de résultat. Les Etats doivent donc adopter, dans le délai qu'elles fixent, toutes les règles internes de mise en oeuvre dont elles prescrivent l'élaboration. Ils disposent à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Le référendum conserve dans ce cas tout son sens, dès lors qu'un certain choix est laissé au législateur national, avec lequel le peuple peut ne pas être d'accord[270]. Si le peuple rejette un projet de loi, le Parlement peut en proposer un autre, qui, tout en étant conforme à la directive, corresponde mieux à la volonté populaire.

Toutefois, même dans ce cas, le référendum n'aura pas une très grande portée, car, dans la pratique, les directives contiennent souvent des dispositions assez précises, de sorte que la loi interne ne contiendra que des règles de détail. Le peuple ne pourra donc pas se prononcer sur les règles essentielles, qui se trouvent dans la directive, acte communautaire soustrait à tout référendum.

De surcroît, notre procédure référendaire n'est pas adaptée à ce genre de situation. La directive doit en effet être mise en oeuvre dans un certain délai. Or l'organisation d'une consultation populaire est incontestablement un facteur de ralentissement qui risquerait d'exposer notre pays au reproche de ne pas honorer ses engagements internationaux[271]. Pour éviter cet inconvénient, il a été proposé de substituer à notre système actuel (référendum successif) un système consistant à soumettre au peuple, simultanément, diverses solutions, toutes conformes au droit européen, et de lui demander d'opérer un choix (référendum simultané)[272].

---

270 Ulrich Zimmerli, p. 62; Jean-François Aubert, L'EEE, p. 802; Thierry Tanquerel, p. 198.

271 Thierry Tanquerel, p. 199.

272 Jean-François Aubert, L'EEE, p. 802.

Pour respecter les exigences temporelles fixées par la directive, une autre solution, plus radicale, consisterait à habiliter le Parlement à adopter des lois non soumises au référendum[273].

bb) Les règlements

Aux termes de l'art. 189 al. 2 du traité UE, «le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre».

Le règlement étant directement applicable, il supplante d'emblée les règles internes qui lui sont contraires. Celles-ci doivent donc être impérativement modifiées, sans qu'aucune marge de manoeuvre soit laissée au Parlement. Dans ce cas, le référendum n'a plus de sens. En effet, même si la modification législative était rejetée en votation populaire, le règlement européen devrait en toute hypothèse être appliqué[274]. Ainsi, chaque fois que le législateur adapte le droit interne au droit européen directement applicable, par exemple en abrogeant une loi ou en la modifiant, ces adaptations devraient intervenir par des actes soustraits au référendum.

En conclusion, une adhésion de la Suisse à l'UE entraînerait une redéfinition des droits populaires. Toute initiative contraire au droit européen devrait être déclarée nulle. Le référendum sur les modifications législatives rendues nécessaires pour adapter notre législation au droit européen directement applicable n'aurait plus de sens. Quant aux lois qui mettent en oeuvre des directives, elles demeureraient exposées au référendum, mais celui-ci ne pourrait pas porter sur les règles les plus importantes, qui se trouvent dans la directive elle-même.

II. Une compensation illusoire: l'extension du référendum conventionnel

Comme on vient de le voir, le principe de la primauté du droit international – et singulièrement du droit communautaire – entre en conflit direct avec le principe démocratique. Personne ne conteste en effet que le droit international est adopté selon des procédures moins démocratiques que le droit interne. Si cette affirmation est exacte pour le droit conventionnel, elle l'est davantage encore pour le droit international dérivé, ou secondaire. L'internationalisation

273 Aldo Lombardi, Verwirklichung, p. 736.

274 Jean-François Aubert, L'EEE, p. 803; Ulrich Zimmerli, p. 63; Aldo Lombardi, Verwirklichung, p. 736.

du droit s'accompagne donc d'un déficit démocratique. Concrètement, les problèmes qui se posent sont au nombre de deux.

D'abord, on peut s'interroger sur l'utilité du référendum législatif dès lors que, en vertu du principe de la primauté du droit international, un traité, non soumis, par hypothèse, au référendum, pourra déroger à la loi acceptée en votation populaire. La suprématie du droit international fait incontestablement perdre au référendum législatif une partie de sa portée.

Ensuite, s'agissant des traités soumis au référendum (art. 89 al. 3 à 5 Cst. féd.), il est permis de s'interroger sur l'utilité d'avoir, le cas échéant, deux consultations populaires successives, la première sur le traité et la seconde sur la loi qui le concrétisera.

On l'aura compris, la source des difficultés provient de l'absence de parallélisme entre référendum législatif et référendum conventionnel. Alors que toutes les lois sont exposées au référendum (art. 89 al. 1 Cst. féd.), seule une infime partie de traités est soumise à cette procédure.

A. Une solution possible: le parallélisme entre loi et traité

Pour tenter de résoudre les problèmes issus de cette absence de coïncidence, les solutions proposées ont consisté, de manière générale, à étendre le référendum en matière de traités internationaux en se fondant sur les analogies pouvant exister entre règles de droit interne et règles de droit international. A partir du moment où un traité remplit la même fonction qu'une loi, il n'y a pas lieu de le soustraire au référendum alors qu'elle y est soumise. Plus récemment, pour tenir compte du fait que, de plus en plus souvent, les lois ne font qu'exécuter les traités, on a proposé de soumettre au référendum ces derniers, qui se trouvent en amont de processus législatif, et de soustraire au vote populaire les lois d'exécution. Il n'y a à cela rien d'étonnant. Dans notre pays, la méthode à laquelle l'on a toujours eu recours pour légitimer démocratiquement une réglementation internationale a en effet invariablement consisté dans l'application des institutions de démocratie directe aux traités internationaux. Introduit dans notre ordre juridique en 1921, le référendum conventionnel a été considérablement étendu lors d'une révision constitutionnelle de 1977. Cet élargissement a été motivé par le fait que de plus en plus de matières, traditionnellement réglementées par des lois, sont aujourd'hui régies par des traités. Le principe du parallélisme devait permettre d'éviter que le référendum législatif ne soit contourné par la conclusion de traités internationaux.

Après l'introduction du référendum conventionnel en 1921 et son extension en 1977, le projet de réforme totale de la Constitution de 1996 représente

la troisième étape du développement des possibilités de participation du peuple à la conclusion de traités internationaux.

Pour suivre le rythme de l'intensification des relations internationales et l'importance toujours croissante du droit international, l'art. 131 b) du projet B (réforme des droits populaires) prévoit en effet que, outre les traités qui sont actuellement déjà soumis au référendum facultatif, à savoir ceux qui sont d'une durée indéterminée et qui ne sont pas dénonçables, ceux qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale et ceux qui entraînent une unification multilatérale du droit (art. 89 al. 3 lettres a) à c) Cst. féd., les citoyens pourront également se prononcer sur les traités «dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales ou d'arrêtés fédéraux de portée générale qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux particuliers» (art. 131 b) al. 1er lettre d).

Contrairement aux traités mentionnés à l'art. 89 al. 3 lettre c) Cst. féd., ceux que vise cette disposition ne sont pas des traités *self-executing*, mais, bien au contraire, des traités qui requièrent une mise en oeuvre par l'adoption de lois internes[275]. L'art. 131 b) al. 1er lettre d) précise cependant que seuls sont soumis au référendum les traités qui requièrent une transposition en droit national au moyen de lois formelles. Ne sont donc pas concernés les traités susceptibles d'être concrétisés par voie d'ordonnance[276]. En outre, seuls sont exposés au référendum les traités dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales ou d'arrêtés fédéraux de portée générale qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux particuliers. La disposition proposée prend ainsi «comme étalon l'intérêt des citoyens»[277].

La raison de l'extension proposée est double. D'une part, permettre au peuple de s'exprimer sur une nouvelle catégorie de traités, dont certains peuvent être importants, et donc de combler, au moins en partie, le fameux «déficit démocratique». D'autre part, éviter le risque de décisions contradictoires susceptibles de compromettre la crédibilité internationale de la Suisse. En effet, selon la réglementation actuellement en vigueur, certains engagements internationaux peuvent être soumis au vote du peuple à deux reprises: d'abord par le biais du traité lui-même, s'il entre dans la catégorie de ceux qui sont exposés au référendum, facultatif ou obligatoire; ensuite, indirectement, une seconde fois, dans la mesure où les lois d'exécution de ces traités sont elles-mêmes soumises au référendum législatif. Il pourrait ainsi arriver que le traité soit accepté, mais pas la législation d'exécution. Plus souvent encore, il peut arriver que les citoyens n'aient pas la possibilité de se

275 FF 1997 I 480.
276 *Idem.*
277 *Idem.*

prononcer sur le traité lui-même, s'il ne tombe pas dans les catégories visées à l'art. 89 al. 3 à 5 Cst. féd., tandis qu'ils peuvent s'opposer à son application en refusant la loi d'exécution[278].

En contrepartie de l'extension du référendum conventionnel, le projet de révision totale prévoit la possibilité d'inclure, dans l'arrêté d'approbation du traité international, les modifications législatives requises par la mise en œuvre du traité et de présenter l'ensemble au scrutin populaire, en partant de l'idée que traité et législation d'exécution forment un ensemble indissociable («solution globale» ou «multipack»)[279]. L'art. 131 c) dispose en effet que «lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est soumis au référendum obligatoire ou au référendum facultatif, l'Assemblée fédérale peut y intégrer les modifications de lois liées à la mise en oeuvre du traité». Le but de cette disposition est de réduire le risque de décisions incohérentes ou contradictoires[280]. Si une demande de référendum aboutit, le peuple s'exprime sur l'ensemble, soit sur la ratification du traité international et sur les modifications législatives qui y sont liées.

L'idée de base de la réglementation projetée est double: d'une part, permettre aux citoyens de se prononcer sur un engagement international le plus tôt possible, à savoir déjà sur le texte qui constitue le point de départ de la procédure législative; d'autre part, soumettre au référendum «tous les traités internationaux importants»[281] et renforcer ainsi la légitimation démocratique de la politique extérieure[282].

B. Critique: l'antinomie entre démocratie directe et relations internationales

La réglementation proposée en matière de référendum conventionnel présente une cohérence incontestable. Il est certainement préférable de refuser d'emblée un traité que de l'accepter et de rejeter ensuite la loi d'application. Elle permet d'éviter un double référendum, avec le risque que celui-ci ne soit lancé au moment inopportun.

Il n'empêche que, même s'il va moins loin que l'avant-projet de 1995, le projet de réforme de la Constitution introduit une extension considérable du référendum en matière de traités internationaux, inspirée par une logique purement interne. Les institutions de démocratie directe ont en effet été

278 *Idem*, pp. 477–78.
279 *Idem*, pp. 481 et 483.
280 *Idem*, p. 478.
281 *Idem*.
282 *Idem*, p. 483.

conçues pour permettre au peuple de se prononcer sur les affaires intérieures, avant tout au niveau local et régional. Dans les quelques autres Etats de la planète qui ont vu se développer de telles institutions, c'est essentiellement à ce niveau que celles-ci ont pris pied. Aux Etats-Unis, par exemple, elles sont florissantes dans bon nombre d'Etats, mais inexistantes au niveau de la Fédération[283].

Il est dès lors permis de s'interroger sur l'opportunité de transposer les instruments de démocratie directe, conçus pour fonctionner au niveau local et national, dans un contexte complètement différent, celui des relations internationales, où les acteurs sont d'abord les Etats, et accessoirement seulement les individus[284]. Dans la quasi-totalité des Etats, des votations populaires sur des questions de politique étrangère n'ont d'ailleurs lieu, probablement pour cette raison, qu'exceptionnellement, et uniquement à propos de questions d'importance capitale.

En outre, la volonté d'établir un parallélisme entre lois et traités ne tient pas compte de la spécificité des seconds. Il est d'abord illusoire de penser que les particuliers peuvent exercer sur les traités la même influence qu'ils exercent sur les lois. Les traités sont en effet négociés lors de conférences internationales, au cours desquelles un équilibre entre les intérêts divergents des Etats participants doit être trouvé. Déjà au stade de l'élaboration, la procédure de consultation, appliquée aux projets de lois, n'est tout simplement pas concevable pour les traités. Les différents acteurs politiques ne peuvent exercer que peu d'influence sur leur contenu. Ils ne peuvent que les accepter ou les refuser en bloc, ou se prononcer sur l'opportunité de les assortir de réserves.

Ensuite, en tout état de cause, l'influence que peut exercer la population d'un seul Etat sur le contenu d'un traité ne saurait être que minime. Si le peuple refuse un traité, il est impossible de le renégocier, comme on peut refaire une loi. Les autres Etats ne s'y prêteraient pas[285]. Le refus, par le peuple, d'accepter un traité peut donc placer les autorités politiques dans une situation difficile.

L'élargissement du référendum conventionnel a donc comme conséquence de rendre plus difficile la conclusion des traités et peut même conduire à une paralysie de la politique étrangère. Si l'on ne peut plus affirmer, comme par le passé, que la politique étrangère est une prérogative de l'Exécutif, tant elle est désormais liée à la politique intérieure, il importe tout de même d'éviter

---

283 Voir ANDREAS AUER, Le référendum et l'initiative populaires aux Etats-Unis, Bâle 1989.

284 DIETRICH SCHINDLER, Zwischenstaatliche Interdependenz, p. 285. Voir également RAIMUND GERMANN, «Pour une Constitution fédérale ‹euro-compatible›», RDS 1990 I, p. 1.

285 DIETRICH SCHINDLER, Zwischenstaatliche Interdependenz, p. 288.

qu'une participation trop importante du peuple n'ait pour effet de réduire à l'excès la marge de manoeuvre des gouvernants[286]. Le référendum conventionnel n'est-il pas le principal responsable de l'isolement toujours croissant dans lequel se trouve aujourd'hui notre pays?

III. Vers de nouvelles formes de démocratie?

L'importance croissante du droit international, de même que l'insertion de notre pays dans un tissu toujours plus dense de relations internationales, sont des facteurs qui entraînent inévitablement un «déficit démocratique»; les initiatives contraires au *jus cogens* sont désormais nulles; il en ira de même de celles qui iront à l'encontre du droit communautaire. Quant au référendum, il ne pourra plus porter sur les matières faisant l'objet de la législation européenne, en tout cas pas lorsque celle-ci est directement applicable.

Face à cette situation, outre l'extension du référendum conventionnel, on a préconisé un recours plus fréquent aux arrêtés de l'art. 7 LRC, soustraits au référendum, ou des délégations législatives plus importantes au profit du Conseil fédéral[287], en constitutionnalisant au besoin plus systématiquement ces techniques[288]. Afin d'assurer l'entrée de la Suisse dans l'EEE, on est même allé jusqu'à proposer, par la voie d'une initiative populaire, de soustraire cet accord au référendum sur les traités internationaux[289]. Toutes ces propositions sont révélatrices du malaise qui existe entre démocratie directe et relations internationales.

Pour surmonter ces difficultés, il faut se remémorer que les institutions de démocratie directe ne sont pas immuables. Elles n'ont pas revêtu la forme qu'elles ont aujourd'hui depuis le début de notre Etat fédéral. La démocratie directe a été une acquisition progressive. C'est au fil des ans que les droits populaires se sont développés. Le référendum législatif a été introduit en 1874; l'initiative populaire pour la révision partielle de la Constitution seulement en 1891; le référendum résolutoire en matière législative en 1949 et le référendum conventionnel en 1921 et en 1977.

---

286 ARNOLD KOLLER, Direkte Demokratie, p. 14.

287 ANDREAS AUER, Démocratie directe, p. 388; HEINRICH KOLLER, Umsetzung p. 830.

288 ULRICH ZIMMERLI, pp. 63–64.

289 Initiative populaire «Pour notre avenir au coeur de l'Europe», FF 1994 II 143, FF 1995 IV 827. Cette initiative propose l'adoption d'un art. 20 (nouveau) DT, dont l'al. 2 prévoit que «le Conseil fédéral est autorisé à négocier, conclure et ratifier» les traités nécessaires à l'entrée de la Suisse dans l'EEE. Selon cette disposition, le Parlement, le peuple et les cantons ne seraient donc plus appelés à se prononcer sur l'accord EEE.

Les institutions de démocratie directe doivent donc être adaptées aux nouveaux défis et il faut nous faire à l'idée que certains référendums et certaines initiatives deviendront juridiquement et politiquement impossibles. C'est le prix à payer, le sacrifice à consentir si l'on veut bénéficier des avantages qu'offre en retour la participation à la vie des organisations internationales.

Et puis, si les institutions de démocratie directe telles que nous les connaissons se révèlent être inadaptées, on peut en imaginer d'autres. En vue de l'adhésion de la Suisse au traité sur l'EEE, alors que le Conseil fédéral proposait tout simplement de soustraire au référendum les modifications législatives requises par l'adaptation de notre législation à l'acquis communautaire, le Parlement a fini par proposer un modèle de référendum successif, qui aurait eu lieu *a posteriori*.

Dans le cas des lois de mise en oeuvre des directives communautaires, un auteur illustre a suggéré qu'elles pourraient être exposées au référendum selon un mode simultané, consistant à soumettre au peuple les diverses solutions qui sont compatibles avec le droit européen et à lui demander d'opérer un choix[290]. On peut également concevoir des formes de référendum «subséquent» ou «constructif», qui n'auraient pas d'effet suspensif ou abrogatoire direct[291].

Toutefois, force est de constater que, même avec de telles innovations, le choix du peuple ne portera le plus souvent que sur des règles de détail, les options fondamentales se trouvant dans la directive qui est, elle, soustraite au vote populaire. Toutes ces propositions ne permettront donc pas véritablement au peuple de s'opposer à un acte normatif.

Alors, si les institutions de démocratie directe se révèlent être inadaptées au droit international, d'autres formes de participation démocratique aux prises de décisions internationales devront être trouvées.

On peut songer à hisser la participation du peuple à un niveau supérieur, européen ou international. Un référendum européen n'est, pour l'heure, que difficilement imaginable. Mais on pourrait concevoir que les actes adoptés par les organisations internationales s'inspirent de textes préparés par des organes élus démocratiquement au sein des Etats membres ou que ces organes participent à l'élaboration de ces textes. Cela se produit d'ailleurs déjà au sein de certaines organisations internationales. Une meilleure solution encore consisterait à élire démocratiquement les organes qui prennent des décisions au niveau international[292].

---

290 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'EEE, p. 802.

291 *Idem,* pp. 812–813.

