

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: 132 (2013)

Heft: 1

Artikel: La démocratie directe en Suisse au XXIe siècle : une évolution nécessaire?

Autor: Grodecki, Stéphane

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895817>

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: 27.04.2026

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

La démocratie directe en Suisse au XXI^e siècle – une évolution nécessaire?

STÉPHANE GRODECKI*

* Docteur en droit, Chargé de cours à l'Université de Genève, Premier Procureur à Genève.
La présente contribution reflète uniquement l'opinion de son auteur. Elle a été mise à jour au
31 mars 2013.

Table des matières

A.	Introduction	99
B.	La démocratie directe	101
I.	Définitions	101
II.	Les questions actuelles	103
1.	Les questions abordées par la jurisprudence fédérale	103
2.	Les autres questions	106
III.	Les choix	108
C.	Les initiatives populaires fédérales et les droits de l'homme	110
I.	La pratique des autorités fédérales	112
1.	L'initiative populaire fédérale «contre les abus dans le droit d'asile»	112
2.	L'initiative populaire fédérale «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables»	112
3.	L'initiative populaire fédérale «pour une conception moderne de la protection des animaux»	113
4.	L'initiative populaire fédérale «pour des naturalisations démocratiques»	114
5.	L'initiative populaire fédérale «contre la construction de minarets»	115
6.	L'initiative populaire fédérale «pour le renvoi des étrangers criminels»	115
7.	L'initiative populaire fédérale «Peine de mort en cas d'assassinat en concours avec un abus sexuel»	116
8.	L'initiative populaire fédérale «contre l'immigration de masse»	117
9.	L'initiative populaire fédérale «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles»	117
10.	L'initiative populaire fédérale «pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»	119
11.	Synthèse	119
II.	Les solutions préconisées par la doctrine et le Conseil fédéral	121
1.	Les différents courants de la doctrine helvétique	122
2.	Des positions condamnées à évoluer?	125
III.	L'approche du Tribunal fédéral	128
1.	Ce que dit l'arrêt du 12 octobre 2012 ...	129
2.	... et ce que ne dit pas l'arrêt du 12 octobre 2012	129
3.	Les conséquences de l'arrêt du 12 octobre 2012	130
IV.	La consultation du Conseil fédéral du 15 mars 2013 en vue d'assurer une meilleure compatibilité entre les initiatives populaires et le droit international	132
V.	De lege lata	133
1.	L'application des différentes méthodes d'interprétation à l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale	134
2.	Une évolution de l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale à accompagner	135
VI.	De lege ferenda	137
1.	Les propositions existantes de modification de l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale	139

2.	Faut-il consacrer explicitement certains textes internationaux comme limite à la révision de la Constitution fédérale?	142
3.	L'intervention nécessaire d'une autorité judiciaire	144
VII.	Conclusion intermédiaire	147
D.	Le droit de référendum en matière de traités internationaux	151
I.	Évolution du droit de référendum en matière de traités internationaux	153
II.	La pratique récente en matière de référendum facultatif relatif aux traités internationaux portant sur des «dispositions importantes» (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.)	155
III.	Critique du large pouvoir d'appréciation accordé aux autorités fédérales dans l'interprétation de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. . .	159
IV.	L'intervention nécessaire d'une autorité indépendante	163
V.	Conclusion intermédiaire	164
E.	Le juge et les droits politiques fédéraux	165
I.	Bref rappel des voies de droit postérieures au 1 ^{er} janvier 2007	165
II.	Le rôle actuel du juge en matière de démocratie directe sur le plan fédéral	166
III.	L'exclusion du contrôle judiciaire en matière de droits politiques fédéraux: une lacune à combler	167
IV.	Conclusion intermédiaire	170
F.	<i>Excursus</i> : L'élection des juges	171
I.	La garantie d'un tribunal et de juges indépendants	173
II.	Les caractéristiques du système helvétique	175
III.	L'élection et l'indépendance des juges	176
IV.	Conclusion intermédiaire	178
G.	Conclusion	180

A. Introduction

«La souveraineté ne peut être représentée par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point, elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi»¹.

C'est, notamment, sur ces réflexions de ROUSSEAU que le système de démocratie helvétique s'est développé, principalement au 19^e siècle². Si, selon AUBERT, «la démocratie suisse n'est qu'un type de démocratie parmi d'autres»³, il n'en demeure pas moins que dans l'inconscient collectif suisse la démocratie directe revêt une importance particulière. Il a ainsi été relevé qu'il s'agissait d'une «idée directrice de l'ordre juridique suisse»⁴ et du symbole de la démocratie suisse⁵.

L'importance de la démocratie directe en Suisse n'est plus à démontrer. Cette institution a fait l'objet d'innombrables études, notamment de rapports à la Société Suisse des Juristes⁶. Un quart de siècles après les derniers rapports, celle-ci a, une nouvelle fois, choisi d'aborder ce thème.

La définition des institutions et de leurs fonctionnements a déjà fait l'objet de très nombreuses études, notamment de plusieurs ouvrages généraux complets sur le domaine⁷. Une compilation de celles-ci n'aurait dès lors qu'un intérêt limité, même si les institutions en tant que telles pourraient encore évoluer, comme le montre l'initiative populaire fédérale «pour l'élection du Conseil fédéral par le peuple»⁸. En cas d'acceptation de cette initiative, la portée de la démocratie directe en Suisse pourrait encore s'étendre⁹.

1 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre III, Chapitre XV.

2 Pour un examen historique, voir, par exemple, ALFRED KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, Berne, 2006. Voir également: *L'invention de la démocratie en Suisse*, Revue des Archives fédérales suisse N 30, Zurich, 2004; ANDREAS AUER, *Les origines de la démocratie directe en Suisse*, Bâle, 1996.

3 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. II, Neuchâtel, 1967, p. 491, n° 1064.

4 PIERRE TSCHANNEN, *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*, Genève, 2005.

5 GÉRALDINE SAVARY, *De l'initiative populaire*, LeGes 2011/3 365.

6 ANDREAS AUER, *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, RDS 1984 II p. 1 ss; RENÉ A. RHINOW, *Grundprobleme der schweizerischen Demokratie*, RDS 1984 II p. 111 ss.

7 Voir, notamment, ETIENNE GRISEL, *Initiative et référendum*, Berne, 2004; YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich, 2000, WOLF LINDER, *Schweizerische Demokratie*, Berne, 2005; BÉNÉDICTE TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge*, Genève, 2008; PIERRE TSCHANNEN, *Stimmrecht und Politische Verständigung*, Bâle, 1995.

8 Voir l'initiative populaire fédérale «Election du Conseil fédéral par le peuple»: FF 2010 269, FF 2011 6085 et le message du Conseil fédéral du 16 mai 2012 y relatif: FF 2012 5231.

9 L'initiative a été soumise au peuple et aux cantons le 9 juin 2013 et finalement refusée par la majorité du peuple et des cantons. De manière générale sur le Conseil fédéral et plaidant contre

Les institutions de démocratie directe – notamment les droits d’initiative et de référendum – sont bien implantées. Leur fonctionnement est connu et la jurisprudence du Tribunal fédéral – bien que fournie – est relativement stable. Depuis le développement des institutions de démocratie directe, le monde et la Suisse ont cependant profondément évolué. Les échanges – et surtout les instruments juridiques – se sont internationalisés. Le temps où seule la Constitution était le texte fondamental unique en Suisse est aujourd’hui clairement révolu¹⁰. De fait, les instruments internationaux de protection des droits de l’homme jouent aujourd’hui un rôle central dans le système juridique helvétique.

Dans ce contexte, des tensions nouvelles sont dès lors apparues non pas sur les *instruments* de la démocratie directe en tant que tels, mais sur les *objets* qui peuvent y être soumis.

Le débat s’est enflammé sur le traitement à réserver aux initiatives populaires fédérales susceptibles d’entrer en conflit avec le droit international liant la Suisse, en particulier les droits de l’homme¹¹.

En matière de droit de référendum, il y a également eu des volontés d’augmenter, de manière importante, l’intervention du corps électoral dans le domaine du droit international, par exemple avec l’initiative populaire fédérale intitulée «pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!)»¹², qui proposait d’étendre considérablement le référendum obligatoire en matière de traités internationaux et qui a été rejetée le 17 juin 2012¹³.

Lorsqu’il s’est prononcé sur cette dernière question, le Conseil fédéral a relevé l’élément suivant: «Bien que le Conseil fédéral propose de rejeter l’initiative, il reconnaît qu’il est légitime d’améliorer les instruments de la démocratie directe en matière de politique internationale. Il propose donc, à titre de contre-projet direct, d’inscrire dans la Constitution l’obligation de soumettre au référendum les traités internationaux d’importance constitutionnelle»¹⁴.