292 DIETRICH SCHINDLER, Zwischenstaatliche Interdependenz, p. 289.

Conclusion

La primauté du droit international et du droit européen, l'applicabilité directe de certaines de leurs normes et l'obligation dans laquelle se trouvent les Etats de mettre en oeuvre dans de brefs délais celles qui ne sont pas directement applicables sont tous des facteurs qui ne manquent pas de peser sur les institutions de démocratie directe. On est bien obligé de constater que celles-ci s'accommodent mal des règles de droit posées internationalement.

L'extension du référendum conventionnel, conçue comme un remède au «déficit démocratique», se heurte à des limites que nous nous sommes efforcé de mettre en lumière et dont le Conseil fédéral semble lui-même avoir pris conscience, si l'on compare l'art. 124 de l'avant-projet de révision totale de 1995, qui établissait un parallélisme presque intégral entre lois et traités[293], et le projet de 1996, qui est, à cet égard beaucoup plus modeste.

Il faut se rendre à l'évidence. Il est illusoire de croire que l'on peut favoriser l'ouverture de notre pays sur le monde et sur l'Europe par une extension des droits populaires. Il est préférable d'admettre plutôt que tout processus d'intégration implique une redéfinition des droits populaires dans les domaines visés par l'intégration. Toute tentative de déjouer cette évidence par une extension illusoire des droits populaires est vouée à l'échec[294].

L'intégration européenne a pour conséquence que la Suisse doit s'adapter et restreindre, sur certains points, la démocratie directe. Ce n'est qu'à ce prix que son intégration à l'Europe sera possible[295]. Le prétendu «déficit démocratique» n'est d'ailleurs que la traduction d'une diminution des prérogatives étatiques que tous les Etats perdent au moment de leur entrée dans des structures supranationales[296].

---

293 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 478/79. Favorable à un parallélisme absolu, ETIENNE GRISEL, pp. 447–48.

294 DIETRICH SCHINDLER, Kritische Bemerkungen, p. 40.

295 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'EEE, pp. 804–806; ANDREAS AUER, Die Schweizerische Demokratie, p. 153; ASTRID EPINEY, Primat, p. 561; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechts- und Demokratiedefizite, p. 105; DANIEL THÜRER, Schweizer Verfassungsordnung, pp. 88–93.

296 THIERRY TANQUEREL, p. 194.

Chapitre V
L'amenuisement de l'autonomie des cantons

L'insertion des Etats dans un ensemble plus vaste qui les englobe a des incidences particulières auprès de ceux d'entre eux qui sont déjà dotés d'une structure composite, comme les Etats fédéraux et régionaux. D'une manière générale, le droit international contribue à remettre en cause les équilibres définis par les Constitutions fédérales en matière de répartition des compétences, dans le sens de la centralisation (I). Mais le déficit que subissent les entités fédérées ne se mesure pas uniquement à la perte, purement quantitative, de leurs compétences. Alors qu'elles participent traditionnellement à la formation et à la mise en oeuvre du droit fédéral, elles sont en principe exclues du processus d'élaboration de la règle internationale (II). Rien d'étonnant, dans ces conditions, que l'histoire constitutionnelle des Etats fédéraux européens ait été marquée, ces dernières années, par des tentatives des collectivités fédérées de récupérer les compétences dont elles ont été expropriées (III).

I. La remise en cause, par le droit international, des équilibres définis par les Constitutions fédérales

Le fédéralisme est un principe dynamique et l'équilibre fédéral en perpétuelle mutation. Les tendances centrifuges succèdent aux mouvements centripètes, à la recherche constante d'une répartition optimale des tâches étatiques entre le centre et la périphérie[297]. Si la recherche de cet équilibre s'avère être délicate déjà d'un point de vue strictement constitutionnel, le droit international vient compliquer les choses par l'adjonction, aux étages régional[298] et fédéral, d'un troisième niveau de pouvoir. Cette intrusion déséquilibre la balance dans le sens d'une centralisation des matières régionales (B). Mais celle-ci n'est que la conséquence de l'antinomie existant entre intégration et autonomie régionale (A).

A. L'antinomie entre intégration et autonomie régionale

L'adhésion d'un Etat à une organisation internationale implique qu'une partie non négligeable des compétences exercées par les autorités nationales soit

297 Voir, parmi d'autres, DIETER FREIBURGHAUS, p. 24.

298 L'adjectif «régional» est utilisé dans le présent chapitre pour qualifier les entités fédérées d'Etats fédéraux.

transférée à des organes supranationaux. Dans le cas des Etats fédéraux, aux niveaux dont ils sont composés vient s'en ajouter encore un autre, qui les chapeaute[299].

Dans ces Etats, le transfert de compétences à une autorité supranationale affecte évidemment aussi les pouvoirs des entités fédérées, et ceci à un double point de vue. En premier lieu, il entraîne un appauvrissement quantitatif de leurs compétences. Ensuite, dès lors que, dans les Etats fédéraux, la compétence dans le domaine des affaires extérieures appartient traditionnellement à l'Etat central, dans la mesure où les transferts de compétence consentis à une organisation supranationale concernent des matières qui sont du ressort des collectivités décentralisées, celles-ci se voient également dépossédées de compétences que la Constitution leur reconnaît pourtant.

Ainsi, si l'intégration est caractérisée par un amenuisement graduel des pouvoirs des institutions nationales au profit des organismes intégrés, ce phénomène ne concerne pas uniquement le niveau national, mais tout autant les collectivités régionales, qui risquent de se voir imposer des obligations par des règles de rang supérieur à l'élaboration desquelles elles n'auront pas pu concourir[300]. L'«européisation» de certains domaines de l'activité traditionnelle des Etats implique une perte de compétences pour les entités fédérées.

Il existe donc, entre intégration et autonomie régionale, si ce n'est une véritable antinomie, du moins une tension certaine, car ces deux phénomènes obéissent à des logiques différentes. Alors que l'autonomie régionale a notamment pour but de rapprocher le pouvoir du citoyen, l'intégration implique un transfert de compétences vers des centres de décision qui sont plus éloignés de lui[301].

L'appartenance à une communauté supranationale affecte l'autonomie régionale dans une mesure bien plus importante que la participation à des organisations internationales traditionnelles. Les moyens qu'ont les collectivités régionales d'influencer les décisions prises au niveau supranational se trouvent d'abord considérablement réduits du fait de l'existence d'organes supérieurs qui échappent au contrôle des Etats eux-mêmes, chaque fois que

---

299 DANIEL THÜRER, Kantone, p. 772; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Fédéralisme, p. 3; DIETRICH SCHINDLER, Föderalismus, p. 193. Voir, de manière générale, HELMUT STEINBERGER/ECKART KLEIN/DANIEL THÜRER, «Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft», VVDStRL 1991, pp. 9 ss, 56 ss et 97 ss; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, Droit international et droit communautaire, p. 317.

300 RENAUD DEHOUSSE, p. 694.

301 *Idem*, p. 694. Voir également, J.H.H. WEILER, «Parlement européen, intégration européenne, démocratie et légitimité», in: J.-V. LOUIS/D. WAELBROECK (éd.), Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle, Institut d'études européennes, Bruxelles 1988, pp. 325–348 et DIETER FREIBURGHAUS, pp. 33–34.

les votes y sont pris à la majorité[302]. Dans ces cas, le droit de veto des Etats ne permet plus de maîtriser l'extension des compétences législatives des organes communautaires et de sauvegarder les intérêts des collectivités fédérées.

Le risque d'empiétement dans les compétences régionales, qui revêtait autrefois un caractère plutôt théorique, est devenu aujourd'hui bien réel. Les derniers traités européens, comme l'Acte unique ou le traité de Maastricht, ont en effet poussé vers la centralisation, notamment en conférant aux organes supranationaux des compétences dans des domaines qui relèvent traditionnellement de la sphère régionale, comme la culture ou la protection de l'environnement.

L'autonomie régionale se trouve encore affectée par l'existence de normes directement applicables et bénéficiant d'une primauté absolue sur le droit national. Par ses effets juridiques, le principe de la primauté du droit communautaire ouvre ainsi la porte à des empiétements sur les compétences des autorités nationales, mais également des collectivités régionales.

Les risques qui guettent l'autonomie des régions sont accrus par le fait que les traités communautaires ignorent en principe l'articulation interne des compétences, dans un Etat fédéral ou régional, entre le centre et la périphérie, au point que l'on a pu forger, pour décrire ce phénomène, l'expression imagée «Landesblindheit»[303].

Même si le traité sur l'Union européenne prend désormais en compte l'existence des collectivités régionales dans une plus grande mesure que ne le faisaient les traités fondateurs des Communautés[304], celles-ci continuent à être, principalement, les simples destinataires du droit communautaire, chargées, comme telles, de sa mise en oeuvre. Même le traité de Maastricht ne leur a en effet pas conféré la qualité de sujets du droit communautaire. Les vrais acteurs sur la scène communautaire continuent à être les seuls Etats membres[305].

Après ces considérations générales, il peut être utile d'examiner dans quelle mesure le droit international a affecté les compétences cantonales ou pourrait le faire dans l'hypothèse d'une adhésion de notre pays à l'Union européenne.

---

302 RENAUD DEHOUSSE, p. 695.

303 Voir HANS PETER IPSEN, «Als Bundesstaat in der Gemeinschaft», in: Festschrift Walter Hallstein, 1966, pp. 248, 256; WOLFGANG BURTSCHER, p. 715 et et BLAISE KNAPP, p. 441.

304 Voir MARTIN ZBINDEN, pp. 91 ss et ASTRID EPINEY, Die Pflicht, pp. 69 ss.

305 MANFRED ZULEEG, p. 1330; TORSTEN STEIN et MICHAEL SCHWEITZER, pp. 41 et 56.

B. La centralisation dictée par le droit international

Dans l'ensemble, l'entrée de la Suisse dans l'Union européenne affecterait les cantons dans une mesure moindre que la Confédération. Les principales compétences dévolues aux organes communautaires sont en effet, actuellement, du ressort de cette dernière.

Certaines compétences cantonales seraient néanmoins touchées. On peut citer le droit de séjour et d'établissement des étrangers, le droit fiscal, l'accès aux hautes écoles, la reconnaissance des certificats de capacité pour l'exercice de certaines professions, l'harmonisation des normes techniques dans plusieurs domaines, l'acquisition d'immeubles par les étrangers, etc.[306]

Dans tous ces domaines, les cantons devront aligner leur réglementation sur les normes européennes.

Mais la perte d'autonomie des cantons ne doit pas être mise en rapport uniquement avec le processus d'intégration dans le cadre de l'Union européenne. D'autres règles internationales oeuvrent dans le même sens. Parmi les nombreux exemples qui pourraient être donnés, nous nous limiterons à en mentionner un, qui nous paraît être particulièrement illustratif: la proposition d'unifier le droit de procédure, telle qu'elle figure aux art. 113 et 114 du projet C (réforme de la justice) de révision de la Constitution fédérale.

Au nombre des motifs qui ont conduit le Conseil fédéral à s'écarter du compromis entre droit de fond et droit de procédure que consacrent aujourd'hui les art. 64 et 64bis Cst. féd., les considérations tirées du droit international jouent un rôle de premier plan.

Ainsi, s'agissant de la proposition d'unifier la procédure pénale, notre Exécutif relève que la jurisprudence des instances de Strasbourg relative aux art. 5 et 6 CEDH a déjà conduit à une certaine unification de fait des règles du procès pénal, en imposant des exigences minimales tant en matière de procédure que dans le domaine de l'organisation de la poursuite. Il serait plus aisé – poursuit le message – de réaliser des adaptations de notre législation aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme si celles-ci nécessitaient la révision d'un seul plutôt que de 27 codes de procédure pénale[307]. Plus loin, notre Exécutif relève fort opportunément que «à une époque où la criminalité et les poursuites pénales s'internationalisent, la mosaïque de nos droits de procédure s'avère particulièrement anachronique»[308], et que si la procédure était unifiée il serait

306 DIETER SCHINDLER, Auswirkungen, pp. 6, 12, 13; DANIEL THÜRER, Kantone, p. 774; BLAISE KNAPP, p. 446; JAAC 1989, n° 55.

307 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 522/23.

308 *Idem*, p. 523.

plus aisé de fournir des informations claires et précises en réponse à des demandes de renseignements émanant d'autres pays ou d'organismes internationaux, ce que le morcellement actuel du droit de procédure ne permet guère de faire[309].

Des raisons analogues plaident en faveur d'un abandon des particularismes cantonaux en matière de procédure civile. Face à une Europe qui s'efforce d'harmoniser les droits de procédure nationaux, il devient anachronique qu'un petit Etat comme la Suisse veuille maintenir 27 codes dans ce domaine. La Convention de Lugano a entraîné l'unification en Europe de chapitres entiers de cette procédure, en matière de compétence judiciaire, de litispendance, de reconnaissance et d'exécution de jugements civils[310]. Si, en 1898, au moment de l'adoption de l'art. 64 Cst. féd., il était raisonnable de laisser aux cantons le soin de réglementer la procédure, «cela n'est plus compatible, de nos jours, avec la tendance à constituer des espaces économiques plus vastes»[311].

II. L'absence de participation des entités fédérées à l'élaboration et à la mise en oeuvre du droit supérieur

Le déficit que subissent les collectivités régionales du fait de leur insertion dans un ensemble plus vaste ne se mesure pas exclusivement en termes quantitatifs, par le décompte des domaines dans lesquels elles perdent leurs compétences. Le droit international et l'intégration les affectent également en leur qualité d'organes de l'Etat fédéral, appelés à participer à la formation du droit supérieur et à sa mise en oeuvre. La perte subie à cet égard par les entités fédérées concerne en effet aussi bien la phase ascendante, celle relative à l'élaboration du droit supérieur, que la phase descendante, celle de son exécution.

Actuellement, les cantons sont associés, selon des modalités variées, à l'élaboration du droit fédéral. Toute une palette d'institutions leur offre la possibilité de participer à la formation de la volonté fédérale[312]. Chaque révision totale ou partielle de la Constitution requiert l'approbation de la majorité du peuple et des cantons (art. 123 Cst. féd.); il en va de même de la ratification de tout traité prévoyant l'entrée de notre pays dans une organisation supranationale ou de sécurité collective (art. 89 al. 5 Cst. féd.) et de

309 *Idem.*
310 *Idem,* pp. 524–525.
311 *Idem,* p. 524.
312 Voir, pour plus de détails, ALDO LOMBARDI, Mitwirkungsrechte, pp. 208 ss.

l'approbation des arrêtés fédéraux urgents qui dérogent à la Constitution (art. 89bis al. 1er et 3 Cst. féd.). Le bicamérisme égalitaire (art. 92 1re phrase Cst. féd.) permet aux cantons de faire valoir leur point de vue dans l'une des deux chambres du Parlement. Ceux-ci bénéficient en outre du droit d'initiative (art. 93 al. 2 Cst. féd.) et de référendum (art. 89 Cst. féd.). Leur droit de participation s'exerce déjà au niveau préparlementaire de la procédure de consultation[313].

Sous toutes ces formes, la participation des cantons à la formation de la volonté fédérale viendrait naturellement à disparaître, dans l'hypothèse d'une adhésion de la Suisse à l'UE, pour l'ensemble des matières qui seraient attribuées aux organes communautaires. Selon les traités institutifs de l'Union, les entités composantes d'un Etat fédéral ne participent en effet pas à la formation de la volonté communautaire. Elles ne sont d'ailleurs pas, en tant que telles, représentées au sein de ces organes et n'ont pas un droit d'accès à la Cour de justice pour défendre leurs propres intérêts.

Il existe bien un Comité des Régions (art. 198 A) – 198 C) du Traité UE); par ailleurs, les représentants des Etats fédérés ont la possibilité de faire partie du Conseil en tant que représentants de l'Etat membre (art. 146 du Traité UE)[314]. Mais toutes ces formes de participation ne sont pas comparables à celles dont bénéficient actuellement les cantons au sein de la Confédération.

Les prérogatives actuelles des cantons pourraient être amoindries à un autre point de vue, celui de l'exécution et de la mise en oeuvre du droit communautaire non directement applicable. En principe, c'est à eux que devrait incomber cette tâche dans les matières qui relèvent de leur compétence d'après le système de partage interne des pouvoirs (art. 3 Cst. féd.).

Il est toutefois permis de se demander si cette compétence de mise en oeuvre ne devrait pas revenir aux autorités fédérales plutôt qu'aux autorités cantonales. Une législation d'application au niveau fédéral semble d'abord s'imposer chaque fois que des solutions différenciées ne sont pas possibles. Par ailleurs, on sait que les directives communautaires fixent un délai pendant lequel le droit interne d'exécution doit être adopté. Dans ces délais, les 26 cantons devraient donc adopter la réglementation d'exécution requise, dont la conformité au droit européen devrait encore être vérifiée par les autorités fédérales.

---

313 Voir l'art. 4 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la procédure de consultation, RS 172.062.

314 Voir MICHELE SCUDIERO, p. 1030; ALBRECHT WEBER, p. 713; MEINHARD HILF, p. 16, MARTIN ZBINDEN, pp. 101 ss.

Un autre argument de poids semble plaider en faveur de la solution de la législation fédérale d'application: vis-à-vis des organes européens, ce ne sont pas les cantons, mais les autorités fédérales à être internationalement responsables[315].

A cet égard, le droit communautaire est, comme on l'a déjà relevé, «landesblind» et il ne distingue par conséquent pas entre Etat unitaire, Etat régional ou Etat fédéral. La Cour de Justice a précisé à cet égard qu'un Etat membre ne saurait se prévaloir des caractéristiques de son ordre juridique interne pour justifier le non-respect des obligations qui découlent pour lui du droit communautaire[316]. Si donc les cantons n'agissaient pas dans leurs domaines de compétence respectifs, c'est la Confédération qui devrait intervenir, par des instructions ou des mesures de substitution, pour éviter d'engager sa responsabilité internationale[317].

La solution la plus efficace sur le plan du respect des obligations internationales de la Suisse serait donc certainement d'investir les autorités fédérales de la tâche d'adopter les règles d'exécution du droit communautaire. Mais cette manière de procéder conduirait à une expropriation des compétences des cantons. Elle reviendrait en effet à faire passer dans le giron fédéral non seulement le pouvoir d'édicter les règles, mais également celui de définir les modalités de leur exécution dans des domaines de la compétence des cantons.

III. Les tentatives de récupération des compétences fédérées expropriées

Plusieurs remèdes peuvent être conçus pour compenser la perte de pouvoir des entités fédérées. Le premier est un frein à l'intégration par l'application du principe de subsidiarité (A). Le deuxième consiste à contrebalancer la perte d'autonomie des collectivités régionales en les associant à l'élaboration et à la mise en oeuvre du droit supérieur (B). Cette même autonomie peut enfin être récupérée par la revitalisation des régions et du régionalisme (C)[318].

---

315 DIETRICH SCHINDLER, Auswirkungen, p. 6.

316 Arrêt du 14.1.1988, RS 227–230/85, *Commission c. Belgique,* Rec. 1988, p. 1; voir DANIEL THÜRER, Durchführung, p. 429.

317 BLAISE KNAPP, p. 445.

318 RENAUD DEHOUSSE, p. 696.

A. Le principe de subsidiarité

«The nation-state is becoming too small for big problems of life and too big for the small problems of life.»[319]

Si l'on insiste souvent, et avec raison, sur la première vérité que contient cette affirmation, l'on a en revanche tendance à ne pas accorder l'attention qu'elle mérite à la seconde: par leur dimension ou par leur nature, certains problèmes peuvent trouver une meilleure solution sur le plan local ou régional qu'au niveau national ou international.

Le principe de subsidiarité, qui a maintenant trouvé sa consécration à l'art. 3B al. 2 du traité de Maastricht, devrait contribuer à rétablir un juste équilibre entre les niveaux d'intervention international, national et régional. Avec ce concept, l'idée de limites à l'intégration et à la supranationalité a en tout cas gagné une importance considérable.

Dans la répartition des tâches entre les différents niveaux de pouvoir, le principe de subsidiarité conduit à privilégier l'action au niveau le plus proche des citoyens[320], les autorités supérieures ne devant intervenir que lorsque les collectivités inférieures ne sont pas en mesure de résoudre, en raison de leur nature ou de leur ampleur, les problèmes auxquels elles sont confrontées[321].

La reconnaissance de la portée «constitutionnelle» du principe de subsidiarité par le traité de Maastricht devrait autoriser son invocation devant la Cour de Justice. Il est cependant permis d'avoir des doutes sur son effectivité, car la notion revêt une portée politique bien plus que juridique et se prête par conséquent mal à une application judiciaire. Le principe de subsidiarité part en effet de l'*a priori* que l'on peut distinguer, parmi les multiples fonctions qu'assume aujourd'hui l'Etat, celles qui, par leur nature, devraient demeurer l'apanage des autorités régionales et celles qui devraient être exercées à un niveau supérieur. On conviendra que ce n'est pas là une tâche aisée. D'un point de vue politique, le principe de subsidiarité constitue donc une ligne directrice utile en faveur de la décentralisation. Son utilité pratique en tant qu'instrument juridique est en revanche beaucoup plus limitée[322].

L'autre solution consiste alors à offrir aux entités fédérées la possibilité de faire entendre leur voix directement au niveau international. Mais la participation des régions aux mécanismes européens implique une modification de la conception traditionnelle du partage des compétences au sein des Etats

---

319 DANIEL BELL, «The World in 2013», in: Dialogue, n° 3 1988, cité par DIETER FREIBURGHAUS, p. 22.

320 L'art. A al. 2 du traité de Maastricht précise que les décisions doivent être prises «le plus près possible des citoyens».

321 RENAUD DEHOUSSE, p. 697.

322 *Idem*, pp. 700–701.

fédéraux. En d'autres termes, les constituants des Etats fédéraux doivent adopter des dispositions de nature à permettre aux entités fédérées de participer activement à l'action des organes étatiques, lesquels participent directement à l'exercice des attributions communautaires. Puisque la Communauté ne prend pas en compte les structures fédérales, il incombe aux Etats de trouver des solutions qui leur permettent de ne pas devenir des Etats unitaires de fait dans les domaines qui relèvent de la compétence de la Communauté[323].

B. Du fédéralisme dual au fédéralisme coopératif en matière de relations internationales

D'après notre charte constitutionnelle, qui remonte à la création de l'Etat fédéral, la politique intérieure et la politique étrangère sont assez nettement dissociées. C'est l'Etat central qui détient une sorte de monopole en matière de relations internationales (art. 8 Cst. féd.). Selon cette vision, encore «confédérale»[324] de la répartition des tâches, en assurant l'indépendance du pays vers l'extérieur, la Confédération devait permettre aux cantons de se consacrer entièrement aux affaires intérieures. Une cloison relativement étanche sépare donc les domaines de la politique intérieure et ceux de la politique internationale. Les rares matières dans lesquelles les cantons sont habilités à nouer des rapports avec l'étranger (art. 9 Cst. féd.) ne sont d'ailleurs pas de nature à mettre en péril la compétence prépondérante de la Confédération. Le constituant a d'ailleurs tenu à souligner que les compétences cantonales dans ces domaines ne sauraient s'exercer que si aucun intérêt supérieur de la Confédération ne s'y oppose (art. 10 Cst. féd.).

Ce cloisonnement rigide entre affaires intérieures et affaires internationales apparaît aujourd'hui bien désuet, dans un monde qui est désormais caractérisé par une imbrication très étroite entre la politique intérieure et la politique internationale, celle-ci n'étant bien souvent que le prolongement de celle-là. L'enchevêtrement des deux domaines d'intervention de l'Etat doit conduire, plutôt qu'à une dissociation, à une meilleure coordination des politiques cantonales et fédérale. A un fédéralisme dual, avec séparation stricte des niveaux de pouvoir, doit se substituer un fédéralisme coopératif aussi dans le domaine des relations internationales, traditionnellement réservé à la sphère fédérale. C'est l'expérience que vivent les Etats fédéraux européens.

---

323 BLAISE KNAPP, p. 449.

324 THOMAS PFISTERER, p. 544.

1) Les précédents étrangers

Les trois Etats fédéraux membres de l'Union européenne se sont dotés récemment de dispositions constitutionnelles destinées à sauvegarder les droits des entités qui les composent dans le domaine de la politique étrangère. L'Allemagne a joué à cet égard un rôle de pionnier. A l'occasion de la conclusion de l'accord de Maastricht et des nouveaux transferts de compétence qu'il contient, les *Länder* ont obtenu des compensations importantes qui sauvegardent une bonne partie de leurs droits[325].

L'art. 23 par. 1er GG dispose désormais que tout nouveau transfert de compétences à l'Union européenne doit être approuvé par une loi fédérale à la confection de laquelle doit obligatoirement participer le *Bundesrat*, chambre du Parlement qui représente les intérêts des *Länder*.

Ensuite, cette même chambre a obtenu d'être consultée avant que le Gouvernement fédéral n'arrête sa position sur une proposition communautaire portant sur une matière qui relève de la compétence des *Länder*. L'art. 23 par. 5 2e phrase GG dispose en effet que «wenn im Schwerpunkt Gesetzgebungsbefugnisse der Länder, die Einrichtung ihrer Behörden oder ihre Verwaltungsverfahren betroffen sind, ist bei der Willensbildung des Bundes insoweit die Auffassung des Bundesrates massgeblich zu berücksichtigen». Toute décision de l'Etat central au Conseil des Ministres est donc liée au vote du *Bundesrat*[326].

Enfin, aux termes de l'art. 23 par. 6 GG, lorsque, au Conseil des Ministres est en discussion une question qui touche les compétences exclusives des *Länder*, la sauvegarde des intérêts de la République fédérale doit être confiée par le *Bund* à un représentant des *Länder* nommé par le *Bundesrat*.

Cette révision de la Constitution de Bonn constitue bien une rupture par rapport au fédéralisme allemand traditionnel. Celui-ci n'admettait en effet pas, jusqu'ici, que la perte de pouvoir des *Länder* puisse être compensée par des compétences du Bundesrat. Il n'acceptait pas non plus que les *Länder* puissent représenter la République fédérale à l'extérieur. La solution de l'art. 23 GG donne l'impression que le constituant a dû céder face à deux

---

325 Voir MANFRED ZULEEG, pp. 1330 ss; TORSTEN STEIN/MICHAEL SCHWEIZER, pp. 41 ss et 56 ss. Voir également SIEGFRIED MAGIERA/DETLEF MERTSEN (éd.), Bundesländer und europäische Gemeinschaft, Berlin 1988; CHRISTIAN TOMUSCHAT, «Il federalismo tedesco», in: ALESSANDRO PACE (éd.) Quale, dei tanti federalismi?, Padova 1997, p. 207 et RUDOLF GEIGER, «Die Mitwirkung des deutschen Gesetzgebers an der Entwicklung der Europäischen Union: zur Auslegung des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG», Juristen-Zeitung 1996, p. 1093.

326 CHRISTIAN TOMUSCHAT, (note précédente), p. 210. Voir également la loi du 13 mars 1993 «Über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union.»

impératifs contradictoires: celui de l'intégration communautaire et celui de la sauvegarde des compétences des *Länder*[327]. On retrouve l'antinomie entre intégration et autonomie régionale dont il a été question plus haut.

L'art. 23 GG a servi de modèle au constituant autrichien[328]. Aux termes de l'art. 10 par. 3 de la Constitution, avant de conclure des traités qui requièrent des dispositions d'application de la part des *Länder* ou qui concernent des questions de leur compétence, les autorités fédérales doivent permettre à ceux-ci d'exprimer leur avis.

Par ailleurs, l'art. 23 d) par. 2 de la Constitution autrichienne dispose ce qui suit:

> «Liegt dem Bund eine einheitliche Stellungnahme der Länder zu einem Verfahren im Rahmen der Europäischen Union vor, das Angelegenheiten betrifft, in denen die Gesetzgebung Landessache ist, so ist der Bund bei Verhandlungen und Abstimmungen in der Europäischen Union an diese Stellungnahme gebunden. Der Bund darf davon nur aus zwingenden aussen- und integrationspolitischen Gründen abweichen. Der Bund hat diese Gründe den Ländern unverzüglich mitzuteilen.»

En Autriche aussi, donc, les *Länder* ont la possibilité d'être associés aux questions qui touchent à l'intégration européenne, puisque leur avis unanime lie le Gouvernement fédéral dans les négociations qui concernent les questions de leur compétence.

En Belgique enfin, l'art. 167 de la nouvelle Constitution de 1993 confère aux Communautés et aux Régions des compétences importantes dans le domaine des relations internationales[329] et leur permet d'être directement associées à l'élaboration des prises de position nationales.

---

327 Voir R. SCHOLZ, «Grundgesetz und europäische Einigung», NJW 1992, p. 2593; G.-B. OSCHATZ/H. RISSE, «Die Bundesregierung an der Kette der Länder», DöV 1995, p. 437; ULLA KALBFLEISCH-KOTTSPIERER, «Föderalismus und Regionalismus in Europa – die Europapolitik der deutschen Bundesländer», in: DIETER FREIBURGHAUS (éd.), Die Kantone und Europa, Berne 1994, p. 145 et GEORG RESS, «La participation des Länder allemands à l'intégration européenne», Revue française de droit constitutionnel 1993, p. 662.

328 HEINZ SCHÄFFER, «Il federalismo austriaco», in: ALESSANDRO PACE (éd.), Quale, dei tanti federalismi?, Padova 1997, pp. 172 ss; *idem*, «Österreichs Beteiligung an der Willensbildung in der Europäischen Union, insbesondere an der europäischen Rechtssetzung», Zeitschrift für öffentliches Recht 1996, pp. 3 ss; FRITZ STANDIGL, «Die Teilnahme der österreichischen Länder am europäischen Integrationsprozess», in: DIETER FREIBURGHAUS, Die Kantone und Europa, Berne 1994, p. 157.

329 Voir MICHEL LEROY, «Il federalismo belga», in: ALESSANDRO PACE (éd.), Quale, dei tanti federalismi?, Padova 1997, p. 101.

2) *Les projets en droit suisse*

Bien que notre pays ne fasse pas (encore) partie de l'Union européenne, la nécessité d'associer davantage les cantons aux décisions de politique étrangère s'est fait ressentir aussi chez nous ces dernières années.

C'est surtout en prévision de l'entrée de la Suisse dans l'EEE que le problème s'est posé. L'arrêté d'approbation du 9 octobre 1992 contenait un article 21 DT relatif à l'information, à la consultation et aux droits de participation des cantons[330].

Le rejet du projet EEE et, avec lui, de l'art. 21 DT, n'a pas fait oublier le problème de la participation des cantons à la politique étrangère de la Confédération. Bien au contraire, parfaitement conscient de l'importance du problème et de son urgence, le Conseil fédéral a adopté, peu de temps après le vote du 6 décembre 1992, un rapport sur la coopération transfrontalière et la participation des cantons à la politique étrangère[331].

Ces nouvelles tendances ont tout naturellement trouvé leur écho dans le projet de révision totale de la Constitution fédérale.

D'abord, l'art. 50 du projet A consacre constitutionnellement le principe même de la participation des cantons aux décisions de politique extérieure. L'al. 1er de cet article dispose en effet que «les cantons sont associés à la prise de décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels». Cette même disposition crée ensuite, à la charge de la Confédération, une obligation d'informer et de consulter les cantons. L'al. 2 de ce même article insiste sur le fait que «l'avis des cantons revêt un poids particulier lorsque leurs compétences sont affectées» et que, «dans ces domaines, les cantons sont associés de manière appropriée aux négociations internationales». Cette disposition ouvre ainsi la possibilité d'une éventuelle représentation des cantons au sein des délégations chargées des négociations[332]. L'al. 3 vise à sauvegarder les compétences des cantons dans la mise en oeuvre des obligations internationales contractées par la Suisse dans les domaines qui relèvent de la compétence des cantons.

L'art. 51 du projet reconnaît quant à lui aux cantons une compétence plus étendue que celle que lui reconnaît l'actuel art. 9 Cst. féd. En vertu de cette disposition, les cantons pourraient désormais conclure des traités avec l'étranger «dans les domaines relevant de leur compétence.» On semble donc

---

330 FF 1992 VI 54. Pour plus de détails, ALDO LOMBARDI, Mitwirkungsrechte, pp. 233 ss.

331 Rapport du 7 mars 1994, FF 1994 II 604. Voir également le récent message concernant la loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération, du 15 décembre 1997, FF 1998, N° 10, p. 953.

332 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 234.

s'acheminer vers un parallélisme entre compétences internes et compétences internationales[333].

Toutes ces dispositions consacrent ainsi des moyens de participation accrus des cantons dans le processus qui conduit à la conclusion et à la modification de traités internationaux.

C. L'émergence du régionalisme

Nous l'avons vu, dans tous les Etats, mais singulièrement dans les Etats fédéraux, l'intégration est un processus qui, sous des formes diverses, a pour effet d'affaiblir les collectivités régionales en tant qu'entités étatiques «du second degré». L'une des réactions à cette perte d'autonomie a pris la forme, ces dernières années, du régionalisme.

Bien que la notion de région se prête mal à une définition précise, on peut qualifier le régionalisme comme un mouvement politique qui vise à revitaliser l'importance et l'influence des collectivités subnationales du premier niveau, à leur faire prendre conscience de leur importance et de leur spécificité.

Les régions sont souvent des collectivités «historiques», qui ont préexisté à la création des Etats nationaux et qui s'y trouvent aujourd'hui incorporées. C'est par exemple le cas des régions italiennes ou espagnoles, des *Länder* allemands et des cantons suisses.

Parfois le régionalisme est le résultat d'un phénomène associatif, qui voit se regrouper des collectivités voisines même par-dessus les frontières des Etats: région lémanique, *regio basilensis*, etc.[334] Ici, la coopération transfrontalière qui s'instaure ne peut manquer, si ce n'est de remettre en cause le bien-fondé des frontières, du moins de souligner leur caractère souvent artificiel.

Le régionalisme est un phénomène qui se manifeste avec vigueur partout en Europe: depuis un certain temps déjà, la France a créé des régions et l'Italie semble vouloir s'acheminer sur la voie du fédéralisme. Même au Royaume-Uni, l'Ecosse et le Pays de Galles viennent de se doter de Parlements régionaux. Parfois, comme en Belgique avec la Constitution de 1993, le

333 En réalité, l'art. 51 du projet ne fait que consacrer dans un texte la pratique actuelle qui, comme on le sait, reconnaît déjà aux cantons la compétence pour conclure des traités non seulement dans les domaines visés à l'art. 9 Cst. féd., mais dans tous les domaines qui relèvent de leur compétence. Voir JAAC 51 (1987) n° 20, pp. 137–139, DIETRICH SCHINDLER, Commentaire de la Constitution, art. 9 ch. 4; JEAN MONNIER, pp. 162–166; ALDO LOMBARDI, Mitwirkungsrechte, p. 223.

334 Voir DANIEL THÜRER, Regionalismus, p. 55.

régionalisme prend la forme d'un fédéralisme dissociatif ou, comme en Espagne, d'un fédéralisme asymétrique.

L'union faisant la force, les régions, soucieuses de préserver leur autonomie face aux Etats nationaux et aux organisations internationales, ont tendance à se regrouper, pour mieux faire entendre leur voix. C'est ainsi que se sont créées de nombreuses associations de régions. On se limitera à mentionner, au niveau du continent, l'Assemblée des Régions d'Europe[335] et, plus près de nous, la Conférence des gouvernements cantonaux, qui s'est constituée le 8 octobre 1993[336].

Les moyens par lesquels les régions font entendre leur voix sont variés. Comme on l'a vu, au niveau interne, elles revendiquent un droit de participation dans le processus qui conduit à l'adoption de décisions internationales les affectant directement. Mais, parfois, elles interviennent directement sur la scène internationale. Ici aussi, les *Länder* allemands ont donné l'exemple en créant, auprès des Communautés européennes, des bureaux de liaison, sortes de représentations diplomatiques[337] d'où ils veillent à la sauvegarde de leurs intérêts.

Conclusion

L'histoire européenne depuis la fin de la deuxième guerre mondiale est marquée par la coexistence de deux mouvements opposés: d'un côté les avancées spectaculaires de l'intégration économique et politique; de l'autre, la résurgence des régions, longtemps demeurées dans l'ombre des Etats-nations. Le deuxième phénomène s'explique en grande partie comme une réaction au premier. Il est la conséquence de la centralisation et de l'amenuisement progressif des compétences régionales. Mais il est en même temps illustratif d'un processus de désagrégation des ordres étatiques. On a à cet égard avancé l'hypothèse d'une métamorphose possible de l'Europe des Nations en une Europe des Régions[338]. En tout cas, les deux mouvements décrits ci-dessus s'inscrivent dans une évolution plus générale qui se traduit par l'émergence de plusieurs centres de pouvoirs, d'une sorte de polyarchie. Peut-être la voie s'ouvre-t-elle vers un fédéralisme coopératif entre l'Europe,

335 Voir STEPHAN KUX, «Die Versammlung der Regionen Europas», in: DIETER FREIBURGHAUS (éd.), Die Kantone und Europa, Berne 1994, pp. 119 ss.