Aujourd’hui, la Suisse fait ainsi face aux développements suivants: d’une part, l’objet – particulièrement large – de l’initiative populaire fédérale pose problème et entre, de plus en plus fréquemment, en conflit avec le droit interna-

l’élection par le peuple au vu du risque de déséquilibre des institutions, voir ETIENNE GRISEL, *Gouvernement suisse: le Conseil fédéral*, Berne, 2010. Sur l’élection du Conseil fédéral par le peuple, voir ANDREAS AUER, *Duales Regierungsmodell und Volkswahl des Bundesrates: ein neues Reformkonzept*, ZBI 2011 397.

10 ANDREAS AUER, *Direkte Demokratie und Rechtsstaat*, in *Demokratie, Regierungsreform, Verfassungsfortbildung*, Symposium für René Rhinow, Bâle, 2009, 31, p. 35.

11 Voir le rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne du 5 mars 2010, FF 2010 2067 et le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401.

12 FF 2008 1333.

13 FF 2012 7159.

14 Message du Conseil fédéral relatif à l’initiative populaire «Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!)» du 1^{er} octobre 2010, FF 2010 6353, p. 6354.

tional. D'autre part, l'objet du droit de référendum sur les traités internationaux tend à s'étendre, étant précisé que la définition des objets qui y sont effectivement soumis est incertaine.

Il n'y a pas de corrélation entre ces deux dernières constatations. Ce développement mérite cependant une analyse et une réflexion conjointe: est-il possible de résoudre une partie du conflit qui peut surgir entre les initiatives populaires et le droit international en accordant une plus grande légitimité démocratique au second? Est-ce une piste de réflexion ou le problème doit-il être réglé différemment?

Il nous est apparu que la démocratie directe helvétique allait, à l'avenir, être confrontée de plus en plus souvent à cette situation. Ce sont donc ces questions que nous aborderons principalement dans la présente contribution, afin d'examiner comment notre ordre juridique peut, respectivement devrait, les appréhender.

Largement absent en matière de démocratie directe sur le plan fédéral, le rôle du juge mérite également d'être abordé. Comment justifier encore aujourd'hui la toute puissance en la matière du pouvoir politique, soit le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, alors même que l'accès au juge est garanti par la Constitution et les exclusions réservées aux cas exceptionnels (art. 29a Cst.¹⁵).

L'objectif n'est ainsi pas de se limiter à exposer le fonctionnement d'institutions déjà souvent décrites et analysées. Il s'agit avant tout d'envisager les évolutions concrètes souhaitables de certaines institutions de démocratie directe sur le plan fédéral.

B. La démocratie directe

La Suisse est une démocratie. Savoir s'il s'agit d'une démocratie directe ou semi-directe est en revanche bien plus âprement débattu. Un bref rappel de cette notion est un préalable utile¹⁶ à l'examen des questions actuelles qui se posent¹⁷, avant d'achever cette section par la justification des choix du présent rapport¹⁸.

I. Définitions

La Confédération helvétique est une démocratie¹⁹. Cela relève de l'évidence quant au sens usuel et commun du terme²⁰.

15 Constitution fédérale du 18 avril 1999, RS 101.

16 Voir *infra* B.I.

17 Voir *infra* B.II.

18 Voir *infra* B.III.

19 Sur la notion générale de démocratie, voir WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ, *Allgemeines Staatsrecht*, Bâle, Genève, Munich, 2004, p. 54 ss; RHINOW (note 6), p. 137 ss.

20 Voir THIERRY TANQUEREL, *Les fondements démocratiques de la Constitution*, in: Thürer/Aubert/Müller, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, 301 ss, n° 1.

Aujourd'hui encore, la doctrine reste cependant largement partagée sur le qualificatif applicable à cette notion.

S'agit-il d'une démocratie *directe* au motif que le peuple peut décider lui-même de se prononcer sur un objet par l'emploi du droit de référendum ou d'initiative²¹? Ou s'agit-il, au contraire, d'une démocratie *semi-directe*, soit un mélange entre un système représentatif, où le corps électoral procède à la seule nomination des organes de l'Etat, et une démocratie directe, où le peuple adopte directement – sans l'intermédiaire d'un parlement – tous les actes généraux et abstraits²²?

En définitive, l'élément déterminant semble être la présence des institutions de l'initiative populaire et du référendum, qui octroient le droit au corps électoral d'intervenir directement dans le fonctionnement et les décisions des autres organes étatiques. Dans un tel système, le peuple a le pouvoir de déclencher lui-même les mécanismes qui aboutissent à une votation²³. Ces institutions sont absentes dans une démocratie exclusivement représentative, où la fonction et le droit essentiel du corps électoral sont l'élection de ses représentants.

C'est ainsi en raison de l'existence, en droit suisse, de l'initiative populaire et du droit de référendum, que l'on doit admettre que la Suisse connaît, au sens large²⁴, une forme de démocratie directe.

De nombreuses questions relatives à la démocratie directe sont directement en lien avec la garantie des droits politiques, consacrés par l'article 34 de la Constitution, lequel précise que les droits politiques sont garantis (al. 1) et que la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté (al. 2).

Le Tribunal fédéral en donne la définition classique suivante: «De manière générale, la liberté de vote garantie par l'art. 34 Cst. exige que les votations et

21 Voir dans ce sens, notamment TORNAY (note 7), p. 7; BERNHARD EHRENZELLER/ROGER NOBS, Vorbemerkung zu Art. 136–142, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Saint-Gall, 2008, p. 2109, nos 6 et 7; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne, 2006, n° 600 ss, en particulier n° 607; ROGER NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht: eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der Schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, Zurich, 2006 p. 15–16; ALEXANDER TRECHSEL, Feuerwerk Volksrechte, Die Volkabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996, Bâle, Genève, Munich, 2000, p. 6; ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zurich, 1941, p. 419. Voir aussi PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne, 2011, p. 81–82, lequel considère que la Suisse est juridiquement une démocratie semi-directe, mais qu'elle doit être qualifiée de démocratie directe car la première notion n'a pas été transcrite dans le langage courant. Pour RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, Bâle, 2009, p. 393 ss, la Suisse connaît des éléments de démocratie représentative et directe.

22 Dans ce sens, notamment LINDER (note 7), p. 242 (avec certaines nuances); GRISEL (note 7), p. 57; HALLER/KÖLZ (note 19), p. 81; HANGARTNER/KLEY (note 7), n° 570; ALEXANDER MATTERN, Die Gesetzesinitiative im Bund und in den Kantonen, Bâle, 1991, p. 4 ss.

23 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 21), n° 607.

24 Voir EHRENZELLER/NOBS (note 21), n° 7.

élections soient organisées de telle manière que la volonté des électeurs puisse s'exercer librement, notamment sans pression ni influence extérieure. Cela implique en particulier une formulation simple, claire et objective des questions soumises au vote; celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen. Chaque électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence»²⁵.

La garantie pour des droits politiques est également consacrée à l'article 25 let. b du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II)²⁶, à teneur duquel tout citoyen a le droit, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables, de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs²⁷. Cette dernière disposition a relativement peu de portée en Suisse au vu de la garantie étendue offerte par la garantie des droits politiques mentionnée à l'article 34 Cst.²⁸ L'article 25 let. b du Pacte II a en effet été développé de manière minimaliste, afin de pouvoir être accepté dans un maximum de pays²⁹.

II. Les questions actuelles

Les questions qui se posent au XXI^e siècle existaient, pour une grande partie d'entre elles, déjà lors des derniers rapports à la Société des juristes, en 1984³⁰.

1. Les questions abordées par la jurisprudence fédérale

Un examen des derniers arrêts publiés du Tribunal fédéral permet de cerner, partiellement, les points relatifs aux institutions de démocratie directe qui occupent actuellement les juridictions helvétiques.

Le Tribunal fédéral a ainsi dû se prononcer sur le «public voting»³¹, soit le fait pour une commune en charge de la construction d'une nouvelle infrastruc-

25 ATF 137 I 200, consid. 2.1 et les références citées. Voir également ATF 138 II 5, consid. 2.2 et ATF 138 II 13, consid. 6.3. Il s'agit d'une reprise de la définition de la «liberté de vote» lorsqu'il s'agissait encore d'un droit constitutionnel non écrit (voir ATF 125 I 441, consid. 2.a).