336 Voir BERNARD MÜNGER, «Die Konferenz der Kantonsregierungen», in: DIETER FREIBURGHAUS (éd.), Die Kantone und Europa, Berne 1994, p. 247. Voir également ANDREAS AUER, Neue Partnerschaft, pp. 137 ss.

337 MARTIN ZBINDEN, p. 92.

338 STEPHAN KUX, Die Versammlung der Regionen Europas, p. 142.

les Etats et les Régions. Une chose est certaine. Pris, comme entre le marteau et l'enclume, entre deux mouvements qui le compriment, l'un par le haut, l'autre par le bas, l'Etat est en train de perdre son monopole d'acteur unique sur la scène internationale.

IIe Partie
Les incidences de l'interdépendance sur la souveraineté externe

La première partie du présent rapport a été consacrée à l'examen de l'impact qu'exercent le droit international et le droit européen sur la souveraineté interne de notre pays. Dans une mesure certes variable, ceux-ci affectent, nous l'avons vu, les prérogatives de l'ensemble des organes de l'Etat. Mais les incidences de l'interdépendance se manifestent également sur la face externe de la souveraineté. Dans ce domaine, pendant plusieurs siècles, la neutralité a été considérée comme l'axe principal de notre politique étrangère, devant nous permettre de préserver notre indépendance. Elle a effectivement pleinement rempli ce rôle. Mais est-elle aujourd'hui encore une institution adéquate, dans un monde qui a subi de profondes transformations (Chapitre I)? Ou conviendrait-il plutôt d'avoir recours à d'autres moyens pour assurer notre indépendance et pour donner un souffle nouveau à notre politique extérieure (Chapitre II)?

Chapitre I
La neutralité rattrapée par la sécurité collective et par l'intégration européenne

La neutralité, qui nous a permis de préserver notre indépendance pendant des siècles, au coeur d'une Europe ensanglantée par des guerres fratricides, n'a jamais été considérée comme une fin en soi, mais simplement comme un instrument au service de cette indépendance (I). Il est par conséquent permis de se poser la question de savoir si elle constitue aujourd'hui encore le moyen le plus adéquat pour réaliser cet objectif, dans un monde où les conflits armés et les techniques de guerre se sont profondément modifiés, où la sécurité collective, consacrée par la Charte des Nations Unies, semble devenir de plus en plus une réalité et où notre pays, *nolens volens*, se trouve toujours plus enserré dans une Europe en voie de formation. La neutralité n'est-elle pas rattrapée par la sécurité collective et par l'intégration européenne (II)? Les expériences faites ces dernières années laissent en tout cas clairement apparaître que notre politique de la neutralité doit être sérieusement réorientée. S'il devait s'avérer que la neutralité constitue un obstacle à l'entrée de notre pays dans des systèmes lui permettant d'assurer encore mieux son indé-

pendance qu'elle ne le fait elle-même, il ne faudrait pas craindre de l'abandonner (III).

I. La neutralité au service de l'indépendance

En 1481, à la Diète de Stans, Nicolas de Flue conseillait aux confédérés de ne pas se mêler des querelles étrangères. Depuis cette époque, la neutralité est devenue, pour la plupart des Suisses et des Suissesses, le symbole de la souveraineté et de l'indépendance de leur pays. Un symbole presque mythique, aux yeux de certains auteurs «une sorte de tabou»[339].

Il est incontestable que la neutralité est étroitement liée à l'indépendance. Si elle ne figure pas à l'art. 2 de la Constitution, elle est en revanche mentionnée, à côté de l'indépendance, dans d'autres articles de notre Charte fondamentale. Ainsi, en des termes presque identiques, les art. 85 al. 6 et 102 al. 9 Cst. féd. chargent respectivement l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral de veiller au maintien de l'indépendance et de la neutralité de la Suisse.

Si elles sont intimement liées, neutralité et indépendance ne sauraient toutefois être placées sur un pied d'égalité. Bien au contraire, la première est au service de la seconde. Elle n'est qu'un moyen, parmi d'autres, permettant à la Suisse d'assurer son indépendance. Loin d'être une fin en soi, elle constitue un instrument pour atteindre un objectif, «l'indépendance de la patrie contre l'étranger» (art. 2 Cst. féd.)[340].

En 1847, lorsqu'elle fut saisie d'une proposition tendant à faire figurer la neutralité au nombre des buts de la Confédération, énumérés à l'art. 2 Cst. féd., la Diète s'y refusa, au motif que la neutralité «sei ein Mittel zum Zwecke; sie sei eine dermalen angemessen erscheinende politische Massregel, um die Unabhängigkeit der Schweiz zu sichern»[341]. La Diète poursuivit en affirmant qu'il était impossible de prévoir si, un jour, la neutralité devrait être abandonnée, dans l'intérêt même de l'indépendance de la Suisse[342].

---

339 CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 398; voir également ADRIAN SCHAUB, Aktuelle Aspekte, p. 353 et DANIEL THÜRER, Sicherheitspolitik, qui n'hésite pas à parler d'un concept mythologique de la neutralité. Voir également KASPAR VILLIGER, p. 179, qui parle aussi, à propos de la neutralité, de tabou.

340 CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 398.

341 Extrait du Recès de la Diète, cité par HANS-PETER BRUNNER, Neutralität, p. 38 et par CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 399. Voir également le Rapport du Conseil fédéral sur la neutralité du 29 novembre 1993, FF 1994 I 205, note 2.

342 *Idem;* voir également EDGAR BONJOUR, vol. I, p. 304.

Cette vérité fondamentale a été rappelée à plus d'une reprise, ces dernières années, par le Conseil fédéral:

> «Il faut ... se garder d'oublier que la neutralité n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'assurer l'indépendance de l'Etat.»[343]

Comme on le sait, la Suisse a observé une neutralité permanente de fait pendant trois siècles, depuis le début du XVIe siècle jusqu'en 1815. A cette date, très exactement le 20 novembre 1815, dans le cadre du Congrès de Vienne, la neutralité permanente de la Suisse a été proclamée par les grandes Puissances de l'époque, qui ont reconnu que cette neutralité servait aussi l'intérêt de l'Europe tout entière:

> «Les Puissances signataires reconnaissent authentiquement, par le présent acte, que la neutralité et l'inviolabilité de la Suisse et son indépendance de toute influence étrangère sont dans les vrais intérêts de la politique de l'Europe entière.»[344]

L'essor de la neutralité au XIXe siècle s'explique d'abord par l'existence d'un système international qui reposait sur la recherche de l'équilibre entre les Puissances. Dans l'architecture européenne de l'époque, la neutralité permanente était un facteur de stabilité. Il était donc dans l'intérêt du continent que le territoire helvétique, au coeur des Alpes et à la charnière entre le Nord et le Sud demeure, en raison de son importance stratégique, à l'écart de toute velléité belliqueuse[345].

Puisqu'elle rendait d'éminents services, la neutralité a pu être définie, puis codifiée dans les deux célèbres conventions de La Haye de 1907[346]. On sait que la neutralité permanente de la Suisse a ensuite été confirmée internationalement, après la première guerre mondiale, par le Traité de Versailles de 1919 (art. 435) et, une année plus tard, en 1920, lorsque, par la Déclaration de Londres, le SdN dispensait la Suisse de l'obligation de participer aux sanctions militaires mais non aux sanctions économiques[347].

Pendant toutes ces longues années, la neutralité a réussi à la Suisse. Certes, ce statut lui a-t-il imposé quelques restrictions à sa liberté de manoeuvre. Celles-ci n'étaient cependant pas lourdes, dès lors que la neutralité était accompagnée de la sécurité et de la paix. Mais qu'en est-il aujourd'hui?

---

343 Message du 5 février 1975 concernant la participation de la Suisse à l'accord relatif à un programme international de l'énergie, FF 1975 I 792. Voir également Rapport du Conseil fédéral sur la neutralité du 29 novembre 1993, FF 1994 I 214.

344 Acte du 20 novembre 1815 portant reconnaissance et garantie de la neutralité perpétuelle de la Suisse et de l'inviolabilité de son territoire. Ce texte est reproduit dans une lettre de la Direction du droit international public du Département fédéral des Affaires étrangères du 16 novembre 1995, reproduite dans RSDIE 1996, pp. 639–40, ch. 11.1.

345 CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 407.

346 RS 0.515.21 et 0.515.22.

347 FF 1920 I 351–352.

II. La neutralité à l'orée du troisième millénaire

A. Neutralité et guerre moderne

Au XIXe siècle, «âge d'or de la neutralité»[348], il ne pouvait y avoir entre deux Etats qu'état de guerre ou état de paix et l'on passait de l'un à l'autre par des actes de procédure: déclarations de guerre et traités de paix[349]. Le droit de la neutralité comprenait dès lors l'ensemble des règles qui s'appliquaient aux relations entre belligérants et Etats neutres. Les droits et les obligations de ces derniers ne prenaient naissance qu'à partir du moment où une guerre éclatait. A l'époque où il a été codifié, le droit de la neutralité avait en effet pour but de circonscrire clairement les zones des opérations militaires: les territoires des Etats neutres devaient en être exclus.

De nos jours, les problèmes de défense militaire se posent en des termes et à une échelle totalement différents de ce qu'ils étaient autrefois. Les circonstances qui ont permis à la neutralité de naître et de se développer ont donc profondément changé. D'abord, la différence entre temps de guerre et temps de paix s'est considérablement diluée. Ensuite, adaptée à une époque de conflits limités territorialement et politiquement, la neutralité souffre aujourd'hui de la «totalisation de la guerre moderne»[350].

La technologie moderne, l'apparition de la guerre aérienne, de la guerre électronique et des armes à longue portée ont en quelque sorte réduit l'espace stratégique. Il est désormais devenu illusoire de circonscrire la sécurité au territoire d'un seul pays. S'il est encore possible, à la rigueur, d'interdire le survol de l'espace aérien d'un Etat neutre par des aéronefs, tel n'est plus le cas pour les missiles à longue distance: «l'espace aérien du ‹neutre› semble condamné à faire désormais partie du champ de bataille»[351].

En raison des coûts qu'elle entraîne, une défense antimissiles devant s'appuyer sur des satellites d'observation ne semble être à la portée que de quelques grandes puissances, ou alors d'alliances militaires. Ce n'est que dans le cadre de telles alliances que des petits pays sont en mesure d'assurer véritablement leur défense[352].

Ainsi, si la Suisse a toujours assuré sa défense de manière autonome, force est de constater que, en raison de l'évolution des armements et des techniques de guerre, il devient de plus en plus difficile de persévérer dans cette voie. Le seul moyen de se protéger contre les armes modernes semble bien être la

348 CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 406.
349 Voir, entre autres, MAURICE TORRELLI, p. 12.
350 RENÉ-JEAN DUPUY, Droit international public, Que sais-je?, p. 63.
351 MAURICE TORRELLI, p. 28.
352 CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 428.

coopération avec d'autres Etats[353]. Le droit de la neutralité, forgé à partir des conflits de type classique, n'est plus adapté aux nouveaux conflits et aux nouveaux armements, de plus en plus sophistiqués, qui se moquent des distances[354].

B. Neutralité et sécurité collective: l'inéluctable participation de la Suisse au système des Nations Unies

Plus encore que pour les raisons susmentionnées, la neutralité voit sa légitimité remise en cause par les mutations du *jus ad bellum* intervenues dans le courant de ce siècle et par l'instauration d'un système de sécurité collective dans le cadre de l'ONU[355]. Au regard de cette évolution, neutralité et sécurité collective apparaissent de plus en plus comme deux institutions profondément antinomiques et ne reflétant pas le même niveau de développement du droit international.

La neutralité résulte en effet de la conception de la guerre qui prévalait au siècle dernier. A l'époque, celle-ci constituait un moyen admis de règlement des différends internationaux. Comme nous l'avons déjà relevé, le droit de la neutralité avait alors comme fonction principale de circonscrire clairement les zones d'opérations militaires et d'en exclure les territoires des Etats neutres. La neutralité pouvait donc être considérée comme un élément de l'équilibre entre les puissances.

Le système de sécurité collective sur lequel repose le monde d'aujourd'hui procède d'une philosophie totalement différente. Il se fonde sur la prémisse de l'interdiction de tout recours à la force dans les relations internationales. La Charte des Nations Unies proscrit la guerre en tant que moyen de règlement des différends (art. 2 al. 2 et 3), tout en rendant légitimes les sanctions collectives de l'ensemble des Etats contre celui d'entre eux qui aurait perturbé la paix (art. 39 ss).

Le système de sécurité collective semble ainsi être exclusif de la notion de neutralité. Celle-ci perd en effet son sens et sa signification si la communauté internationale se doit de prendre des mesures collectives contre l'agresseur. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Charte des Nations Unies ne fait aucune référence à la neutralité[356]. C'est pour cette raison également qu'une résolution avait été proposée à la Conférence de San Francisco, qui visait à

353 *Idem*, p. 406.

354 KASPAR VILLIGER, p. 178.

355 MAURICE TORRELLI, p. 10; voir également ADRIAN R. SCHAUB, Neutralität und kollektive Sicherheit, Bâle/Francfort 1995.

356 THEODOR H. WINKLER, p. 31.

empêcher les Etats d'invoquer leur neutralité aux fins de se soustraire aux obligations de solidarité qui pèsent sur tous les Etats dans un système de sécurité collective[357]. S'il n'a finalement pas été retenu, ce projet de résolution a néanmoins inspiré les al. 5 et 6 de l'art. 2 de la Charte des Nations Unies:

> «5. Les membres de l'Organisation donnent à celle-ci pleine assistance dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la présente Charte et s'abstiennent de prêter assistance à un Etat contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive.
> 6. L'Organisation fait en sorte que les Etats *qui ne sont pas membres des Nations Unies* agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationale.»[358]

Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que pour certains auteurs l'adoption de la Charte ait fait disparaître définitivement la neutralité en tant qu'institution du droit des gens[359], que d'autres en aient souligné «le caractère désuet»[360], ou l'«état chaotique»[361].

Il ne fait aucun doute en effet que le pouvoir attribué au Conseil de sécurité de décréter des sanctions à l'encontre des Etats qui contreviennent aux principes fondamentaux du droit international a porté à la neutralité un coup décisif. Il existe en effet désormais des conflits pour lesquels aucun Etat ne peut rester neutre[362].

L'antinomie relevée entre neutralité et sécurité collective a eu pour conséquence que, jusqu'à aujourd'hui, la Suisse s'est tenue à l'écart des Nations Unies. Toutefois, au fil des ans, notre pays a été inéluctablement entraîné à «jouer le jeu» de la sécurité collective. Comme nous allons le voir, son statut juridique d'Etat neutre a été progressivement laminé par les mesures coercitives décrétées par le Conseil de sécurité sur la base du chapitre VII de la Charte, auxquelles, même si c'est de manière «autonome»[363], le Conseil fédéral a fini par s'associer.

On sait que, aux termes de l'art. 39 de la Charte, s'il constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agres-

---

357 Sur ce projet de résolution, voir MAURICE TORRELLI, p. 18.

358 Les italiques sont de nous.

359 CHARLES G. FENWICK, International Law, 4e éd., New-York 1965, p. 727; dans le même sens, JEAN-FLAVIEN LALIVE, «International organization and Neutrality», British Yearbook of International Law 1947, p. 72.

360 RENÉ-JEAN DUPUY, Le droit international, Que sais-je?, 1986, p. 63.

361 KARL ZEMANEK, «The Chaotic Status of the Laws of Neutrality», in: Festschrift Dietrich Schindler, Bâle 1989, p. 446.

362 DETLEV F. VAGTS, p. 466.

363 Voir, pour un exemple d'application «autonome» des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, ATF 123 II 179.

sion, le Conseil de sécurité fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux art. 41 (sanctions économiques) et 42 (sanctions militaires) pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.

1) La nécessaire participation de tous les Etats aux sanctions décrétées par les Nations Unies

N'étant pas membre des Nations Unies, la Suisse n'est juridiquement pas liée par les dispositions de la Charte, ni par les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité. En vertu d'un principe bien connu du droit international, aujourd'hui codifié à l'art. 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[364], un traité ne peut en effet pas créer des obligations pour un Etat tiers sans son accord. Toutefois, comme nous venons de le voir, dans le cas particulier de la Charte des Nations Unies, la rigueur de ce principe est atténuée par le par. 6 de son art. 2, aux termes duquel «l'Organisation fait en sorte que les Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes (= ceux mentionnés à l'art. 2 de la Charte) dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales.»

Cette disposition repose sur une évidence, à savoir que la paix et la sécurité internationales ne peuvent être sauvegardées que si tous les Etats du monde, y compris les Etats non membres de l'Organisation des Nations Unies, respectent ses principes de base. La doctrine majoritaire affirme donc que les principes fondamentaux de la Charte auxquels se réfère l'art. 2 par. 6 ont acquis un caractère coutumier qui lie également les Etats non membres[365]. Ainsi, c'est à la fois sur cette disposition et sur le droit coutumier que se fonde l'obligation des Etats non membres des Nations Unies de respecter les principes fondamentaux de la Charte. Celle-ci n'est en effet pas un traité comme les autres, mais l'acte constitutif d'un ordre de paix qui lie toute la communauté internationale.

Cette thèse se trouve corroborée par la pratique. Depuis le début des années soixante-dix, soit depuis que les Nations Unies sont devenues une organisation pratiquement universelle, les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité ne font plus la distinction entre Etats membres et Etats

364 RS 0.111.

365 DIETRICH SCHINDLER, Kollektive Sicherheit, p. 458 et les auteurs qu'il cite à la note 44. Sur le caractère coutumier du principe de l'interdiction du recours à la force (art. 2 par. 4 de la Charte), voir l'arrêt de la CIJ du 26 juin 1986, Opérations militaires au Nicaragua (CIJ, Rec. 1986, par. 184, 188 et 292).

non membres. Elles s'adressent indistinctement à tous les Etats[366] et partent de l'idée que les Etats non membres sont directement obligés par les termes qu'elles contiennent. L'ONU s'est crue autorisée à s'adresser à tous les Etats en raison de sa vocation universelle et de son rôle de garant de la paix internationale[367].

Les Etats non membres de l'ONU ont en conséquence l'obligation de se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité ordonnant des sanctions.

2) *L'obligation internationale de discriminer l'agresseur*

On a pu observer qu'avoir été neutre entre la France et l'Allemagne en 1870–71, ou entre la Russie et le Japon en 1904–05, c'était rester en dehors de disputes qui n'affectaient que les parties en conflit. Rester neutre en 1914–18 ou, encore plus, en 1939–45, c'était par contre se dérober à ce que les participants au conflit, c'est-à-dire une large proportion des habitants du globe, considéraient comme une véritable croisade contre l'agresseur[368]. Au cours des années, le statut moral des Etats neutres a donc décliné.

La raison doit en être recherchée dans le fait que, avec le temps, certaines valeurs semblent s'imposer de plus en plus au respect de tous les Etats. L'interdépendance des nations a en effet été de pair avec l'émergence d'une communauté de principes éthiques fondamentaux, souvent qualifiés d'inaliénables et d'indérogeables, qui s'imposent à la communauté internationale tout entière[369]. Il en va ainsi de l'interdiction de l'agression, de l'interdiction du génocide ou de celle des violations systématiques et massives des droits de l'homme.

---

366 Voir par ex. la résolution 314 du 28.02.1972 relative aux sanctions économiques contre la Rhodésie: «2. Urges *all* States to implement fully all Security Council resolutions ...»; voir également la résolution 418 du 04.11.1977 relative à l'embargo sur les armes en Afrique du Sud et les résolutions 661, 662, 665, 670, 678 et 700 adoptées en 1990 et 1991 sur les sanctions économiques contre l'Irak. Dans des résolutions antérieures, les organes des Nations Unies faisaient en revanche la distinction entre les Etats membres et les Etats non membres; voir par ex. la résolution 232 du 16.12.1966 sur les sanctions contre la Rhodésie. Les résolutions 827 (1993) et 955 (1994), par lesquelles le Conseil de sécurité des Nations Unies a décidé la création de tribunaux internationaux ad hoc chargés de juger les crimes de guerre commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda font également obligation à «*tous* les Etats» de collaborer de manière effective avec ces tribunaux. Voir à ce propos ATF 123 II 179.

367 Hansrudolf Hoffmann, p. 64; Daniel Thürer, Sichersheitspolitik, p. 126. Voir également Christian Tomuschat, «Obligations arising for States without or against their will», Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye 1993 IV, p. 256.

368 Detlev F. Vagts, p. 466.

369 Voir Christian Linsi, Gegenmassnahmen in der Form des Embargos zur Durchsetzung elementarer Völkerrechtspflichtungen in der schweizerischen Aussenpolitik, Bâle 1995.

La violation du principe de l'interdiction du recours à la force (art. 2 al. 4 de la Charte) fait donc naître pour tous les Etats, y compris pour les Etats neutres, une obligation de discriminer l'agresseur. Pareille obligation découle du caractère contraignant du principe enfreint, lequel l'emporte sur celui du traitement paritaire que commande la neutralité[370]. Lorsqu'il impose des sanctions, le Conseil de sécurité ne se comporte pas comme partie belligérante, mais comme un organe international de contrôle du respect du droit, avec l'objectif de rétablir une situation qui lui soit conforme. Le principe de l'égalité de traitement est inapplicable en pareille hypothèse, où l'on trouve, d'une part, un Etat agresseur et, de l'autre, la Communauté internationale qui le condamne et le sanctionne. Face à l'agression, on ne peut pas accorder un traitement paritaire à l'agresseur et à la victime[371]. La poursuite de relations normales avec le destinataire des sanctions aurait non seulement pour effet d'en affaiblir l'efficacité, mais équivaudrait, en pratique, à une prise de position en sa faveur. La neutralité perdrait toute crédibilité. Comme l'a affirmé le Conseiller fédéral Kaspar Villiger, se référant à la politique récente de notre Gouvernement,

> «Der Bundesrat liess sich dabei von der Überzeugung leiten, dass es dort, wo die Völkergemeinschaft gegen flagrante Verletzungen des internationalen Rechts einschreitet, keine Neutralität geben kann, weil Abseitsstehen in einem solchen Fall gleichbedeutend wäre mit einer Unterstützung des Rechtsbrechers.»[372]

3) *L'ordonnance du Conseil fédéral du 7 août 1990 ou l'alignement de la Suisse sur les décisions du Conseil de sécurité*

C'est en se fondant sur ces considérations que le Conseil fédéral a décidé, par ordonnance du 7 août 1990, de participer aux sanctions économiques contre l'Irak[373]. La veille, le Conseil de sécurité avait décidé le boycottage commercial de ce pays[374]. Tous les Etats, y compris ceux qui ne sont pas membres de l'ONU, avaient été invités à respecter l'embargo. L'ordonnance du Conseil fédéral devait permettre à la Suisse d'appliquer des sanctions analogues à celles décrétées par le Conseil de sécurité. Après avoir rappelé que, juridiquement, notre pays n'était pas tenu de se soumettre à la résolution onusienne, notre gouvernement décidait donc, de manière autonome, de prendre les mesures nécessaires pour que le territoire suisse ne serve de base pour éluder

---

370 ADRIAN R. SCHAUB, Aktuelle Aspekte, p. 369; DANIEL THÜRER, Sicherheitspolitik, p. 125.

371 YVES BEIGBEDER, p. 36; MAURICE TORRELLI, p. 23.

372 KASPAR VILLIGER, p. 178.

373 Ordonnance instituant des mesures économiques envers la République d'Irak, du 7 août 1990, RS 946.206, RO 1990, p. 1316. Voir les réponses du Chef du DFAE aux interpellations relatives à cette décision, BOAF 1990, CN 1511 CE 839.

374 Résolution 661.

les sanctions. En condamnant l'Irak et en s'associant pleinement aux sanctions décidées par l'ONU, la Suisse a rompu avec sa conception traditionnelle de la neutralité. Notre pays avait en effet jusqu'alors refusé de participer à des sanctions économiques depuis le conflit italo-éthiopien de 1935–36. L'ordonnance du 7 août 1990 marque donc un changement radical de la politique étrangère de notre pays[375].

Dans deux autres cas, où les sanctions ont été prononcées contre des pays dans lesquels ne sévissait pas un conflit, notre Exécutif a également adopté des ordonnances calquées sur les résolutions du Conseil de sécurité. Par son ordonnance du 12 janvier 1994[376], il s'est associé à l'embargo sur les armes et sur le trafic aérien contre la Libye (rés. 748 du 31 mars 1992 et résolution 883 du 11 novembre 1993); par son ordonnance du 3 juin 1992[377], il s'est joint aux sanctions économiques contre la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) décrétées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 757 du 30 mai 1992. L'ordonnance du 22 juin 1994[378] a enfin institué des mesures économiques à l'encontre d'Haïti.

A l'occasion d'une décision rendue à propos d'un cas d'application de son ordonnance du 12 janvier 1994 concernant des mesures à l'encontre de la Libye[379], après s'être référé à la résolution n° 883 du Conseil de Sécurité des Nations Unies, du 11 novembre 1993[380], le Conseil fédéral a insisté sur le fait que «bien qu'elle ne soit pas membre de l'ONU», la Suisse avait «décidé de s'associer aux sanctions internationales décrétées par cette dernière», «afin de manifester sa solidarité dans l'effort des nations à combattre le terrorisme international»[381]. Il a ajouté que «cette manière d'agir correspond à la réorientation de la politique étrangère de la Suisse en ce qui concerne la neutralité»[382].

Dans son ordonnance du 7 août 1990, s'en tenant scrupuleusement au prescrit de la Ve Convention de La Haye de 1907, le Conseil fédéral avait

375 DIETRICH SCHINDLER, Changing Conceptions, p. 106. Sur l'attitude de la Suisse dans la guerre du Golfe, voir encore, DIETRICH SCHINDLER, «Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflit 1990/91», RSDIE 1991, pp. 18–23; DANIEL THÜRER, «UN Enforcement Measures and Neutrality, The Case of Switzerland», Archiv des Völkerrechts 1992, pp. 63–85; JACQUES-MICHEL GROSSEN, «Quelques aspects juridiques du conflit du Golfe», Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1992, pp. 9–34.

376 RS 946.208.

377 RS 946.209.

378 RS 946.205.

379 RS 946.208.

380 Cette résolution s'adressait à «*tous* les Etats où se trouvent des fonds et d'autres ressources financières ... détenus ou contrôlés par le Gouvernement ou des administrations publiques libyennes».

381 Décision du Conseil fédéral du 18 octobre 1995, JAAC 1996–60/III 60.88.

382 *Idem.*

interdit l'usage de l'espace aérien suisse aux avions étrangers impliqués dans des opérations militaires, à l'exception des vols de caractère humanitaire.

Notre gouvernement a cependant modifié sa politique quelques années plus tard, lorsque s'est posée la question du transit par le territoire suisse des troupes de l'OTAN à destination de la Bosnie-Herzégovine, chargées d'assurer l'application et le respect des accords de Dayton. Le Conseil fédéral décida à cette occasion de permettre le transit des troupes de l'OTAN à travers notre territoire, car l'opération était autorisée par une résolution du Conseil de sécurité fondée sur le chapitre VII de la Charte. L'entorse à la politique de neutralité suivie jusqu'à ce jour était en outre justifiée par le fait que l'action était destinée à contribuer à l'application et au respect d'un accord de paix. Par sa décision, la Suisse entendait manifester sa solidarité avec les nombreux Etats qui participaient activement à une mission de paix[383].

Il convient de relever ici qu'en modifiant sa politique de neutralité traditionnelle la Suisse n'a fait que s'aligner sur celle suivie avant elle par d'autres Etats neutres. La Suède et l'Autriche sont entrées à l'ONU respectivement en 1946 et en 1955 sans avoir demandé à être exemptées du devoir de participer aux sanctions. La première a même déclaré sa disponibilité à prendre part aux sanctions. Quant à la seconde, elle est entrée à l'ONU l'année même où sa neutralité a été reconnue internationalement.

Ainsi, dans une organisation devenue désormais universelle, comme l'est l'ONU aujourd'hui, la situation d'un Etat non membre est pour l'essentiel la même que celle d'un Etat membre. Qu'ils soient neutres ou pas, les Etats peuvent difficilement se soustraire à l'obligation d'appliquer des sanctions économiques comme au devoir de ne pas entraver des opérations militaires autorisées par le Conseil de sécurité. C'est là une conséquence du caractère universel acquis par l'organisation mondiale et du caractère coutumier des principes fondamentaux sur lesquels repose son action. En participant aux sanctions, les Etats ne se comportent pas comme des belligérants, mais comme des organes d'exécution des décisions légitimes prises par l'ONU qui, loin d'être une partie au conflit, est la gardienne de l'ordre mondial, chargée de rétablir la paix. Comme l'a relevé le Conseil fédéral,

> «entre un Etat qui rompt la paix ou méprise gravement l'ordre international et l'ensemble des autres membres de la communauté internationale, il ne saurait y avoir d'attitude neutre. Le seul parti que la Suisse puisse prendre en pareils cas est celui du droit et donc celui des Nations Unies.»[384]

---

383 Communiqué de presse conjoint du DFAE et du DMF, du 4 décembre 1995, reproduit dans RSDIE 1996, pp. 640–642, ch. 11.2.

384 Rapport sur la neutralité, du 29 novembre 1993, FF 1994 I 223.

C. Neutralité et intégration européenne

L'un des principaux objectifs de la construction européenne est d'exclure toute guerre sur le continent. L'un de ses principaux mérites est de l'avoir effectivement rendue très improbable, tant les liens entre les Etats membres sont désormais devenus étroits. Comme l'avaient préconisé les pères fondateurs de l'Europe, l'intégration économique a peut-être jeté les bases d'une paix durable[385]. Si le risque d'un conflit en Europe est vraisemblablement éradiqué pour toujours, il est alors permis de s'interroger sur la signification d'une institution qui, comme la neutralité, est liée à la guerre. Il est en effet évident que l'appréciation de la neutralité doit être faite en premier lieu par référence à la situation qui prévaut en Europe. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé, il y a quelques années, le Conseil fédéral:

> «D'une façon générale, on peut toutefois dire que la neutralité, dans une Europe où la confrontation opposant l'Est et l'Ouest depuis des décennies paraît surmontée et où nous entretenons des relations pacifiques et de bon voisinage avec des Etats de droit, attachés à la démocratie et à l'économie de marché, acquiert une autre signification.»[386]

Par ailleurs, dans le cadre de l'Union européenne, on tend, à terme, vers une politique étrangère et de sécurité commune (PESC) «qui pourrait conduire, le moment venu, à une défense commune»[387]. Il s'agit certes là, pour l'instant, d'un simple voeu qui devrait être concrétisé par un traité. Mais il est évident que l'on se trouverait alors en présence d'une situation exclusive du statut de neutralité. Si la Suisse devenait membre de l'Union européenne, elle devrait donc faire un choix. Dans le cadre d'une politique étrangère et de sécurité commune, il ne serait en effet pas acceptable qu'un Etat neutre se tienne systématiquement à l'écart des sanctions. De même, dès lors que les actions du Conseil des Ministres dans ce domaine devraient être adoptées à l'unanimité, la PESC pourrait être mise en difficulté si un Etat, arguant de sa neutralité, bloquait toute décision et empêchait par là sa réalisation.

Ainsi, comme l'a relevé le Conseil fédéral, dans l'hypothèse d'une entrée dans l'Union européenne, la Suisse devrait «être disposée, sans réserves mentales, à accepter que sa neutralité perde éventuellement toute pertinence au cas où l'Union européenne deviendrait un jour une communauté de défense»[388]. L'Union européenne doit en effet pouvoir obtenir des Etats

---

385 Rapport sur la neutralité, du 29 novembre 1993, FF 1994 I 232; CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 429; YVES BEIGBEDER, p. 27. Sur les changements intervenus en Europe ces dernières années, qui sont de nature à réduire considérablement les risques d'un conflit, voir CURT GASTEYER, pp. 19 ss.

386 Rapport d'information du Conseil fédéral sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, du 26 novembre 1990, (non publié dans la Feuille fédérale), p. 89.

387 Art. J.4.1. du Traité de Maastricht.

neutres qui souhaitent adhérer l'assurance qu'ils pourront se conformer aux engagements qui résultent de la politique extérieure commune[389].

Indépendamment d'une éventuelle adhésion de la Suisse à l'Union européenne, des constatations de fait s'imposent. La Suisse se trouve aujourd'hui complètement entourée par des pays membres de l'Union. Celle-ci est donc à même d'empêcher que la Suisse ne procède à des échanges commerciaux avec un Etat tiers faisant l'objet de sanctions en utilisant le territoire des Etats membres de l'Union. Même en n'étant pas membre de l'Union, la Suisse ne pourra donc pas se soustraire aux sanctions économiques que celle-ci pourrait décréter[390]. En novembre 1991, la Suisse a d'ailleurs décrété ses propres sanctions à l'encontre des républiques de l'ex-Yougoslavie en s'inspirant des mesures prises par la CE[391].

Une participation active aux décisions qui se prennent au sein de la Communauté serait d'ailleurs certainement plus avantageuse que l'obligation dans laquelle se trouve actuellement la Suisse d'aligner sa politique sur celle qui est adoptée dans le cadre communautaire. Comme le rappelait il y a quelques années déjà le Conseiller fédéral Arnold Koller, «nous devons avoir la lucidité d'admettre que ... l'interdépendance culturelle, économique, politique et juridique de l'Europe représente un facteur aussi important que la neutralité pour la sécurité et l'indépendance de notre pays»[392].

---

388 Rapport du Conseil fédéral sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, du 18 mai 1992, FF 1992 III 1247; Rapport sur la neutralité, du 29 novembre 1993, FF 1994 I 230. Voir également le rapport sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90, FF 1994 I 171: «Pour assurer sa sécurité, la Suisse pourrait juger nécessaire d'adhérer à un système européen de sécurité collective, voire un pacte de défense, qui mettrait en cause la neutralité.»

389 Cette constatation ne doit cependant pas conduire à penser qu'il y a lieu, en envisageant l'adhésion, de renoncer nécessairement à la neutralité. C'est en tout cas ce que paraissent penser l'Autriche, la Suède et la Finlande, dès lors que ces pays ont présenté une demande d'ahésion à l'Union européenne tout en conservant leur statut de neutralité. On ne peut en effet pas tout à fait exclure que, dans des circonstances particulières, un Etat neutre puisse être dispensé de participer à des sanctions, car «la politique de l'Union ... n'affecte pas le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense de certains Etats membres» (art. J.4.4. du Traité de Maastricht). Il n'est donc juridiquement pas exclu de concilier le statut d'Etat neutre avec celui de membre de l'UE.

390 Rapport sur la neutralité, du 29 novembre 1993, FF 1994 I 232.

391 *Idem.*

392 ARNOLD KOLLER, L'Europe, p. 365.

D. La neutralité au service de la paix et de la solidarité internationales

Depuis longtemps, la neutralité de la Suisse a revêtu une fonction pacificatrice. L'on affirme en particulier que les bons offices offerts par notre pays sont acceptés en raison de sa neutralité, gage de son impartialité. C'est probablement, à l'heure actuelle, l'un des seuls aspects de notre neutralité à avoir encore une certaine résonance universelle.

Depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, cette fonction ne revêt cependant plus l'importance qui lui revenait par le passé. La Suisse n'a en tout cas plus l'exclusivité de cette fonction. D'abord, il est de plus en plus fréquent de voir d'autres Etats, qui ne sont pas neutres, mais qui exercent une grande influence dans les relations internationales contemporaines, offrir leurs bons offices. Ensuite et surtout, les missions de médiation et de règlement pacifique des différends sont désormais devenues l'apanage principal des organisations internationales[393].

III. La nécessaire réorientation de la neutralité

«La neutralité n'est plus possible ou désirable quand il y va de la paix du monde et de la liberté des peuples», déclarait le Président Wilson dans son message au Congrès du 2 avril 1917»[394].

Après quatre-vingts ans, cette affirmation, plus actuelle que jamais, nous interpelle toujours et nous suggère les questions suivantes: la neutralité est-elle une institution inadaptée? Faut-il lui donner un autre contenu ou faut-il même envisager de l'abandonner?

A. La neutralité, un instrument inadapté?

La neutralité a trouvé son expression définitive, pour l'essentiel, au XIXe siècle. Elle est en conséquence imprégnée de la conception de l'Etat de cette époque, l'Etat national, indépendant, mais replié sur lui-même. Aujourd'hui, en raison de l'interdépendance qui caractérise la société internationale contemporaine, elle apparaît comme une institution singulièrement inadaptée, en profond décalage avec les développements qu'ont connus les relations

393 Rapport sur la neutralité, du 29 novembre 1993, FF 1994 I 210–211.
394 Cité par MAURICE TORRELLI, p. 10.

internationales ces dernières années[395]. Pour les Etats qui la pratiquent, elle constitue de plus en plus un obstacle à la réalisation de projets qui apparaissent souhaitables, dans les domaines économique et politique. Ainsi, dans les relations de la Suisse avec l'Europe, elle paraît constituer un obstacle à une politique qui, par ailleurs, semble être dans l'intérêt du pays.