26 Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2

27 De manière générale sur la portée de cette disposition, voir MANFRED NOWAK, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, Kehl, 2005, ad art. 25, n° 18 ss, p. 574 ss

28 Voir toutefois ATF 121 I 138 relatif à l'institution de la Landsgemeinde.

29 Voir ATF 129 I 185, consid. 5. Voir aussi sur cette question, ALBERTO ACHERMANN/MARTINA CARONI/WALTER KÄLIN, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, Bâle et Francfort-sur-le Main, 1997, 155; CLAUDE ROULLER, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Effets possibles de l'application immédiate de ses normes self-executing sur le développement des droits fondamentaux, RDS 1992 I 107, p. 125 ss.

30 Voir *supra* note 6.

31 ATF 138 I 143.

ture publique de mettre à disposition des citoyens qui ont le droit de vote, dans le cadre d'une procédure de marchés publics, plusieurs projets architecturaux. Les citoyens peuvent alors choisir le projet qu'ils préfèrent au moyen d'un bulletin de vote³². Le Tribunal fédéral a estimé qu'un tel procédé ne devait pas être mis sur un pied d'égalité avec une votation car il ne s'agissait que de déterminer, grossièrement, si le projet était accepté par la population, ce qui n'avait qu'un poids peu important³³. De la sorte, il a ouvert la voie à la votation consultative, ce qu'il avait jusqu'alors refusé en l'absence de base légale expresse³⁴.

Le système d'élection, le découpage des arrondissements électoraux et le taux de quorum ont été abordés à plusieurs reprises, principalement en lien avec le droit à l'égalité du vote³⁵. Il en va de même de l'examen d'une éventuelle violation des droits politiques lorsqu'un candidat élu sur une liste change de liste entre le résultat du vote et l'entrée en fonction. Le Tribunal fédéral a répondu par la négative et a validé un tel changement de parti politique en application principe du libre exercice d'un mandat, lequel fait partie de la garantie des droits politiques³⁶.

Sur la base de l'article 34 de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral a également accordé le droit au recomptage des bulletins en cas de vote³⁷ ou d'élection³⁸ serrés. Il a en revanche prononcé l'annulation d'un tirage au sort électronique et automatique entre deux candidats de la même liste ayant obtenu le même nombre de voix³⁹.

Il s'est également penché sur la clarté des questions soumises au vote⁴⁰, notamment sur la nécessité de fournir le texte intégral de l'acte soumis au vote⁴¹, le principe de l'unité de la matière – soit sur le lien intrinsèque – entre une ini-

32 Voir DC/2012/2, n° 89.

33 ATF 138 I 143, consid. 4.1. A noter que la doctrine considère, au contraire, qu'une telle participation de la population peut avoir un poids considérable: THIERRY TANQUEREL, *La participation de la population à l'aménagement du territoire*, Lausanne, 1988, p. 84, note 4.

34 ATF 104 Ia 226. Voir également Arrêt TF du 23 décembre 2005 dans la cause 1P.470/2005, consid. 4.1.

35 ATF 136 I 376 (reconnaissance du droit coutumier à la garantie d'un nombre minimum de sièges pour les petites communes); ATF 136 I 364 (méthode de répartition des sièges au parlement); ATF 136 I 352 (méthode de répartition des sièges au parlement); ATF 131 I 85 (méthode de découpage des districts électoraux); ATF 131 I 74 (méthode de découpage des arrondissements électoraux aboutissant à des quorums très élevés). Voir à cet égard Andrea Töndury, *Der ewige K(r)ampf mit dem Wahlkreisen in Direkte Demokratie*, Berne, 2013, 51.

36 ATF 135 I 19.

37 ATF 136 II 132; ATF 131 I 442. Voir également ATF 138 I 171 avec la problématique de la répétition de la votation si un recomptage n'est plus envisageable.

38 ATF 138 II 5. Pour la question sur le plan fédéral, ATF 136 II 132. Voir à cet égard Kurt Nusploger/Jano Mäder, *Präzision in der Demokratie: das Nachzählen sehr knapper Wahl- und Abstimmungsergebnisse am Beispiel die Teilrevision des Berner Motofahrzeugsteuergesetze*, ZBL 2013 183.

39 ATF 138 II 13.

40 ATF 131 I 126.

41 ATF 132 I 104.

tiative populaire et un contre-projet⁴² ainsi que sur la possibilité de proposer des amendements sur des textes lors d'une *Landsgemeinde*⁴³.

Il a aussi rappelé les règles applicables aux interventions des autorités dans une campagne de votation, soit notamment l'obligation de fournir des explications objectives ainsi que l'interdiction de financer un comité de campagne privé⁴⁴. Les autorités peuvent cependant indiquer dans les explications de vote que le texte de l'initiative est incompatible avec certains principes de droit fédéral⁴⁵.

Le Tribunal fédéral s'est également penché sur l'influence de la présentation de documents inexacts lors d'une assemblée communale sur la liberté de vote⁴⁶, ainsi qu'à l'influence d'une émission de télévision présentant un portrait subjectif et bienveillant d'un conseiller d'Etat durant une campagne électorale⁴⁷. Il a enfin statué sur le droit pour une commune d'intervenir dans une votation cantonale⁴⁸ et les informations inexacts transmises par le Conseil fédéral lors d'une campagne de votation ainsi que sur les sanctions envisagées lorsque des irrégularités sont découvertes ultérieurement⁴⁹.

Sans surprise, la validité des initiatives populaires cantonales a été abordée, en particulier la possibilité d'apporter des pures modifications rédactionnelles au texte d'une initiative entièrement rédigée⁵⁰. Il en va de même de l'examen de l'existence ou de l'absence d'éléments trompeurs dans le texte d'une initiative populaire⁵¹. Enfin, bien que le texte d'une initiative doive être interprété dans le sens qui est le plus favorable aux initiants (*in dubio pro populo*), l'invalidation partielle du texte n'est envisageable que si le texte restant correspond encore à la volonté des initiants et des signataires⁵². Récemment, le Tribunal fédéral s'est aussi penché sur la conformité aux normes de l'aménagement du territoire d'une initiative tendant à adopter des normes de protection du paysage⁵³.

Le droit de référendum a aussi fait l'objet d'interventions du Tribunal fédéral. Il a jugé qu'une disposition constitutionnelle vaudoise n'était pas suffisamment claire pour imposer au citoyen de choisir entre une mesure d'assainissement et l'augmentation correspondante du coefficient de l'impôt cantonal. Un

42 ATF 137 I 200.

43 ATF 132 I 291.

44 ATF 132 I 104. Sur toutes ces questions, voir Uincent Martenet/Théophile von Büren, L'information des autorités et des particuliers en vue d'un scrutin, à l'aune de la liberté de vote, RDS 2013 I 57.

45 ATF 136 I 389.

46 ATF 135 I 292.

47 ATF 134 I 2.

48 ATF 136 I 404.

49 ATF 138 I 61, étant toutefois précisé que le déroulement même d'une votation fédérale n'est pas sujet à recours devant le Tribunal fédéral: ATF 137 II 177.

50 ATF 133 I 110.

51 ATF 133 I 110.

52 ATF 134 I 172.

53 ATF 138 I 131.

processus de vote aussi particulier doit ainsi, au préalable, être concrétisé dans une loi⁵⁴. Il s'est en outre prononcé sur la mise en œuvre d'une norme adoptée dans le cadre d'une procédure de référendum constructif⁵⁵.

Point central pour un exercice efficace des institutions de démocratie directe: le droit à l'utilisation du domaine public pour récolter des signatures en vue d'exercer les droits politiques. Sur ce sujet, le Tribunal fédéral a opportunément rappelé qu'aucun intérêt de droit constitutionnel suffisant n'existe pour soumettre une telle récolte à autorisation⁵⁶.

Enfin, la délimitation entre les articles 282 (fraude électorale) et 282^{bis} (capitation de suffrages) CP⁵⁷, a également été précisée par le Tribunal fédéral⁵⁸.

La très grande majorité de ces arrêts concerne les droits politiques cantonaux. La jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de droits politiques a ainsi un effet unificateur certain du droit public cantonal en la matière⁵⁹.

2. *Les autres questions*

Spécificité du XXI^e siècle, le référendum fédéral des cantons (art. 141 al. 1 Cst.) a été utilisé pour la première fois en 2003 depuis son introduction dans la Constitution fédérale⁶⁰. L'utilisation de ce droit référendaire par les cantons a abouti au rejet de modifications en matière fiscale⁶¹.

Un grand débat a surgi sur l'exécution immédiate de nouvelles dispositions constitutionnelles découlant d'une initiative populaire dans le courant de l'année 2012⁶².

Le 12 octobre 2012, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la modification de l'article 121 de la Constitution fédérale, adoptée lors de la votation populaire du 28 novembre 2010 en vue d'assurer le «renvoi des étrangers criminels»⁶³, ne pouvait pas être appliquée sans dispositions d'exécution⁶⁴. A notre sens, cet arrêt marque un tournant dans l'examen juridique des initiatives fédérales. Le Tribunal fédéral laisse en effet clairement transparaître dans cet arrêt, pour la première fois, qu'il convient de faire primer les droits internationaux de l'homme sur un

54 ATF 131 I 126.

55 ATF 138 I 189.

56 ATF 135 I 302.

57 Code pénal suisse, RS 311.0.

58 ATF 138 IV 70.

59 Voir notamment ALFRED KÖLZ, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZBl 1982 I, p. 47–48.

60 DENISE BUSER, Kantonaes Staatsrecht, Bâle, 2011, p. 94.

61 Voir FF 2004 3727.

62 Voir, par exemple, Eric BRANDT, Résidences secondaires: premières jurisprudences cantonales, Plaidoyer, 2012/6, p. 38 ss. De manière générale, voir Roland Norer/Bernhard Rüttsche, Rechtliche Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, Berne, 2013.

63 RO 2011 1199.

64 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, destiné à publication aux ATF.

texte constitutionnel interne, même issu d'une initiative populaire acceptée par la majorité du peuple et des cantons.

Le 23 octobre 2012, le Tribunal administratif du canton des Grisons a également jugé que l'article 75b de la Constitution fédérale, adopté lors de la votation populaire du 11 mars 2012 et limitant la construction de résidences secondaires⁶⁵, n'avait pas d'effet immédiat. Le texte devait s'appliquer uniquement dès le 1^{er} janvier 2013, conformément aux dispositions transitoires adoptées⁶⁶. Le 22 novembre 2012, la Cour de droit administratif du Tribunal cantonal vaudois en a jugé de même⁶⁷. Cette question est aujourd'hui pendante devant le Tribunal fédéral, lequel pourrait rendre ses premiers arrêts sur cette question au début de l'été 2013.^{67bis}

Les sujets couverts par la notion de démocratie directe sont donc très vastes et ont fait l'objet d'innombrables contributions doctrinales et d'une jurisprudence très fournie.

Sauf quelques notables exceptions, les grands absents de ce très bref panorama sont cependant les droits politiques fédéraux. Le rôle du Tribunal fédéral dans ce domaine est en effet réduit à une portion congrue, ce qui est discutable depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007⁶⁸, de l'article 29a Cst., lequel garantit, de manière générale, un accès au juge.

Un autre domaine largement absent de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁹ est le financement des campagnes de votations, des campagnes électorales et des partis politiques.

Ce domaine, plusieurs fois étudié⁷⁰, nécessiterait une intervention législative. Le Conseil fédéral ne partage cependant pas cet avis: «Considérant les grandes difficultés, mais aussi les nombreuses inconnues qui s'attachent à la mise en œuvre, notamment en ce qui concerne l'applicabilité et les possibilités de sanction, le Conseil fédéral se déclare hostile à l'idée de passer par la voie

65 RO 2012 3627.

66 Jugement de la 5^e chambre du Tribunal administratif des Grisons du 23 octobre 2012 dans la cause R 12 77; partiellement résumé dans BRANDT (note 62), p. 43.

67 Jugement de la Cour de droit administratif du Tribunal cantonal vaudois du 22 novembre 2012 dans la cause AC.2012.0127.

67bis Le Tribunal fédéral s'est écarté de l'approche cantonale et a statué en faveur de l'applicabilité immédiate de la nouvelle disposition cantonale: Arrêts TF du 22 mai 2013 dans les causes 4C_649/2012; 1C_650/2012; 1C_614/2012 et 1C_646/2012.

68 RO 2006 1059.

69 Exception faite de l'ATF 125 I 441, où le Tribunal fédéral a jugé que la disposition de la loi sur l'exercice des droits politiques du canton du Tessin, qui limitait à CHF 50 000.– les contributions de tiers au financement de la campagne électorale d'un candidat aux élections cantonales, violait tant le principe de l'égalité des chances des candidats que le principe de la proportionnalité.

70 Voir, en particulier, LUKAS SCHAUB, *Die Finanzierung von Wahl- und Abstimmungskämpfen*, Zurich, 2012; MARTINA CARONI, *Geld und Politik: die Finanzierung politischer Kampagnen im Spannungsfeld von Verfassung, Demokratie und politischem Willen*, Berne, 2009; TIZIANO BALMELLI, *Le financement des partis politiques et des campagnes électorales: entre exigences démocratiques et corruption*, Fribourg, 2001.

législative. Il estime du reste que la démocratie directe vit aussi de la générosité financière des particuliers, qu'une obligation de transparence risquerait de tarir. Par ailleurs, plus d'un élément joue un rôle dans la libre formation de l'opinion du citoyen, et l'achat d'espaces publicitaires dans la presse à grand renfort de moyens financiers ne fait pas tout: les débats de fond qui sont publiés dans la partie rédactionnelle sont aussi importants, sinon davantage, pour l'issue d'une élection ou d'une votation. Aussi le Conseil fédéral est-il opposé à la motion, préférant miser sur des mesures volontaires⁷¹.

Le sujet ne semble ainsi guère à l'ordre du jour pour l'instant. L'Assemblée fédérale a en outre refusé toutes les initiatives parlementaires qui lui ont été soumises dernièrement⁷². La situation mériterait pourtant sans doute une intervention du législateur, les sommes investies étant très disparates entre les forces politiques engagées⁷³. Ni la transparence, ni l'équilibre des sommes investies ne sont ainsi garantis aujourd'hui en droit suisse.

III. Les choix

Un survol de ces différents domaines précités aurait pu relever avant tout d'une compilation des différents principes confirmés par la jurisprudence et la doctrine. Un choix devait s'imposer. Même si la démocratie directe est particulièrement développée sur les plans cantonal et communal, il nous a semblé utile d'examiner des domaines où la jurisprudence est rare, voire même inexistante: les droits politiques sur le plan fédéral, soit: le traitement des initiatives populaires fédérales et les droits de l'homme⁷⁴, l'objet du droit de référendum fédéral en matière de traités internationaux⁷⁵, l'extension souhaitable du rôle du juge en matière de droits politiques fédéraux⁷⁶ et l'élection des juges⁷⁷.

Pour le premier domaine, le Conseil fédéral a lui-même admis qu'il s'agissait d'un problème particulier et, aujourd'hui, récurrent: «Pour ce qui est du problème particulier à la Suisse que représentent les conflits entre certaines initiatives populaires et le droit international, les initiatives populaires peuvent être

71 Avis du Conseil fédéral du 18 mai 2011 relatif à la motion parlementaire n° 11.3116 *Financement des partis. Plus de transparence*.

72 Voir les initiatives parlementaires *Gross* n° 99.430, *Nordmann* n° 06.406, du *groupe socialiste* n° 09.415 et *Hodgers* n° 09.442.

73 MICHAEL HERMANN/MARIO NOWAK, *Das politische Profil des Geldes – Wahl- und Abstimmungswerbung in der Schweiz*, Zurich, février 2012; étude commandée par l'Office fédéral de la justice. A noter que le financement massif d'une campagne n'apporte pas toujours le résultat escompté comme l'a démontré l'adoption, le 3 mars 2013, de l'initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives», à une très large majorité, nonobstant un investissement financier massif des opposants.

74 Voir *infra* C.

75 Voir *infra* D.

76 Voir *infra* E.

77 Voir *infra* F.

déclarées nulles uniquement lorsqu'elles violent les règles impératives du droit international. Cette notion recouvre un petit ensemble de normes fondamentales telles que l'interdiction du génocide, de la torture ou de l'esclavage. Depuis les années 90, de plus en plus d'initiatives populaires enfreignant d'autres règles du droit international ont été déposées, or elles doivent être déclarées valables. La question est alors de savoir comment résoudre la contradiction avec le droit international au moment de les mettre en œuvre. Elle est particulièrement d'actualité au lendemain de l'acceptation de l'initiative populaire «contre la construction de minarets». En pratique, l'Assemblée fédérale s'efforce de concrétiser ces initiatives de manière conforme au droit international, tout en tenant compte au mieux de la volonté de leurs auteurs⁷⁸. Le 15 mars 2013, le Conseil fédéral a d'ailleurs lancé une consultation sur un avant projet de modification de la Constitution et de la législation fédérale en matière de droits politiques sur ce domaine⁷⁹. L'interprétation conforme actuellement préconisée a en outre des limites et le conflit entre initiative et droit international doit trouver une réponse claire, que cela soit *de lege lata* ou *de lege ferenda*⁸⁰.