B. La neutralité, un instrument adaptable

L'histoire de notre pays révèle que la neutralité n'a jamais été une institution rigide et statique. Son contenu a toujours dépendu de la politique étrangère et de sécurité suivie à une époque donnée.

Si le droit de la neutralité, codifié au début du XXe siècle, n'a pas été modifié, la politique de la neutralité peut et doit en revanche être adaptée aux conditions actuelles[396]: «Wenn Neutralität Sicherheit bieten soll, muss sie den heutigen Verhältnissen angepasst werden»[397].

Il est donc nécessaire de revenir à la notion première de la neutralité, et il convient de rappeler à cet égard que la neutralité se définit comme la situation juridique et politique d'un Etat qui, en présence d'un conflit armé entre deux ou plusieurs Etats, reste en dehors de ce conflit et s'abstient d'assister l'un ou l'autre des belligérants. Le statut de neutralité est donc lié à la guerre et il a pour but de permettre à un Etat de rester à l'écart de celle-ci. Il n'est pas inutile de le rappeler, comme l'a d'ailleurs fait récemment le Conseil fédéral[398], car on a trop tendance à l'oublier.

C. L'abandon de la neutralité?

La neutralité nous a rendu d'immenses services. Elle nous a permis de passer au travers des deux guerres mondiales sans être entraînés dans ces conflits. Mais d'autres Etats neutres – il convient de ne pas l'oublier – n'ont pas fait la même expérience. La neutralité n'est donc pas une garantie absolue de paix, comme l'illustrent les exemples de la Belgique, du Danemark, des Pays-Bas ou de la Norvège. Pour cette raison, ces pays, dont la neutralité n'a pas été respectée, ont préféré opter pour une autre politique de sécurité, l'adhésion à une alliance militaire.

---

395 ADRIAN R. SCHAUB, Aktuelle Aspekte, pp. 365 et 367, qui parle à ce propos de «dysfonctionnement».

396 Rapport sur la neutralité, du 29 novembre 1993, FF 1994 I 201.

397 KASPAR VILLIGER, p. 178.

398 Rapport sur la neutralité, du 29 novembre 1993, FF 1994 I 204.

N'étant qu'un moyen au service d'un but, la neutralité ne doit pas être conservée à tout prix. Notre pays pourrait parfaitement, pour des raisons d'opportunité, y renoncer un jour[399]. La neutralité doit être maintenue seulement tant et aussi longtemps qu'elle permettra de sauvegarder nos intérêts mieux que d'autres instruments. Or, les choses ont bien changé depuis le siècle dernier. Comme nous l'avons déjà relevé, la neutralité ne permet plus de résoudre tous les problèmes de sécurité qui se posent à la Suisse. La défense autonome d'un petit pays étant devenue illusoire, la neutralité comme instrument de la politique de sécurité perd beaucoup de sa portée. D'autres pays, de dimension comparable au nôtre, lui ont préféré depuis fort longtemps l'appartenance à une alliance militaire:

> «Si, de l'indépendance, il y a glissement vers une gestion collective de l'interdépendance et si la défense militaire autonome perd de sa crédibilité, on peut se demander si les fondements de la neutralité ne commencent pas à vaciller.»[400]

Ce point de vue est d'ailleurs partagé par le Conseil fédéral:

> «Si la future Europe devait demeurer une juxtaposition d'Etats-nations ayant chacun leur propre politique de sécurité, alors la neutralité garderait toute sa valeur ... En revanche, si l'on devait progresser vers une union européenne non seulement en matière de politique économique, mais également en matière de politique de sécurité, la Suisse pourrait, elle aussi, être amenée à revoir sa position. On ne peut pas non plus exclure qu'il y ait lieu à long terme d'envisager notre adhésion à un système collectif de sécurité englobant l'Europe entière. Ce pourrait notamment être le cas si de nouvelles formes de menaces devaient démontrer l'inanité de toute réaction purement nationaliste.»[401]

Compte tenu de l'évolution des relations internationales contemporaines et du contexte politique dans lequel elle se trouve, la Suisse doit se demander quels sont les avantages et les inconvénients de la neutralité.

---

399 HANS PETER BRUNNER, p. 31; CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 404; DIETRICH SCHINDLER, Changing conceptions, p. 106. Lorsque, en 1847, la Diète refusa, pour les motifs que nous avons indiqués plus haut, la proposition tendant à faire figurer la neutralité parmi les buts de la Confédération inscrits à l'art. 2 Cst. elle partait de l'idée que l'on pourrait, un jour, y renoncer. Voir EDGAR BONJOUR, vol. I, p. 304.

400 CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 428.

401 La politique de sécurité de la Suisse dans un monde en mutation. Rapport 90 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la politique de sécurité de la Suisse, du 1er octobre 1990, FF 1990 III 844. Voir également le message sur la conception de l'armée dans les années 1990 du 27 janvier 1992, FF 1992 I 850. Voir également le rapport sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90, FF 1994 I 171: «Demain, nous pourrions avoir à nous demander si, pour notre sécurité, il ne serait pas nécessaire d'adhérer à un système européen de sécurité collective, compatible avec la neutralité, voire à un pacte de défense, qui la mettrait en cause. La seconde éventualité se présenterait si, pour prémunir le pays contre de nouveaux dangers, comme la menace que représentent les missiles balistiques, la neutralité procurait moins de sécurité que l'adhésion à un pacte de défense.»

Si ces derniers devenaient trop importants, on pourrait s'interroger sur l'opportunité de son maintien. En particulier, les avantages que la Suisse pourrait tirer de son intégration dans l'Union européenne ne devraient pas être influencés par des considérations tirées de la neutralité[402]. En effet, la participation à la réalisation des finalités politiques de l'Union «présente le double avantage de faire coïncider la politique d'intégration avec celle de la sécurité»[403].

Contrairement à ce que l'on croit souvent, l'abandon de la neutralité ne poserait pas de problèmes du point de vue juridique. La neutralité permanente de la Suisse a certes reçu en 1815 une reconnaissance internationale, qui a été confirmée par la suite. Mais la base juridique de cette neutralité se caractérise par sa faiblesse. D'abord, elle n'est pas basée sur un traité international. La reconnaissance de 1815 revêtait la forme d'une déclaration unilatérale; les traités de paix de 1919 ne liaient pas la Suisse, qui n'a jamais été partie à ces accords. On ne peut pas non plus prétendre que la neutralité de la Suisse ait acquis un caractère coutumier[404]. La reconnaissance internationale de la neutralité de la Suisse ne l'oblige donc pas à demeurer neutre. La Suisse pourrait donc parfaitement abandonner unilatéralement son statut d'Etat neutre sans contrevenir par là aux déclarations internationales qui ont reconnu sa neutralité, si cela était dans l'intérêt de son indépendance[405].

Conclusion

Pendant de longs siècles la neutralité nous a rendu d'éminents services et nous a permis de préserver notre indépendance. Toutefois, comme nous l'avons vu, plusieurs conditions de notre neutralité ont disparu.

Les Etats neutres ne peuvent plus ne pas tenir compte du système de sécurité collective instauré par la Charte des Nations Unies. Des impératifs de solidarité internationale leur imposent l'obligation de ne pas entraver l'action de l'organisation mondiale lorsque celle-ci adopte les mesures prévues par la Charte contre un Etat en infraction du droit international. Lorsque le Conseil de sécurité décrète des sanctions, ils n'ont pas d'autre choix que de s'aligner, comme l'illustre la pratique récente du Conseil fédéral. Ainsi,

402 CHRISTIAN DOMINICÉ, p. 423.
403 *Idem*, p. 430.
404 DANIEL THÜRER, Sicherheitspolitik, p. 124.
405 Lettre de la Direction du droit international public du DFAE, du 16 novembre 1995, reproduite in: RSDIE 1996, p. 639, ch. 11.1.

d'une certaine manière, la création des Nations Unies marque l'apogée du déclin de la neutralité[406]. En effet,

> «la neutralité ne signifie pas l'indifférence morale ni le silence embarrassé devant le scandale. Elle ne saurait non plus justifier l'abstention quand les pays s'unissent contre un agresseur pour lui faire retrouver, à travers des sanctions, le sens du respect des principes essentiels qui règlent les rapports des nations, qui protègent la vie, l'intégrité et la liberté des hommes»[407].

Par ailleurs, le climat de paix qui semble s'instaurer durablement en Europe impose également à la Suisse de réorienter sa politique de neutralité. Dans le cadre du vieux continent en voie d'intégration, elle n'est plus dans l'intérêt géopolitique et stratégique des puissances européennes, comme elle l'était au siècle dernier. Il est même inimaginable que la Suisse demeure neutre dans l'hypothèse d'une attaque dirigée contre l'Europe entière.

La neutralité n'est même plus une condition pour l'offre de nos bons offices. A l'étranger, elle est de moins en moins comprise et souvent interprétée comme un manque de solidarité. Le mot lui-même semble être devenu synonyme d'abstention et de non-participation. Cette neutralité-là, la neutralité-repli, la neutralité-refus, prétexte du désir de se tenir à l'écart, doit être vigoureusement combattue.

Il faut en tout cas à tout prix éviter que la neutralité ainsi comprise constitue un obstacle à des décisions politiques qui seraient par ailleurs dans l'intérêt du pays. Notre politique étrangère doit par conséquent être réorientée, dépasser la neutralité pour s'axer sur la participation et la solidarité.

Chapitre II
Les nouveaux moyens d'assurer notre indépendance

Les changements intervenus ces dernières années sur l'échiquier mondial posent le problème de l'indépendance et de la sécurité de la Suisse en des termes complètement nouveaux (I). Aujourd'hui, non seulement nos voisins ne se font plus la guerre, mais ils construisent ensemble la paix. Face à ce renversement de situation historique, notre pays se doit de participer à l'établissement d'un ordre nouveau par un engagement actif et responsable,

---

406 DETLEV F. VAGTS, p. 466.
407 Conseil de l'Europe, Doc. AS (42) CR 13, cité par YVES BEIGBEDER, p. 37.

en faisant preuve de solidarité envers les autres Etats qui forment la Communauté internationale (II).

I. Un environnement politique modifié

Si, depuis 1945, aucun conflit n'a éclaté en Europe occidentale, les événements de 1989 ont modifié notre environnement politique de manière profonde et probablement irréversible. Avec la chute du communisme et la désintégration de l'empire soviétique, la Suisse se trouve dans une situation historique entièrement nouvelle. Elle n'est plus entourée de belligérants potentiels, mais de nations amies, qui partagent les mêmes valeurs qu'elle. Le rideau de fer qui séparait l'Est et l'Ouest s'est transformé en un point de rencontre d'intérêts convergents et le danger d'une agression venant de l'Est semble définitivement banni. Dans ces conditions, il devient difficile d'identifier l'ennemi potentiel qui pourrait un jour menacer la sécurité de notre pays[408]. Par ailleurs, la fin de la division du monde et de la confrontation idéologique a permis à l'Organisation des Nations Unies de mieux jouer son rôle. Elle peut enfin fonctionner selon les termes de la Charte et tracer l'ébauche d'un système global de sécurité collective.

Dans ces conditions, le meilleur moyen d'assurer notre indépendance et notre sécurité doit consister à apporter notre contribution à la construction d'une paix durable sur le continent et dans le monde, dont nous serons aussi les bénéficiaires: «Die Sicherheit der Schweiz hängt von der Sicherheit des Kontinents ab»[409].

---

408 Cette difficulté est par exemple attestée par la lecture du message du Conseil fédéral sur l'initiative «Pour une Suisse sans nouveaux avions de combat» du 28 octobre 1992, FF 1992 VI 432: dans ce document, notre Exécutif évoque bien la possibilité d'une telle menace, en raison de l'existence, en Europe, de potentiels militaires importants, mais il justifie l'acquisition de nouveaux avions de combat essentiellement par le besoin de remplacer les avions anciens et par la nécessité, pour un Etat neutre, de défendre son territoire. La difficulté d'identifier un ennemi potentiel explique d'ailleurs la difficulté que rencontrent les Gouvernements à justifier, devant l'opinion publique, les dépenses militaires. Voir PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, pp. 31 et 124.

409 KASPAR VILLIGER, p. 172; voir également PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, p. 121.

II. La contribution à la construction de la paix

Au nombre des buts de l'Etat, l'art. 2 du projet de réforme de la Constitution de 1996 prévoit que la Confédération «contribue à un ordre international juste et pacifique». Aux termes de l'art. 49 al. 2, «elle participe notamment aux efforts d'aide aux populations dans le besoin et de lutte contre la pauvreté ainsi qu'aux efforts entrepris pour promouvoir le respect des droits de l'homme, la démocratie et la coexistence pacifique des peuples»[410].

Cette nouvelle mission assignée aux autorités fédérales est révélatrice du changement de «climat» intervenu depuis l'adoption de l'art. 2 Cst. féd. actuellement en vigueur. Celles-ci sont désormais responsables du maintien de la paix[411]. En d'autres termes, pour reprendre l'expression imagée du Conseiller fédéral Adolf Ogi, «nous pouvons être des consommateurs de sécurité, mais nous devons également être des producteurs de sécurité»[412]. Les maximes de la solidarité et de l'universalité doivent désormais compléter et limiter tout à la fois celles d'indépendance et de neutralité.

Dans le contexte international actuel, le maintien de la paix et de la sécurité est devenu l'apanage des grandes organisations internationales. L'absence – regrettable – de la Suisse de ces grands forums, qui exercent une influence décisive dans ce domaine en Europe et dans le monde, ne pourra que nuire, à moyen et à long terme, à la défense de ses intérêts et risque d'affaiblir sa position sur la scène internationale.

En 1815, la neutralité de la Suisse avait été reconnue comme étant dans l'intérêt de l'Europe. Elle devait servir à l'équilibre géopolitique de l'époque. Mais le vieux continent s'est depuis radicalement tranformé. La CEE a été créée dans le but de conjurer les dangers de conflits armés et d'assurer une paix stable sur l'ensemble du Continent. Il est symptomatique de constater à cet égard que la Communauté économique européenne s'est muée en Communauté européenne, puis en Union européenne[413].

Dans le cadre des accords de Maastricht précisément, l'Union européenne a également élaboré une politique de sécurité commune (PESC). Sans affecter les politiques nationales de sécurité, celle-ci établit les bases d'une action

---

410 A propos de la définition des objectifs de la politique extérieure suisse au niveau constitutionnel, voir JEAN MONNIER, «Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse», RDS 1986 II, pp. 121 ss et WALTER KÄLIN, «Verfassungsgrundsätze der schweizerischen Aussenpolitik», *idem,* pp. 251 ss.

411 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 130; la politique de sécurité de la Suisse dans un monde en mutation. Rapport 90 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la politique de sécurité de la Suisse, FF 1990 III 794.

412 Cité par «le Journal de Genève et Gazette de Lausanne» du 8 juillet 1997.

413 Voir RENÉ RHINOW, p. 5.

commune (art. J3 du Traité de Maastricht). Un exemple est fourni par le Pacte de stabilité en Europe.

La sécurité d'un pays ne se limite pas uniquement aux dangers venant de l'extérieur. Elle acquiert de plus en plus aussi une dimension intérieure, par exemple la lutte contre le terrorisme et la criminalité. Avec les accords de Schengen, l'Europe communautaire se propose de veiller aussi à cet aspect de la sécurité, qui n'est désormais plus l'apanage des Etats pris isolément. Ici aussi, comme dans d'autres domaines, la politique extérieure des Etats européens a tendance à se transformer en une politique intérieure commune. La Suisse peut difficilement se tenir à l'écart de ces efforts, dont elle ne peut tirer que des bénéfices.

A un niveau plus large, l'OTAN est probablement l'organisation qui est en mesure d'assurer à la Suisse, en matière de sécurité, la protection la plus efficace. Dès lors qu'elle est la seule structure européenne de sécurité et de défense disposant d'une capacité opérationnelle, elle est devenue le pivot de la nouvelle architecture de sécurité du vieux continent.

Lors du sommet de Rome du 8 novembre 1991, cette organisation a tiré les conséquences logiques des changements importants intervenus dans le domaine de la sécurité. Elle a redéfini ses tâches à la lumière du contexte nouveau et élaboré une nouvelle stratégie[414]. L'OTAN veut désormais être un forum «transatlantique» de consultation entre alliés, qui se propose de maintenir un équilibre stratégique en Europe en dissuadant toute velléité d'agression contre ses membres[415]. La partition de l'Europe étant révolue, l'OTAN a offert à ses anciens ennemis amitié et protection. Alors que l'accent était jusqu'ici mis sur la composante militaire, on privilégie maintenant la prévention, le dialogue, la coopération avec les ennemis d'autrefois, et la politique de paix, comme le montrent les missions accomplies en Bosnie-Herzégovine au service de l'ONU. On est loin de l'époque de la guerre froide.

En janvier 1994, l'OTAN a lancé l'initiative «Partenariat pour la paix» (PPP). Par le biais d'accords conclus avec d'autres partenaires, celle-ci se propose de mener à bien, en commun, toute une série d'activités: plus grande transparence dans les plans de défense, disponibilité pour des actions et des interventions sous l'égide de l'ONU ou de l'OSCE, renforcement de la capacité pour des actions dans le domaine du maintien de la paix ou des opérations humanitaires, etc. Tous ces accords, conclus au titre de l'art. 4 du Traité de l'Atlantique Nord (consultations réciproques) permettent

414 Voir KURT SPILLMANN, pp. 105 ss; PETER SALADIN, Wozu noch Staaten?, p. 20.

415 Voir GEORG NOLTE, pp. 95–123 et RUDIGER WOLFRUM, pp. 576–602.

aux Etats qui les concluent de demeurer à l'écart de l'Alliance proprement dite (art. 5)[416].

Tels que définis lors du Sommet de Rome de 1991, les buts de l'OTAN ne se différencient guère de ceux que poursuit la politique suisse de sécurité. Rien ne s'opposait donc à ce que notre pays participe au Partenariat pour la Paix.

En adhérant au PPP, la Suisse a ouvert une fenêtre sur la coopération internationale dans le domaine de la sécurité et a engagé des rapports insitutionnalisés avec l'OTAN, dans le cadre d'un programme flexible qui permet d'ailleurs de sauvegarder la neutralité. Dans ce cadre, la Suisse peut par exemple mettre à disposition de l'Organisation des observateurs militaires, des unités sanitaires, des policiers; participer à des commissions d'enquête; apporter un soutien financier et logistique à des opérations de maintien de la paix[417].