Pour le second domaine, il s'agit d'examiner la portée pratique des articles 140 et 141 let. d Cst., en particulier l'article 141 let. d ch. 3 Cst., qui donne un très (trop?) large pouvoir d'examen à l'Assemblée fédérale. Cette disposition prévoit que soient soumis au vote du peuple les traités qui contiennent des dispositions *importantes* fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. La notion d'importance est éminemment imprécise et permet, très largement, au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale d'user de son pouvoir d'appréciation. Ce faisant, il n'est pas certain que l'acceptation du droit international par le corps électoral s'en trouve véritablement renforcée⁸¹. Or, le renforcement de l'acceptation, voire même de la légitimité, du droit international des droits de l'homme n'est pas sans importance au vu des conflits importants entre ces mêmes droits de l'homme et la démocratie directe, en particulier dans le domaine des initiatives populaires.

Comme nous l'exposerons dans ce rapport, il nous semble aujourd'hui nécessaire d'introduire un contrôle judiciaire, que cela soit dans l'examen de la validité des initiatives populaires fédérales ou dans la surveillance des textes internationaux soumis au droit de référendum. La nécessité d'étendre l'accès au juge en matière de droits politiques fédéraux sera dès lors abordée⁸².

Une telle extension entraîne, pour corollaire, la nécessité de s'interroger sur les liens entre démocratie directe et nomination des juges, notamment leur mode

78 Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne du 5 mars 2010, FF 2010 2067.

79 Voir le rapport explicatif du Conseil fédéral de janvier 2013 concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et de la Constitution (Cst.).

80 Voir *infra* C.

81 Voir *infra* D.

82 Voir *infra* E.

d'élection⁸³. Est-ce un facteur de garantie d'indépendance ou, au contraire, un risque de pression pour les magistrats élus?

Une réflexion entre le mode de nomination des juges, soit l'élection, instrument de démocratie directe, et les standards internationaux sur l'indépendance judiciaire s'impose dès lors. L'article 1.3 de la Charte européenne sur le statut des juges, établie sous l'égide du Conseil de l'Europe, prévoit en effet pour toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de fonction d'un juge ou d'une juge, l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci. Fréquente en Suisse dans ce domaine, l'intervention d'instruments de démocratie directe semble ainsi, à première vue, problématique au vu des standards internationaux.

C. Les initiatives populaires fédérales et les droits de l'homme

A teneur de l'article 139 al. 3 Cst., l'Assemblée fédérale doit déclarer totalement ou partiellement nulle une initiative qui ne respecte pas les règles impératives du droit international. Cette obligation de respecter le droit international impératif s'applique à toute modification partielle de la Constitution fédérale (art. 194 al. 2 Cst.).

En matière d'initiative populaire fédérale, l'Assemblée fédérale statue sur la validité du texte suite à la rédaction d'un message explicatif du Conseil fédéral (art. 97 LParl⁸⁴). Si les décisions des conseils divergent quant à la validité de tout ou partie d'une initiative populaire, et que le conseil qui a reconnu la validité confirme sa décision, l'initiative ou les parties en cause sont réputées valables (art. 98 LParl).

L'invalidation partielle ou totale d'une initiative contraire aux règles impératives du droit international a formellement été introduite lors de la modification totale de la Constitution du 18 avril 1999⁸⁵. A l'époque, il avait en effet été relevé qu'une telle limite était opportune: «Ainsi, le noyau du droit international humanitaire et les interdictions en matière de violence, d'agression, de génocide ou de torture appartiennent sans conteste au droit impératif. Ces règles sont de nature contraignante parce qu'elles participent des principes fondamentaux de l'attitude interétatique et s'avèrent indispensables à la coexistence pacifique des peuples à leur dignité. Même le peuple et les cantons n'ont pas le choix en la matière. C'est pourquoi le Conseil fédéral juge opportun de consacrer explicitement

83 Voir *infra* F.

84 Loi fédérale sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002, RS 171.10.

85 RO 1999 2556.

les dispositions impératives du droit international en tant que limites matérielles à la révision de la Constitution, conformément à la doctrine dominante et à la récente pratique de l'Assemblée fédérale. Les exigences en matière de validité des initiatives populaires sont ainsi réglées de manière claire et transparente»⁸⁶.

La notion de règles impératives du droit international fait appel aux théories du droit international public⁸⁷, notamment à la définition de telles normes contenue à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸⁸, lequel prévoit qu'est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

C'est le 14 mars 1996 que l'Assemblée fédérale a, pour la première et unique fois, déclaré nulle une initiative en raison de la contrariété au droit international de l'initiative fédérale «pour une politique d'asile raisonnable»⁸⁹. L'Assemblée fédérale s'est fondée sur le message du Conseil fédéral du 22 juin 1994⁹⁰, lequel a estimé qu'aucun «Etat de droit ne peut passer outre des normes de droit international public qui sont considérées au plan international comme des dispositions élémentaires de protection des droits fondamentaux et du droit international humanitaire; indépendamment de la ratification ou de la dénonciation de traités de droit international public, ces normes présentent un caractère contraignant pour tous les Etats de droit»⁹¹.

Le Conseil fédéral a relevé que s'il est envisageable de dénoncer des traités garantissant les droits de l'homme⁹², il n'est pas acceptable de soumettre au peuple les initiatives contraires au droit international public contraignant (*ius cogens*). Pour lui, de telles initiatives doivent être déclarées nulles⁹³.

Depuis lors, la conformité au droit international de plusieurs initiatives s'est posée⁹⁴. La pratique des autorités fédérales en la matière est relativement res-

86 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 369.

87 Voir notamment: FF 2004 3077, p. 3087; FF 2006 8481, p. 8489. Le Conseil fédéral se fonde sur HANGARTNER/KLEY (note 7), n° 549.

88 Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111.

89 FF 1996 I 1305.

90 Message du Conseil fédéral du 22 juin 1994 concernant les initiatives populaires «pour une politique d'asile raisonnable» et «contre l'immigration clandestine», FF 1994 III 1471.

91 FF 1994 III 1471 p. 1483.

92 FF 1994 III 1471, p. 1479–1480.

93 FF 1994 III 1471, p. 1483. Voir aussi WALTER KÄLIN, Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht – Das Beispiel völkerrechtswidriger Asylinitiativen, PJA 1993 243.

94 Pour la pratique sur les initiatives avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, voir

trictive et plus aucune initiative n'a été déclarée nulle pour violation des normes impératives du droit international public depuis le 14 mars 1996.

Afin de pouvoir en tirer une synthèse, il se justifie d'examiner les initiatives dont la conformité aux droits de l'homme s'est posée depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale.

I. La pratique des autorités fédérales

1. *L'initiative populaire fédérale «contre les abus dans le droit d'asile»*

Déposée en 2000, cette initiative avait pour but, «sous réserve des obligations découlant du droit international public», de rendre la Suisse moins attrayante comme terre d'asile, en proposant des mesures restrictives sur le plan procédural et en matière d'aide d'urgence, notamment⁹⁵.

Dans son message, le Conseil fédéral a relevé que cette initiative ne contenait pas d'éléments contraires au droit international⁹⁶. S'agissant de la réserve générale en matière de droit international prévue par le texte de l'initiative, il a estimé qu'au vu du principe de la primauté du droit international sur le droit interne reconnu par le droit suisse, une telle réserve ne revêtait qu'un caractère déclaratoire⁹⁷.

L'Assemblée fédérale a validé l'initiative⁹⁸, laquelle a été refusée en votation le 24 novembre 2002⁹⁹.

2. *L'initiative populaire fédérale «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables»*

Déposée en 2000 toujours, cette initiative visait à introduire, pour un groupe de délinquants définis, un internement soumis à des conditions de libération particulièrement restrictives¹⁰⁰.

Dans son message, le Conseil fédéral a rappelé l'obligation pour une initiative de respecter, sous peine de nullité, le droit international public, lequel était notamment composé des garanties de la CEDH¹⁰¹ et du Pacte II, auxquelles il ne saurait être dérogé, pas même en état de nécessité¹⁰². S'agissant de l'initia-

ROBERT BAUMANN, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, ZBl 2007 181, p. 191 ss.

95 FF 2000 5805. Voir également FF 199 3128.

96 Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «contre les abus dans le droit d'asile» du 15 juin 2001, FF 2001 4511, p. 4516.

97 FF 2001 4511, p. 4516.

98 FF 2002 2575.

99 FF 2003 665.

100 FF 2000 3124 et FF 1998 4357.

101 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101.

102 Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables» du 4 avril 2001, FF 2001 3265, p. 3270.

tive elle-même, le Conseil fédéral a relevé que le texte posait des problèmes de conformité au regard des articles 5 et 6 CEDH au vu de la limitation du contrôle par un tribunal. Il a néanmoins estimé qu'une interprétation conforme de ce texte aux dispositions de la CEDH était possible¹⁰³, tout en relevant que ces conflits potentiels ne relevaient pas du droit international impératif au sens de l'article 139 al. 3 Cst.¹⁰⁴.

L'Assemblée fédérale a validé l'initiative¹⁰⁵, laquelle a été acceptée en votation populaire le 8 février 2004¹⁰⁶.

Il appartiendra en définitive au juge de trancher, lors d'un cas d'application, impliquant un éventuel contrôle concret de conventionalité de la Constitution fédérale¹⁰⁷, le conflit éventuel entre la nouvelle norme constitutionnelle (art. 65^{bis} Cst.) et le droit international. Le Tribunal fédéral sera vraisemblablement amené à statuer prochainement¹⁰⁸.

3. *L'initiative populaire fédérale «pour une conception moderne de la protection des animaux»*

Déposée en 2003, cette initiative avait pour objectif d'améliorer la protection des animaux en amenant la Confédération à légiférer dans plusieurs domaines relatifs à la protection des animaux¹⁰⁹.

Le Conseil fédéral a constaté que l'initiative était contraire à plusieurs engagements internationaux de la Suisse, notamment à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de l'OMC¹¹⁰ ainsi qu'à la CEDH et au Pacte II, en particulier en lien avec l'interdiction de l'importation de viande suite à un abatage rituel¹¹¹.

A cette occasion, le Conseil fédéral a décidé de consacrer une interprétation restrictive du motif de nullité d'une initiative consacrée par l'article 139 al. 3 Cst. Il a soutenu qu'il était particulièrement important de laisser le peuple s'exprimer sur l'initiative: «la possibilité de déclarer nulle une demande formulée dans une initiative est en concurrence avec le droit des électeurs de se prononcer sur les modifications proposées de la Constitution. Ce droit mérite qu'on lui accorde une très grande importance. On ne saurait déroger à ce droit que dans les

103 FF 2001 3265, p. 3287–3289.

104 FF 2001 3265, p. 3270.

105 FF 2003 3979.

106 FF 2004 2045.

107 A ce sujet, voir *infra* C.III.

108 Voir l'éditorial de *forum poenale* 2012/6 p. 329. Voir aussi le premier arrêt cantonal en la matière in *forum poenale* 2013/2 p. 75 avec note de Wiprächtiger.

109 FF 2003 5412 et FF 2002 472.

110 RS 0.632.20.

111 Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!)» du 7 juin 2004, FF 2004 3077, p. 3084 ss.

cas d'absolue nécessité. En d'autres termes, il faut éviter à tout prix d'introduire dans la Constitution de nouveaux motifs de nullité qui n'y figurent pas»¹¹².

Le Conseil fédéral a admis que l'initiative violait les obligations contenues dans les traités avec l'OMC, ainsi que celles découlant de la CEDH et du Pacte ONU II. Tout en admettant qu'une dénonciation des deux derniers traités n'était pas envisageable, le Conseil fédéral a estimé que ces traités ne pouvaient être assimilés à du droit international impératif au sens de l'article 139 al. 3 Cst.¹¹³.

L'Assemblée fédérale a suivi cette approche et a validé l'initiative¹¹⁴, laquelle a finalement été retirée en 2006 suite à l'adoption d'un contreprojet indirect¹¹⁵.

4. *L'initiative populaire fédérale «pour des naturalisations démocratiques»*

Déposée en 2004, cette initiative avait pour but de permettre aux communes de décider de manière autonome quel organe statue sur les naturalisations et rendre la décision de cet organe définitive. Cette initiative avait pour but de permettre le vote à l'urne sur les naturalisations¹¹⁶, suite à la jurisprudence du Tribunal fédéral ayant interdit cette pratique¹¹⁷.

Le Conseil fédéral a relevé que cette initiative – par son absence de tout contrôle judiciaire subséquent de la décision – violait plusieurs traités internationaux importants¹¹⁸. Il a rappelé que par normes impératives au sens de l'article 139 al. 3 Cst. on entendait notamment les interdictions de la torture, du génocide, de l'esclavage. Lorsque de telles normes sont consacrées dans un traité international, leur caractère contraignant exclut qu'un Etat puisse s'y soustraire, même en cas de dénonciation. En revanche, selon le Conseil fédéral, la garantie de l'accès au juge prévue à l'article 6 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹¹⁹ ainsi que le droit à un recours effectif au sens des articles 13 CEDH et 2 al. 3 du Pacte II ne font pas partie du droit international impératif au sens de ce qui précède. Rappelons son refus d'assimiler au droit international impératif des normes figurant dans les engagements de droit international public, même si elles revêtent une importance telle pour la Suisse qu'il est hors de question de les dénoncer. Bien que le Pacte II ne soit pas dénonçable et que la CEDH ait un rang élevé dans la hié-

112 FF 2004 3077, p. 3088.

113 FF 2004 3077, p. 3088. Voir aussi le premier arrêt cantonal en le matrère in forum poende 2013/2 p. 75 avec note de Wiprächtiger

114 FF 2005 6791.

115 FF 2006 377.

116 FF 2006 835 et FF 2004 2261.

117 ATF 129 I 217 et ATF 129 I 232.

118 Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire fédérale «pour des naturalisations démocratiques» du 25 octobre 2006, FF 2006 8481, p. 8486 ss.

119 RS 0.104.

rarchie des conventions, ils ne constituent pas du droit international impératif au sens de l'article 139 al. 3 Cst. Le Conseil fédéral a ainsi considéré que l'initiative était contraire au droit international – et en particulier à plusieurs traités garantissant des droits de l'homme qui n'étaient pas nécessairement dénonçables – mais que ce nonobstant, elle devait être soumise au peuple¹²⁰.

L'Assemblée fédérale a validé l'initiative¹²¹, laquelle a été refusée en votation le 1^{er} juin 2008¹²².

5. *L'initiative populaire fédérale «contre la construction de minarets»*

Déposée en 2008, cette initiative avait pour objectif d'interdire la construction de tout minaret en Suisse¹²³.

La conformité au droit international, et en particulier aux droits de l'homme, n'a pas manqué de se poser, notamment en lien avec la liberté religieuse, la liberté d'expression et l'interdiction de discrimination. Le Conseil fédéral, suivant en cela sa pratique précédente, a estimé qu'un tel texte violait le droit international, mais qu'il ne pouvait être déclaré nul, les dispositions topiques de la CEDH et du Pacte II ne faisant pas partie du droit international impératif au sens de l'article 139 al. 3 Cst.¹²⁴. Nuançant très légèrement son approche sur le *ius cogens*, le Conseil fédéral a relevé que certaines dispositions de la CEDH et du Pacte II pouvaient faire partie du droit international impératif – comme l'interdiction de la torture par exemple. Pour le surplus, et bien que ces deux textes aient «un rang qui rend leur dénonciation de fait impossible»¹²⁵, il a confirmé son refus de les assimiler à du droit international impératif au sens de l'article 139 al. 3 Cst.¹²⁶.

L'Assemblée fédérale a finalement déclaré l'initiative valide¹²⁷, laquelle a été acceptée en votation populaire le 29 novembre 2009¹²⁸.

Les différents recours adressés au Tribunal fédéral contre le résultat de cette votation ont été déclarés irrecevables¹²⁹. Il en va de même des saisines directes de la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁰.

120 FF 2006 8481, p. 8489–8490.

121 FF 2007 6553.

122 FF 2008 5599.

123 FF 2008 6259 et FF 2007 3045

124 Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets» du 27 août 2008, FF 2008 6923, p. 6929 ss.

125 FF 2008 6923, p. 6930.

126 FF 2008 6923, p. 6931 ss.

127 FF 2009 3903.

128 FF 2010 317.

129 Arrêt TF du 14 avril 2010 dans la cause 1C_5/2010; Arrêt TF du 26 janvier 2010 dans la cause 1C_33/2010; Arrêt TF du 14 décembre 2009 dans la cause 1C_529/2009; Arrêt TF du 14 décembre 2009 dans la cause 1C_527/2009; Arrêt TF du 13 octobre 2009 dans la cause 1C_451/2009.