C'est ce que la Suisse a également fait dans le cadre d'une autre organisation internationale, l'OSCE, au sein de laquelle elle joue un rôle actif et dont elle a assumé la présidence en 1996. Face au vide institutionnel qui prévaut aujourd'hui dans l'ancien bloc de l'Est, cette organisation constitue le cadre de la collaboration avec les pays d'Europe centrale et orientale et des Etats issus de l'URSS.

A un niveau plus large encore, le concept de sécurité collective, incorporé dans la Charte des Nations Unies, a pour but de mettre la puissance militaire dans les mains de la communauté internationale aux fins du maintien de la paix. Les armées se voient attribuer un nouveau rôle. Leur tâche consiste à empêcher l'usage de la violence par la menace ou par le recours à la force.

Sans encore faire partie de l'organisation, la Suisse participe à certaines de ses actions: envoi d'unités sanitaires en Namibie et au Sahara occidental, de policiers civils en ex-Yougoslavie, de contingents d'observateurs pour les élections en Afrique du Sud ou dans d'autres pays du tiers monde.

---

416 KURT SPILLMANN, pp. 116–117; voir également MAURO MANTOVANI, «NATO – Mitglied Schweiz?», Zürcher Beiträge zur Sicherheitspolitik und Konfliktforschung, Zurich 1994.

417 Voir ARTHUR LIENER, p. 44; voir par exemple le projet de loi fédérale concernant les troupes suisses chargées d'opérations en faveur du maintien de la paix, du 18 juin 1993, FF 1993 II 870.

Conclusion

La politique de sécurité de notre pays se trouve aujourd'hui à un tournant. Face à l'impossibilité de faire reposer son indépendance sur une défense militaire autonome, la Suisse doit s'associer aux efforts qui sont menés sur ce plan aux niveaux européen et international. La sécurité peut en effet être renforcée par une politique en faveur de la paix, par la consolidation de l'ordre juridique international et par la participation à la réalisation de la sécurité collective. L'engagement de la Suisse en faveur de la prévention et de la solution des conflits contribue à accroître sa sécurité et à compléter les possibilités limitées de défense autonome. En tant que petit Etat, elle a un intérêt presque existentiel à ce que les mécanismes internationaux de sécurité se renforcent et se développent.

Conclusion générale

> «The time of absolute and exclusive sovereignty ... has passed ... It is the task of leaders of States today to understand this and to find a balance between the needs of good internal governance and the requirements of an ever more interdependent world.»[418]

L'Etat a commencé à prendre forme, dans sa structure actuelle, au début de la Renaissance. Durant un long processus, qui s'est poursuivi jusqu'à nos jours, se sont ainsi formées des entités qui ont très vite revendiqué pour elles seules l'exclusivité de la compétence sur un territoire et une population donnés. La souveraineté a ainsi caractérisé la notion d'Etat, au point d'en devenir un élément inséparable du concept même, son attribut central et incontournable.

Pour consolider le monopole de sa puissance à l'intérieur de ses frontières, l'Etat se devait de briser toute structure supérieure susceptible de l'inquiéter. L'affaiblissement des entités paneuropéennes de l'époque, comme l'Eglise catholique ou l'Empire romain – germanique, sont ainsi le corollaire de l'exclusivité de la compétence inhérente à la notion même de souveraineté[419]. Mais les Etats étaient également autorisés à défendre leurs

418 Boutros Boutros Ghali, An Agenda for Peace, UN Document S/24111 du 17 juin 1992, ch. 17.

419 Urs Saxer, p. 15.

intérêts nationaux contre des menaces pouvant provenir d'autres Etats. La guerre constituait à cet effet un moyen licite.

L'Etat souverain issu de cette longue évolution est un modèle politique replié sur lui-même, qui cherche à la fois à façonner son identité et à se distinguer des autres Etats. C'est l'éclosion de l'Etat-nation. Celui-ci apparaît pendant longtemps comme la forme naturelle d'organisation politique des sociétés. Il est le produit d'une longue histoire, qui connaît son apogée à la fin de la première guerre mondiale, lorsque le Président américain Wilson impose à l'Europe comme politique de paix le principe selon lequel toute nation dispose du droit de se constituer en Etat.

Après les secousses provoquées par la deuxième guerre mondiale, la seconde moitié du XXe siècle est de plus en plus caractérisée par l'interdépendance des Etats, qui se trouvent enserrés dans un réseau toujours plus dense de rapports internationaux. La globalisation des marchés et des économies et le développement des technologies ont tranformé notre planète en un village.

Les structures internationales mises en place pour répondre aux besoins générés par l'interdépendance ont fait acquérir aux Etats une dimension nouvelle. Ceux-ci ont certes conservé leur fonction traditionnelle. C'est l'image qu'ils donnent lorsqu'ils sont vus de l'intérieur. De l'extérieur, ils apparaissent cependant toujours davantage comme les unités de base d'une communauté plus vaste, quasi fédérale, qui les coiffe.

Pour Bodin, la souveraineté ne pouvait être qu'indivisible et absolue et, dans un arrêt de 1927, la Cour permanente de justice internationale affirmait encore que les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument pas[420], par quoi elle voulait souligner le caractère essentiellement second du droit international. Le droit n'était à l'époque que l'expression du pouvoir qu'avait l'Etat d'agir et de se comporter selon son bon vouloir et ses propres règles, qu'il adoptait unilatéralement, jusqu'au moment où il acceptait de régler sa conduite d'un commun accord avec d'autres Etats[421].

Mais quel peut bien être aujourd'hui le sens de cette affirmation de la juridiction de La Haye, alors que l'on se trouve en présence de traités, de plus en plus nombreux, qui sont, du point de vue matériel, assimilables à des constitutions, et à des normes internationales contraignantes, invocables *erga omnes*[422], qui s'imposent à tous les Etats?

A partir du moment où l'on admet l'existence de normes supraconstitutionnelles, l'on doit également admettre que l'autorité qui pose ces normes,

---

420 CPJI, affaire du *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10, p. 18.

421 JEAN COMBACAU, p. 53.

422 Voir CLAUDIA ANNACKER, «The Legal Regime of *erga omnes* Obligations in International Law», Austrian Journal of Public International Law, 1994, p. 131.

ou qui peut les modifier ou les abroger, peut prétendre, autant que les Etats, être titulaire de la souveraineté[423].

En tout cas, la souveraineté au sens de monopole exclusif de la compétence d'un Etat sur un espace géographique déterminé est sérieusement mise à mal lorsque des règles supranationales s'imposent à lui. La souveraineté vue comme indépendance de la nation, non-soumission à une autorité extérieure, détermination par le peuple seul de son destin, est elle aussi mise en échec lorsque des principes supranationaux s'imposent aux Etats sans qu'ils puissent s'y opposer.

A la notion de souveraineté absolue et indivisible semble bien devoir se substituer celle de souveraineté divisible, voire de gestion partagée de la souveraineté.

Les Etats semblent d'ailleurs prendre conscience de ce phénomène. En Europe, les transferts progressifs de souveraineté à des organes supranationaux sont de plus en plus acceptés. Les arrêts rendus par diverses Cours constitutionnelles européennes sur le traité de Maastricht sont, à cet égard, révélateurs. La perte de souveraineté inhérente à la ratification de ce traité n'a joué qu'un rôle mineur dans le raisonnement des juges, qui ont beaucoup plus mis l'accent sur la possibilité que doivent se réserver les Etats de participer au processus de formation de la volonté au niveau européen[424].

La dynamique européenne et mondiale, ainsi que le rôle grandissant des diverses formes de coopération et d'organisation internationales, soumettent la souveraineté à une lente érosion et la vident peu à peu de sa substance. Nous l'avons vu, cet émiettement progressif affecte tous les organes de l'Etat et l'ensemble de leurs compétences, en politique intérieure comme en politique étrangère, pour autant que cette distinction ait encore un sens, tant la politique extérieure apparaît de plus en plus comme la gestion commune d'une politique intérieure globale. C'est ce que nous avons essayé de montrer tout au long du présent rapport et c'est – croyons-nous – à la lumière des considérations qui précèdent que doit être lu, à l'orée du troisième millénaire, l'art. 2 de notre Charte fondamentale.

---

423 GEORGES VEDEL, p. 79.

424 Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993, EuGRZ 1993, p. 429; l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol du 1er juillet 1992, traduit en allemand dans EuGRZ 1993, p. 285, ainsi que les arrêts du Conseil constitutionnel français du 9 avril 1992 (Maastricht I), du 2 septembre 1992 (Maastricht II) et du 23 septembre 1993 (Maastricht III). Voir URS SAXER, p. 50.

Bibliographie[425]

ANNACKER CLAUDIA, «The Legal Regime of *erga omnes* Obligations in International Law», Austrian Journal of Public International Law, 1994, p. 131.

ARNÉ SERGE, «Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles?», Revue du droit public 1993, p. 459.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, «Nécessité et fonctions de la Constitution», in: l'Espace constitutionnel européen, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich 1995, p. 15 (cité: Nécessité et fonctions).

- «Réforme des droits populaires fédéraux», in: YVO HANGARTNER/BERNHARD EHRENZELLER (éd.), Réforme de la Constitution fédérale, Premiers commentaires sur le projet de Constitution du 19 juin 1995, St.-Gall 1995, p. 116 (cité: Réforme des droits populaires).
- «L'EEE et la démocratie suisse», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 791 (cité: L'EEE).
- Bundesstaatsrecht der Schweiz, 2 volumes, Bâle 1991 et 1994 (cité: Bundesstaatsrecht).
- La Constitution, son contenu, son usage, Bâle 1991 (cité: La Constitution).
- «Commentaire de l'art. 2 de la Constitution fédérale», in : JEAN-FRANÇOIS AUBERT et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (cité: Commentaire de l'art. 2 Cst.).

AUER ANDREAS, «Die schweizerische Demokratie vor der Herausforderung europäischer Integrationsbestrebungen», in: EWALD R. WEIBEL/MARKUS FELLER (éd.), Schweizerische Identität und Europäische Integration, Elemente schweizerischer Identität: Hemmnisse oder Grundlagen für eine Annäherung an Europa?, Bern/Stuttgart/Wien 1992, p. 153 (cité: Die schweizerische Demokratie).

- «L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 639 (cité: L'Espace économique européen).
- «Neue Partnerschaft» im schweizerischen Bundestaat, in: ROBERTO BERNHARD (éd.), L'exploration des frontières, Nouvelle Société Helvétique, Annuaire «La Suisse» 1997/98, p. 137 (cité: Neue Partnerschaft).
- «La démocratie directe face à l'intégration européenne», La Semaine judiciaire 1991, p. 374 (cité: Démocratie directe).
- «Adaptations du droit suisse au droit de l'EEE», Législation d'aujourd'hui 1991/2, p. 11 (cité: Adaptations).
- «Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit», RSDIE 1991, p. 203 (cité: Rückwirkungen).
- La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle 1983 (cité: Juridiction constitutionnelle).
- «... Le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale»: réflexions sur l'art. 113 al. 3 Cst. féd., RDS 1980, p. 121 (cité: Le Tribunal fédéral).

BEAUD OLIVIER, «Le souverain», Pouvoirs N° 67 (1993), p. 33.

BEIGBEDER YVES, «La neutralité suisse en question: isolement ou solidarité internationale», Revue belge de droit international 1991, p. 27.

BINDSCHEDLER RUDOLF, «Das Problem der Beteiligung der Schweiz an Sanktionen der Vereinigten Nationen, besonders im Falle Rhodesiens», ZaöRV 1968, p. 1.

---

425 La présente bibliographie n'est pas exhaustive. D'autres publications, auxquelles il est fait moins fréquemment référence, sont citées dans les notes. Les auteurs de deux ou de plusieurs publications figurant dans la présente bibliographie sont cités par leur nom et par le titre abrégé de la publication. Les auteurs d'une seule publication sont cités uniquement par leur nom.

BONJOUR EDGAR, Geschichte der schweizerischen Neutralität, 2e éd., Bâle 1965.

BORELLA ALDO, «L'esame della conformità delle leggi federali alla CEDU nella giurisprudenza dei Tribunali federali», Il Ticino e il diritto, Lugano 1997, p. 123

BRUNNER HANS-PETER, Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz im ausgehenden 20. Jahrhundert – Bestandesaufnahme und Ausblick, Zurich 1989 (cité: Neutralität).

– «L'importance de la neutralité comme moyen d'affirmer l'indépendance suisse dans une Europe intégrée», in: ROLAND RUFFIEUX (éd.), La Suisse et son avenir, Lausanne 1989, p. 101 (cité: Neutralité).

BURTSCHER WOLFGANG, «EWR und Föderalismus», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 707.

COCOZZA FRANCESCO, «Les droits fondamentaux en Europe; entre justice constitutionnelle ‹transfrontalière› de la CEDH et justice constitutionnelle nationale; les lignes incertaines d'une relation structurée», Revue française de droit constitutionnel 1996, p. 707.

COMBACAU JEAN,«Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'Etat», Pouvoirs N° 67 (1993), p. 53.

CONSTANTINESCO VLAD, «L'émergence du droit constitutionnel européen», RUDH 1995, p. 445 (cité: L'émergence).

– «Contenu et structure de la Constitution», L'Espace constitutionnel européen, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich 1995, p. 97 (cité: Contenu et structure).

CROISAT MAURICE/ QUERMONNE JEAN-LOUIS, L'Europe et le fédéralisme, Paris 1996.

DEHOUSSE RENAUD, «Autonomie régionale et intégration européenne: les leçons de l'expérience communautaire», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 693.

DOMINICÉ CHRISTIAN, «La neutralité de la Suisse au carrefour de l'Europe», La Semaine judiciaire 1991, p. 398.

EGLI JEAN-FRANÇOIS, «Le Tribunal fédéral face à l'Espace économique européen», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 617.

EPINEY ASTRID, «Die Pflicht der Gemeinschaft zur Beachtung föderaler Strukturen der Mitgliedstaaten», in: DIETER FREIBURGHAUS (éd.), Die Kantone und Europa, Berne 1994, p. 69 (cité: Die Pflicht).

– «Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips», ZBl 1994, p. 537 (cité: Primat).

FAVOREU LOUIS, «Souveraineté et supraconstitutionnalité», Pouvoirs N° 67 (1993), p. 74.

FLAUSS JEAN-FRANÇOIS, «Droit constitutionnel et droit international; le contrôle de la validité internationale des initiatives populaires en Suisse», Revue française de droit constitutionnel 1995, p. 625 (cité: Le contrôle).

– «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?» in: JEAN-FRANÇOIS FLAUSS et MICHEL de SALVIA (éd.), La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux défis, Bruxelles 1997, p. 69 (cité: La Cour européenne).

– «La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen», RUDH 1995, p. 373 (cité: Droit constitutionnel européen).

FRANCK THOMAS M., «The Emerging Right to Democratic Governance», American Journal of international Law 1992, p. 46.

FREI DANIEL, «Wie gross ist der Neutralitätswille der Schweizer?», in: Festschrift Dietrich Schindler, Bâle 1989, p. 363.

FREIBURGHAUS DIETER, «Föderalismus und Regionalismus in Europa, eine Standortbestimmung», in: *idem,* Die Kantone und Europa, Berne 1994, p. 21.

GABRIEL JÜRG MARTIN, «Gedanken zu einer ‹europafähigen› Neutralität», Institut für Politikwissenschaft, Hochschule St.-Gallen, Beiträge und Berichte, N° 127/1989 (cité: Neutralität).

– «Die Stellung der Schweiz zu Wirtschaftssanktionen», in: Nouveau manuel de la politique extérieure suisse, Berne 1992, p. 919 (cité: Wirtschaftssanktionen).

GAÏA PATRICK, «Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel», Revue française de droit constitutionnel 1996, p. 725.

GANSHOOF VAN DER MEERSCH WALTER, «Reliance, in the Case-Law of the European Court of Human Rights, on the Domestic Law of the States», HRLJ 1980, p. 13.

GASTEYGER CURT, «Das internationale Umfeld», in: RHINOW RENÉ (éd.), Die schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Umfeld, Bâle 1995, p. 19.

GIACOMETTI ZACCARIA, «Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit der eidgenössischen Volksinitiative zum Schutze der Stromlandschaft Rheinfall–Rheinau», RSJ 1954, p. 53.

GINTHER KONRAD, «Neutralitätsrecht – Völkerrecht – Europarecht», in: Festschrift für Dietrich Schindler, Bâle 1989, p. 373.

GREWE CONSTANCE/RUIZ FABRI HÉLÈNE, Droits constitutionnels européens, Paris 1995.

GRISEL ANDRÉ, «A propos de la hiérarchie des normes juridiques», ZBl 1987, p. 390.

GRISEL ETIENNE, «Das Verhältnis zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Verträgen», ZBl 1995, p. 437.

GROSSEN JACQUES-MICHEL, «Quelques aspects juridiques du conflit du Golfe», Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1992, p. 9.

HÄBERLE PETER, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», in: L'Espace constitutionnel européen, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich 1995, p. 361.

HAEFLIGER ARTHUR, Die EMRK und die Schweiz, Berne 1993 (cité: Die EMRK).

– «Die Hierarchie von Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Menschenrechte», EuGRZ 1990, p. 474 (cité: Hierarchie).

HÄNNI PETER, «Die Kantone und die Aussenpolitik», in: ROBERTO BERNHARD (éd.), L'exploration des frontières, Nouvelle Société Helvétique, Annuaire «La Suisse» 1997/98, pp. 116 ss.

HANGARTNER YVO, «Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz», AJP 1994, p. 3 .

HENKIN LOUIS, «The Mythology of Sovereignty», in: R. St. J. MACDONALD (éd.), Essays in Honour of Wang Tieya, Dordrecht/Boston/London 1993, p. 351.

HILF MEINHARD, «Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?», VVDStRL n° 53, 1994, p. 16.

HOFFMANN HANSRUDOLF, «Die Schweiz und die UNO», in: RENÉ RHINOW (éd), Die schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Umfeld, Bâle 1995, p. 57.

HOTTELIER MICHEL, «Suisse: primauté des normes issues du droit international public (arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 25 août 1993)», Revue française de droit constitutionnel 1994, p. 607 (cité: Primauté).

– La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Lausanne 1985 (cité: La Convention européenne).

JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, «Le juge suisse face au droit européen», RDS 1993 II, p. 229 (cité: Le juge suisse).

– «Conséquences, sur le fédéralisme suisse, d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne», in: EG-Recht und schweizerische Rechtsordnung, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 10, p. 7 (cité: Fédéralisme).

– «L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile», ASDI 1989 (vol. anniversaire), p. 129 (cité: Applicabilité directe).

– «Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle», in: Les règles d'interprétation; principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989, p. 109 (cité: Méthodes d'interprétation).

– «Droit international et droit communautaire dans le futur Traité instituant l'EEE», Aussenwirtschaft 1991, p. 317 (cité: Droit international et droit communautaire).

– «L'administration fédérale face à l'ordre juridique communautaire: défis actuels», ZBl 1990, p. 425 (cité: L'administration fédérale).
– «Conséquences, sur la démocratie suisse, d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne», in: EG-Recht und schweizerische Rechtsordnung, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 10, p. 39 (cité: Démocratie).

JAGMETTI RICCARDO, «La démocratie directe et le défi de l'EEE», in: Suisse – Europe: Feux croisés. Contribution au débat institutionnel, Rencontres suisses, Lausanne 1992, p. 68.

KÄLIN WALTER, «Integration by Constitutional Review: the Case of the Swiss Federal Tribunal», L'Espace constitutionnel européen, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich 1995, p. 209 (cité: Constitutional Review).
– «EWR Abkommen und Europäische Menschenrechtskonvention», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 653 (cité: EWR Abkommen).
– «Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht. Das Beispiel völkerrechtswidriger Asylinitiativen», AJP 1993, p. 243 (cité: Internationale Menschenrechtsgarantien).
– «Der Geltungsgrund des Grundsatzes ‹Völkerrecht bricht Landesrecht›», in: Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Berne 1988, p. 45 (cité: Völkerrecht bricht Landesrecht).
– Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2e éd., Berne 1994 (cité: Verfahren).
– «Kantonale Verfassungsreform vor der europäischen Herausforderung – zur ‹Europaverträglichkeit› des Entwurfs für eine neue Berner Verfassung», JöR 1991, p. 82 (cité: Europaverträglichkeit).
– «Verfassungsgrundsätze der schweizerischen Aussenpolitik», Revue de droit suisse 1986 II, p. 249 (cité: Verfassungsgrundsätze).
– «Die EMRK als Faktor der Europäischen Integration», in: Festschrift für Dietrich Schindler, Bâle 1989, p. 529 (cité: Die EMRK).

KÄLIN WALTER/RIKLIN ALOIS, «Ziele, Mittel und Strategien der schweizerischen Aussenpolitik», in: Nouveau manuel de la politique extérieure suisse, Berne 1992, p. 167.

KASTANAS ELIAS, Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1996.

KENNEDY PAUL, In Vorbereitung auf das 21. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1993.

KNAPP BLAISE, «Quel fédéralisme pour quelle Europe?», La Semaine judiciaire 1991, p. 436.

KÖRKENMEYER STEPHAN, Direkte Demokratie und Europäische Integration, Berne/Zurich 1995

KOLLER ARNOLD, «Direkte Demokratie und Staatsverträge: Die Verfassung auf dem Prüfstand», Legislation d'aujourd'hui, 1993/1, p. 11 (cité: Direkte Demokratie).
– «L'Europe: chances et défis pour la Suisse», La Semaine judiciaire 1991, p. 359 (cité: L'Europe).

KOLLER HEINRICH, «Die Umsetzung des EWR-Abkommens in das schweizerische Recht: Grundsätze und Methoden», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 819 (cité: Umsetzung).
– Der schweizerische Gesetzgeber vor der internationalen Herausforderung: Erfahrungen mit «Eurolex» – «Swisslex» – «Gattlex», ZBl 1994, p. 241 (cité: Der schweizerische Gesetzgeber).

KOSKENNIEMI MARTTI, «The Future of Statehood», Harvard International Law Journal 1991, p. 397.

KUX STEPHAN, Zukunft Neutralität?, Die schweizerische Aussen- und Sicherheitspolitik im Umbruch, Berne/Stuttgart, 1994.

LIENER ARTHUR, «Die Sicherheitspolitik der Schweiz heute», in: RENÉ RHINOW (éd.), Die schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Umfeld, Bâle 1995, p. 37.

LINSI CHRISTIAN, Gegenmassnahmen in der Form des Embargos zur Durchsetzung elementarer Völkerrechtsverpflichtungen in der schweizerischen Aussenpolitik, Bâle 1995.

LOMBARDI ALDO, «Mitwirkungsrechte der Kantone an der Europapolitik des Bundes: Perspektiven im Gesamtzusammenhang des politischen Systems», in: DIETER FREIBURGHAUS (éd.), Die Kantone und Europa, Berne 1994, p. 203 (cité: Mitwirkungsrechte).
– «Verwirklichung des EWR-Abkommens durch Bund und Kantone», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 721 (cité: Verwirklichung).
– «Verfassungsrechtliche Auswirkungen eines Beitritts der Schweiz zum EWR-Vertrag», ZBl 1990, p. 449 (cité: Auswirkungen).

MALINVERNI GIORGIO, «Nuove competenze per il Tribunale federale in materia costituzionale?», in: Il Ticino e il diritto, Lugano 1997, p. 435 (cité: Nuove competenze).
– «Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles», RUDH 1994, p. 389 (cité: Procès équitable).
– «L'art. 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme», in: Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann, Berne 1989, p. 381 (cité: L'art. 113 al. 3).

MANTOVANI MAURO, NATO- Mitglied Schweiz?, Zürcher Beiträge zur Sicherheitspolitik und Konfliktforschung, Zurich 1994.

MEIERS FRANZ-JOSEPH/GOETSCHEL LAURENT, Bedingungen Europäischer Sicherheit: von der Versailler Friedensordnung bis zum Ende des kalten Krieges, Berne/Stuttgart, 1993.

MELCHIOR MICHEL/DE GREVE LOUIS, «Belgique, Cour d'arbitrage, Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?», RUDH 1995, p. 217.

MONNIER JEAN, «Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse», Revue de droit suisse 1986 II, p. 107.

MORAND CHARLES-ALBERT, «La Constitution saisie par l'Europe», in: Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique, Mélanges offerts à la Société Suisse des Juristes pour son Congrès 1991, Bâle 1991, p. 38.

MÜLLER JÖRG PAUL, «Grundrechts- und Demokratiedefizite als Legitimitätsprobleme der EG-Überlegungen zu einem Beitritt der Schweiz», RDS 1990 I 109 (cité: Grundrechts- und Demokratiedefizite).
– «Materiale Schranken der Verfassungsrevision?», in: Festschrift für Hans Haug, Berne 1986, p. 195 (cité: Materiale Schranken).

NOLTE GEORG, «Die ‹neuen Aufgaben› von NATO und WEU, Völker- und verfassungsrechtliche Fragen», ZaöRV 1994, p. 95.

ONUF NICHOLAS, «The Constitution of International Society», European Journal of International Law 1994, p. 4.

PFISTERER THOMAS, «Von der Rolle der Kantone in der Aussenpolitik», ZBl 1996, p. 544.

POLAKIEWICZ JÖRG, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Berlin 1993, p. 121.

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, «Le nouveau motif de révision prévu dans la loi fédérale d'organisation judiciaire à raison de la violation de la CEDH», in: IVO SCHWANDER/WALTER A. STOFFEL (éd.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, p. 201.

QUERMONNE JEAN-LOUIS, Les régimes politiques occidentaux, Paris 1994.

RESS GEORG, «Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionsorgane», EuGRZ 1996, p. 350 (cité: Wirkung).
– «La participation des Länder allemands à l'intégration européenne», Revue française de droit constitutionnel, 1993, p. 662 (cité: Länder).

RHINOW RENÉ, «Sicherheitspolitik im Wandel; eine Einführung», in: *idem* (éd.), Die Schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Umfeld, Bâle 1995, p. 5.

RIALS STÉPHANE, «Supraconstitutionnalité et systématicité du droit», Archives de philosophie du droit 1986 (tome 31), p. 59.

RIGAUDIÈRE ALBERT, «L'invention de la souveraineté», Pouvoirs N° 67 (1993), p. 5.

RIKLIN ALOIS, «Die Neutralität der Schweiz», in: Nouveau manuel de la politique extérieure suisse, Berne 1992, p. 191.

ROUILLER CLAUDE, ‹Suisse›, Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?», RUDH 1995, p. 248.

SALADIN PETER, «Völkerrechtliches *jus cogens* und schweizerisches Landesrecht», in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, RSJB, vol. 124bis, 1988, p. 67 (cité: *jus cogens*).

– Wozu noch Staaten?, Berne 1995 (cité: Wozu noch Staaten?).

SAXER URS, Die Zukunft des Nationalstaates, Bâle 1994.

SCHACHTER OSCAR, «Sovereignty – Then and Now», in: R. St. J. MACDONALD (éd.), Essays in Honour of Wang Tieya, Dordrecht/Boston/London 1993, p. 671.

SCHAUB ADRIAN R., «Aktuelle Aspekte der Neutralität», RSDIE 1996, p. 353 (cité: Aktuelle Aspekte)

– Neutralität und kollektive Sicherheit, Bâle/Francfort 1995 (cité: Neutralität).

SCHAUFELBERGER WALTER, «Die bewaffnete Neutralität der Schweiz im Kalkül ausländischer Generalstäbe», in: Festschrift für Dietrich Schindler, Bâle 1989, p. 405.

SCHINDLER DIETRICH, «Kritische Bemerkungen zur vorgeschlagenen Reform des Staatsvertragsreferendums», in: Die Reform der Bundesverfassung aus der Sicht der Vereinigung Rechtsstaat, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen der Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte, Zurich 1996, p. 31 (cité: Kritische Bemerkungen).

– «Zwischenstaatliche Interdependenz und Demokratie», in: De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 283 (cité: Zwischenstaatliche Interdependenz).

– «Ist das Neutralitätsrecht noch Teil des universellen Völkerrechts?», in: Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität, Festschrift für Karl Zemanek, Berlin 1994, p. 385 (cité: Neutralitätsrecht).

– «Schweizerischer und europäischer Föderalismus», ZBl 1992, p. 193 (cité: Föderalismus).

– «Changing Conceptions of Neutrality in Switzerland», Austrian Journal of Public and International Law 1992, p. 105 (cité: Changing Conceptions).

– «Kollektive Sicherheit der Vereinten Nationen und dauernde Neutralität der Schweiz», RSDIE 1992, p. 435 (cité: Kollektive Sicherheit).

– «Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/1991», RSDIE 1991, p. 18 (cité: Golfkonflikt).

– «Auswirkungen der EG auf die schweizerische Staatsstruktur», Wirtschaftspolitische Mitteilungen, 1990 fascicule 2 (février), p. 1 (cité: Auswirkungen).

– «Verfassungsrecht», in: Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, Zurich 1990, p. 21 (cité: Verfassungsrecht).

– «Vereinbarkeit von EG-Mitgliedschaft und Neutralität», Revue de droit suisse, Beihefte 1990, fascicule 10, p. 81 (cité: Vereinbarkeit).

– «Die Schweiz und das Völkerrecht», Nouveau manuel de la politique extérieure suisse, Berne 1992, p. 99 (cité: Die Schweiz).

– «Aspects contemporains de la neutralité», Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 121 (1967, II), p. 219 (cité: Aspects contemporains).

SCHLETTE VOLKER, «Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande», Revue française de droit constitutionnel 1996, p. 747.

SCHOLZ RUPERT, «Grundgesetz und europäische Einigung», Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1992, p. 2593.

SCHREUER CHRISTOPH, «The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?» European Journal of International Law 4 1993, p. 447.

SCHRÖTER PATRICK, Neutralität und GASP, Berne/Zurich 1997.
SCHWEIZER RAINER J., «Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht», RDS 1993 II, p. 584 (cité: Die schweizerischen Gerichte).
– «Die Schweizer Kantone vor der Europäischen Herausforderung», JöR 40, 1991, p. 59 (cité: die Schweizer Kantone).
SCUDIERO MICHELE, «Il ruolo delle Regioni nell'Europa di Maastricht», Le Regioni 1993, p. 1030.
SEILER HANS-JÖRG, EG, EWR und Schweizerisches Staatsrecht, Berne 1990.
SOULIER GÉRARD, «Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe», Conseil de l'Europe, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Le Patrimoine constitutionnel européen, Strasbourg (à paraître).
SPILLMANN KURT, «Die Schweiz und die NATO», in: RENÉ RHINOW (éd.), Die schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Umfeld, Bâle 1995, p. 105.
SPIRA RAYMOND, «Le Tribunal fédéral des assurances face à l'EEE», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 625.
STEIN TORSTEN/SCHWEITZER MICHAEL, «Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?», VVDStRL 1994 (53), pp. 41 et 56.
STEINBERGER HELMUT/KLEIN ECKART/THÜRER DANIEL, «Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft»,VVDStRL 1991 (50), pp. 9, 56 et 97.
SUR SERGE, «Sur quelques tribulations de l'Etat dans la société internationale», Revue générale de droit international public 1993, p. 881.
TANQUEREL THIERRY, «La Suisse doit-elle choisir entre l'Europe et la démocratie directe?», RDS 1991 I, p. 187.
THÜRER DANIEL, «Sicherheitspolitik und Neutralität», in: RENÉ RHINOW (éd.), Die schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Umfeld, Bâle 1995, p. 121 (cité: Sicherheitspolitik).
– «Kantone und EWR-Abkommen», in: OLIVIER JACOT-GUILLARMOD (éd.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich/Berne 1992, p. 771 (cité: Kantone).
– «Schweizer Verfassungsordnung vor der Herausforderung durch die europäische Integration: Perspektiven, Prinzipien und heisse Eisen», RDS 1992 I, p. 73 (cité: Schweizer Verfassungsordnung).
– «Comment: UN Enforcement Measures and Neutrality; the Case of Switzerland», Archiv des Völkerrechts 1992, p. 63 (cité: UN Enforcement Measures).
– «Grenzüberschreitender Regionalismus als mögliches Grundkonzept der schweizerischen Aussenpolitik», ZBl 1992, p. 55 (cité: Regionalismus).
– «Die Schweiz und die Vereinten Nationen», Nouveau manuel de la politique extérieure suisse, Berne 1992, p. 307 (cité: Die Schweiz).
– «Verfassungsrechtliche Leitprinzipien der europäischen Integrationspolitik der Schweiz – Eine Skizze», Aussenwirtschaft 1991, p. 287 (cité: Leitprinzipien).
– «Zur Durchführung von europäischem Gemeinschaftsrecht durch die Gliedstaaten eines Bundestaates», ZBl 1991, p. 429 (cité: Durchführung).
– «Vorstellungen über die dauernde Neutralität vor dem ersten Weltkrieg, heute und für die Zukunft», ASDI 1989 (volume anniversaire), p. 73 (cité: Vorstellungen).
– «Europaverträglichkeit als Rechtsargument», in: Festschrift für Dietrich Schindler, Bâle 1989, p. 561 (cité: Europaverträglichkeit).
TOMUSCHAT CHRISTIAN, «Obligations Arising for States without or against their Will», Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1993, IV, p. 195 (cité: Obligations).
– «Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen», VVDStRL, vol. 36 (1978), p. 7 (cité: Der Verfassungsstaat).
TORRELLI MAURICE, «La neutralité en question», Revue générale de droit international public 1992, p. 5.

UKROW JÖRG, Sicherheitspolitik, Europäische Integration und Neutralität, Saarbrücken (Universität des Saarlandes) 1990.

VAGTS DETLEV F., Editorial Comment; Switzerland, International Law and World War II», American Journal of International Law 1997, p. 466.

VEDEL GEORGES, «Souveraineté et supraconstitutionnalité», Pouvoirs N° 67 (1993), p. 79.

VILLIGER KASPAR, «Aktuelle Herausforderungen der schweizerischen Sicherheitspolitik», in: RENÉ RHINOW (éd.), Die schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Umfeld, Bâle 1995, p. 171.

VILLIGER MARK E., Handbuch der EMRK, Zurich 1993.

WALTER CHRISTIAN, Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, Revue du droit public 1997, p. 1285.

WEBER ALBRECHT, «Federalismo e regionalismo nell'Unione europea», Rivista italiana di diritto pubblico comunitario 1993, p. 713.

WILDHABER LUZIUS, «Les résistances nationales en Suisse; à propos des réserves suisses à l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme», in: PAUL TAVERNIER (éd.) Quelle Europe pour les droits de l'homme?, Bruxelles 1996, p. 164 (cité: Les résistances nationales).

- «Neues zur Gültigkeit von Initiativen», in: De la Constitutioin, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 297 ss (cité: Gültigkeit).
- «Muss die dauernde Neutralität bewaffnet sein?», in: Festschrift für Dietrich Schindler, Bâle 1989, p. 429 (cité: Neutralität).
- «Swiss Neutrality – Legal Base and Historical Background, dans Neutrals in Europe: Switzerland», Conference Papers 10. The Swedisch Institute of International Affairs, Stockholm 1988, pp. 3–15 (cité: Swiss Neutrality).
- «Aussenpolitische Kompetenzordnung im Schweizerischen Bundesstaat», in: Nouveau manuel de la politique extérieure suisse, Berne 1992, p. 121 (cité: Kompetenzordnung).
- «Commentaire de l'art. 118 de la Constitution», in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT et al., Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (cité: Commentaire de l'art. 118 Cst.).
- «Neutralität, Aussenpolitik und internationale Organisationen aus Schweizer Sicht», in: FRIEDRICH KOJA/GERARD STOURZH (éd.), Schweiz-Österreich, Ähnlichkeiten und Kontraste, Böhlau 1986, p.209 (cité: Aussenpolitik).
- «Entstehung und Aktualität der Souveränität, in Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel», in: Festschrift für Kurt Eichenberger, Bâle 1982, p. 131 (cité: Souveränität).

WINKLER THEODOR H., «Zur Geschichte der schweizerischen Sicherheitspolitik seit 1945», in: RENÉ RHINOW (éd.), Die schweizerische Sicherheitspolitik im internationalen Umfeld, Bâle 1995, p. 27.

WOLFRUM RUDIGER, «Der Beitrag regionaler Abmachungen zur Friedenssicherung: Möglichkeiten und Grenzen», ZaöRV 1993, p. 576.

ZBINDEN MARTIN, «Die Entwicklung der Stellung der Regionen in der Europäischen Gemeinschaft durch den Unionsvertrag», in: DIETER FREIBURGHAUS (éd.), Die Kantone und Europa, Berne 1994, p. 91.

ZEMANEK KARL, «The Chaotic Status of the Laws of Neutrality», in: Festschrift für Dietrich Schindler, Bâle 1989, pp. 443.

ZIMMERLI ULRICH, «La démocratie directe – Un obstacle à la réception du droit européen?», in: Suisse – Europe: Feux croisés. Contribution au débat institutionnel, Rencontres suisses, Lausanne 1992, p. 59.

ZULEEG MANFRED, «Die Stellung der Länder und Regionen im Europäischen Integrationsprozess», Deutsches Verwaltungsblatt 1992, p. 1330.