130 DCEDH du 28 juin 2011 dans la cause *La Ligue des musulmans de Suisse contre Suisse*, requête n° 66274/09 et DCEDH du 28 juin 2011 dans la cause *Ouardiri contre Suisse*, requête n° 6584/09.

6. *L'initiative populaire fédérale «pour le renvoi des étrangers criminels»*

Déposée en 2008, cette initiative avait pour but de faire disparaître la marge d'appréciation des autorités et prévoir un renvoi automatique des étrangers condamnés pour certains délits ou de ceux ayant perçu abusivement des prestations des assurances sociales¹³¹.

Le Conseil fédéral a relevé que cette initiative était contraire à de nombreuses obligations internationales de la Suisse, notamment en lien avec le respect de textes internationaux garantissant des droits de l'homme, comme l'article 8 CEDH. Il a toutefois confirmé son approche selon laquelle ces normes ne sont pas du droit international impératif au sens de l'article 139 al. 3 Cst.¹³².

S'agissant de la problématique du *ius cogens*, et en particulier de principe du non-refoulement, le Conseil fédéral a choisi, clairement, de procéder par la voie de l'interprétation conforme:

«L'initiative sur le renvoi peut être interprétée de telle sorte que le principe du non-refoulement soit respecté. Ce principe ne donne pas droit au séjour et accorde seulement un droit à être protégé contre un renvoi dans certains pays précis. La privation de tous les droits à séjourner en Suisse, prévue dans le texte de l'initiative (art. 121, al. 3, Cst.), et l'obligation d'expulsion qui en découle (art. 121, al. 5, Cst.) n'interdisent pas aux autorités de considérer le principe du non-refoulement comme une interdiction provisoire ou durable de l'exécution de l'expulsion. L'initiative comporte des solutions similaires à celles de l'initiative «Pour une politique d'asile raisonnable» déclarée non valable. Cependant, elle est formulée avec plus de retenue et peut par conséquent être mise en application conformément au droit international impératif. De plus, il ressort de l'argumentaire de l'initiative populaire, publié sur Internet, que ses auteurs n'ont pas l'intention de contrevenir au droit international impératif. L'initiative sur le renvoi doit donc être déclarée valable. Par ailleurs, de simples doutes quant à sa validité ne justifieraient pas une invalidation»¹³³.

L'Assemblée fédérale a validé l'initiative¹³⁴, laquelle a été acceptée en votation populaire le 28 novembre 2010¹³⁵.

Le 12 octobre 2012, dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a jugé que ce nouveau texte constitutionnel ne pouvait pas être appliqué sans dispositions d'exécution¹³⁶. En cours de rédaction¹³⁷, ces dispositions sont déjà contestées

131 FF 2007 4725 et FF 2008 1745.

132 Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2009 4571, p. 4580 ss.

133 FF 2009 4571, p. 4577.

134 FF 2010 3853.

135 FF 2011 2593.

136 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011.

137 Voir FF 2012 5215.

par la voie d'une nouvelle initiative populaire intitulée «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»¹³⁸.

7. *L'initiative populaire fédérale «Peine de mort en cas d'assassinat en concours avec un abus sexuel»*

Lancée en 2010, cette initiative visait à réintroduire la peine de mort en Suisse pour certaines infractions pénales particulièrement graves¹³⁹.

Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale n'ont jamais eu à se prononcer sur la validité de cette initiative, qui n'a pas récolté les 100 000 signatures (art. 138 al. 1 Cst.) nécessaires à son aboutissement¹⁴⁰. Certains auteurs ont néanmoins estimé que cette initiative aurait dû être invalidée au motif que l'interdiction de la peine de mort faisait partie du *ius cogens* régional¹⁴¹. Le Conseil fédéral l'a également laissé entendre dans son rapport additionnel sur la relation entre le droit international et le droit interne¹⁴².

8. *L'initiative populaire fédérale «contre l'immigration de masse»*

Lancée en 2011, cette initiative propose une nouvelle politique restrictive en matière de gestion de l'immigration dans le but, notamment, de mettre fin à la libre circulation des personnes découlant des traités internationaux conclus par la Suisse¹⁴³.

Le Conseil fédéral a relevé que ce texte était contraire à de nombreux engagements internationaux de la Suisse, en particulier à l'ALCP¹⁴⁴. Il a cependant rappelé qu'une initiative ne pouvait être déclarée nulle qu'en cas de violation des normes impératives du droit international, ce qui n'était clairement pas le cas de ces engagements internationaux. Rappelant enfin le principe de l'interprétation conforme, le Conseil fédéral a estimé que le texte de l'initiative ne s'opposait nullement au respect du principe de non-refoulement, lequel fait partie du droit international impératif. Bien qu'impliquant des plafonds en matière d'immigration, l'initiative laisse suffisamment de marge de manœuvre au législateur pour les introduire en respectant le principe de non-refoulement¹⁴⁵.

L'initiative est en cours de traitement par l'Assemblée fédérale.

138 FF 2012 6873.

139 FF 2010 4975.

140 FF 2012 2231.

141 CHIARA PIRAS/STEPHAN BREITENMOSER, Das Verbot der Todesstrafe als regionale *ius cogens*, PJA 2011 331. Voir aussi TSCHANNEN (note 21), p. 546.

142 Voir le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3414.

143 FF 2011 5845.

144 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681.

145 Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2013 279, p. 288 ss et p. 323 ss.

9. *L'initiative populaire fédérale «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles»*

Lancée en 2011¹⁴⁶ et ayant abouti en 2012¹⁴⁷, cette initiative cherche à s'assurer que la Confédération prenne des mesures aux fins de limiter la population résidente à un niveau qui soit «compatible avec la préservation durable des ressources naturelles». A cette fin, le solde migratoire est limité et 10% du financement de la coopération internationale au développement doivent être consacrés au financement de mesures visant à encourager la planification familiale volontaire.

L'initiative est en cours de traitement par le Conseil fédéral.

S'agissant de sa validité, le texte de l'initiative pose, au regard du droit international, des problèmes tout à fait similaires à l'initiative populaire «contre l'immigration de masse»¹⁴⁸. Le Conseil fédéral devrait dès lors très vraisemblablement estimer que cette initiative peut être interprétée de manière conforme au principe du non-refoulement.

En revanche, l'initiative pose un sérieux problème au regard du principe d'unité de la matière, qui est également une condition de validité d'une initiative (art. 139 al. 3 Cst.). En effet, pour que ce principe soit respecté, un rapport intrinsèque doit exister entre les différentes parties de l'initiative (art. 75 al. 2 LDP¹⁴⁹). Une initiative programmatique peut certes exposer un objectif et différents moyens pour y parvenir, mais il faut que ceux-ci ne soient pas trop hétérogènes et qu'un fil conducteur apparaisse dans les propositions¹⁵⁰.

En l'espèce, une initiative qui vise la préservation des ressources naturelles et qui, pour y parvenir, propose à la fois de limiter l'immigration et de consacrer une partie du financement de la coopération internationale au développement au planning familial volontaire poursuit bien un seul objectif. Les moyens proposés sont toutefois bien trop hétérogènes. Il n'y a en effet aucun lien objectif entre la limitation de l'immigration et la planification familiale volontaire. Le lien avec la préservation générale des ressources n'est pas non plus évident. Il s'agit d'un cas similaire à l'initiative «pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix»¹⁵¹ qui proposait à la fois une réduction du budget militaire et une affectation de ces ressources à une politique de paix internationale, laquelle a été déclarée nulle par l'Assemblée fédérale pour violation de l'unité de la matière en 1995¹⁵².

Cette initiative devrait donc être déclarée nulle pour violation de l'unité de la matière.

146 FF 2011 3565.

147 FF 2012 9038.

148 Voir *supra* C.I.8.

149 Loi fédérale sur les droits politiques, RS 161.1

150 Voir, *mutatis mutandis*, ATF 128 I 190, consid. 3.2 et ATF 125 I 227, consid. 3.b.

151 FF 1991 II 443.

152 FF 1995 III 563.

En revanche, au vu de l'interprétation actuelle de la notion de normes impératives du droit international, les tensions qui vont subvenir, en cas d'acceptation, avec le droit international ne devraient pas entraîner son invalidation. Selon la pratique des autorités fédérales, les normes relatives à la libre circulation des personnes ne sont en effet pas du droit international impératif. Par ailleurs, la limitation de l'immigration n'interdit pas d'appliquer le principe du non-refoulement, lequel fait partie du *ius cogens*¹⁵³.

10. *L'initiative populaire fédérale «pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»*

Lancée en 2012¹⁵⁴ et ayant abouti quelques mois après seulement¹⁵⁵, cette initiative vise à mettre en œuvre l'initiative «pour le renvoi des étrangers criminels», qui a été acceptée le 28 novembre 2010¹⁵⁶. Cette nouvelle initiative cherche à empêcher l'adoption d'une législation d'exécution interprétant le texte constitutionnel de manière conforme aux droits internationaux des droits de l'homme.

Cette initiative va poser les mêmes problèmes délicats de respect des droits de l'homme que l'initiative «pour le renvoi des étrangers criminels». Nous y reviendrons par la suite dans notre contribution.

11. *Synthèse*

Ces vingt dernières années, le nombre d'initiatives susceptibles d'entrer en conflit avec le droit international – en particulier les droits de l'homme – a crû de manière exponentielle¹⁵⁷. Plusieurs d'entre elles ont été acceptées¹⁵⁸. Le conflit n'est dès lors pas seulement théorique, il est aujourd'hui particulièrement concret. La recherche des causes de ces acceptations relève plus d'une analyse socio-politique qui n'est pas l'objet de la présente contribution. Il n'en demeure pas moins que, sur le plan juridique, la situation devient de plus en plus délicate.

153 Voir, *mutatis mutandis*, Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2013 279, p. 288 ss et p. 323 ss.

154 FF 2012 6873.

155 FF 2013 1061.

156 FF 2011 2593.

157 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 2012, n° 1757a. Auparavant, ce conflit n'a guère existé: voir HELEN KELLER/MARKUS LANTER/ANDREAS FISCHER, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, ZBl 2008 121, p. 122.

158 De manière générale sur le taux effectif d'acceptation des initiatives populaires fédérales, voir GABRIELA ROHNER, *Die Wirksamkeit von Volksinitiativen im Bund 1848–2010*, Zurich, 2012, laquelle démontre qu'il est bien plus important que les 20 initiatives populaires fédérales formellement acceptées depuis 1891.

Le bref survol des initiatives problématique que nous venons d'effectuer démontre que la tendance ne semble pas s'inverser, bien au contraire.

L'examen de la pratique qui vient d'être résumée permet de tirer les enseignements suivants:

La simple réserve du droit supérieur mentionnée dans le texte de l'initiative n'est d'aucune utilité. Soit le texte respecte le droit international, soit il ne le respecte pas. Les autorités fédérales rejoignent en cela la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de validité des initiatives populaires cantonales¹⁵⁹.

Les autorités fédérales ont volontairement adopté une approche restrictive sur l'article 139 la. 3 Cst.¹⁶⁰.

Il ressort aujourd'hui de la pratique bien établie que la notion de règle impérative du droit international public se limite à celle définie à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, soit une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, ce qui n'est le cas ni des dispositions de la CEDH, ni du Pacte II, ni des autres engagements internationaux importants pour la Suisse, comme par exemple l'ALCP.

Les autorités fédérales n'ont jamais interprété de manière autonome la notion de règle impérative du droit international qui figure à l'article 139 Cst., malgré les différentes critiques d'une partie de la doctrine en la matière¹⁶¹.

Font ainsi partie de ces règles impératives l'interdiction de la torture, l'interdiction du génocide, l'interdiction de l'esclavagisme, les garanties de la CEDH qui ne souffrent d'aucune dérogation, même en cas d'état de nécessité, les principes du droit humanitaire applicable en temps de guerre ainsi que l'interdiction du refoulement des réfugiés dans un pays où ils risquent la torture ou des traitements inhumains¹⁶².

Selon la pratique sans équivoque des autorités fédérales, mêmes garantis par des traités dont la dénonciation n'est pas envisageable, les droits de l'homme ne font ainsi pas partie du droit international impératif au sens de l'article 139 al. 3 Cst.

Même manifeste, une violation des droits de l'homme par une initiative n'entraîne donc pas sa nullité¹⁶³. Des initiatives qui violent d'autres normes du droit international que celles consacrées par le droit international impératif demeurent ainsi possibles¹⁶⁴.

La pratique des autorités fédérales tend également à être plus restrictive en matière d'invalidation d'initiative¹⁶⁵. Ainsi, en 1996, l'Assemblée fédérale a in-

159 Voir ATF 125 I 227, consid. 4.b; ATF 117 Ia 147, consid. 6.

160 KELLER/LANTER/FISCHER (note 157), p. 126; BAUMANN (note 94), p. 205.

161 Voir sur ce point NOBS (note 21), p. 106 et les références citées.

162 Voir FF 1997 I 1, p. 454.

163 TSCHANNEN (note 21), p. 547.

164 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011 consid. 5.2.1.

165 Dans le même sens, JULIEN MARQUIS, La validité matérielle des initiatives populaires en droit

validé l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable» en raison de la violation du principe de non-refoulement.

En revanche, en 2010, l'Assemblée fédérale a déclaré valable l'initiative «pour le renvoi des étrangers criminels», qui posait également des difficultés au regard du principe de non-refoulement en faisant primer une interprétation conforme de l'initiative au droit international. Les autorités fédérales ont tranché de la sorte alors même que le Conseil fédéral relevait que le texte comportait «des solutions similaires à celles de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable» déclarée non valable»¹⁶⁶. A cet égard, il sera intéressant de voir si la pratique des autorités fédérales restera similaire lors du traitement de l'initiative «pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)».

En définitive, la marge de manœuvre des initiants demeure particulièrement large et seules des initiatives manifestement contraires au *ius cogens* risquent encore l'invalidation. La nullité serait une *ultima ratio*¹⁶⁷, à éviter autant que possible. La pratique actuelle est ainsi favorable aux initiatives et fait primer le droit d'initiative sur le droit international¹⁶⁸, y compris sur les droits de l'homme.

Reste à savoir si cette situation est vraiment opportune. Ce d'autant plus que la validation et, le cas échéant, l'acceptation de l'initiative ne signifie par encore que le texte pourra, effectivement, être appliqué s'il viole le droit international, en particulier les droits de l'homme. Le principe de la primauté du droit international figure en effet au nombre des principes de base de l'activité de l'Etat (art. 5 al. 4 Cst.)¹⁶⁹. Le Tribunal fédéral ne dit pas autre chose lorsqu'il rappelle, dans son arrêt du 12 octobre 2012, dans un *obiter dictum*, que la Suisse ne pourra pas se réfugier derrière son droit interne pour justifier une violation de la CEDH¹⁷⁰.

Il n'est en outre pas certain que l'approche, pragmatique, des autorités fédérales puissent encore perdurer bien longtemps. La réaction suscitée par l'examen de divers projets en vue de concrétiser, de manière conforme au droit international, l'initiative «pour le renvoi des étrangers criminels» a en effet débouché sur le lancement d'une nouvelle initiative, visant à éviter toute interprétation du premier texte, l'initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»¹⁷¹. Le principe de l'interprétation conforme risque dès lors de ne plus permettre aux autorités fédérales de ménager une pratique visant

fédéral – Etude du droit actuel à la lumière de la pratique récente, perspectives et opinions, Jusletter 19 juillet 2010, p. 18.

166 Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2009 4571, p. 4577.

167 BAUMANN (note 94), p. 208.

168 ROBERT BAUMANN, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2010 241, p. 273.

169 Voir, notamment, MAYA HERTIG RANDALL, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, RDS 2010 II 221, p. 349 ss; BAUMANN (note 168), *passim*.

170 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011.

171 FF 2012 6873.

à la fois à accorder une large marge de manœuvre aux initiants et de – tenter de – respecter le droit international.

II. Les solutions préconisées par la doctrine et le Conseil fédéral

La doctrine est partagée en la matière, surtout en l'absence de pratique judiciaire susceptible de trancher les différentes thèses soutenues¹⁷². De très nombreuses contributions ont été rédigées ces dernières années dans ce domaine sans qu'une solution se dégage de manière indiscutée. Il n'existe clairement aucun consensus en la matière à ce jour dans la littérature juridique. Les thèses soutenues sont souvent même diamétralement opposées.

1. Les différents courants de la doctrine helvétique

Se fondant notamment sur la tradition helvétique selon laquelle il appartient au peuple et aux cantons de statuer sur le bienfondé d'une révision constitutionnelle¹⁷³, ainsi que sur l'interprétation historique, une partie non négligeable de la doctrine estime que la notion de règles impératives du droit international contenue à l'article 139 al. 3 Cst. ne peut être étendue et ne saurait ainsi s'appliquer à tout le droit international ou à tous les droits de l'homme¹⁷⁴. Selon ce courant doctrinal, le droit international impératif au sens de l'article 139 al. 3 Cst. recouvre ainsi le *ius cogens* généralement reconnu sur le plan international. Une interprétation autonome de cette notion en matière de validité des initiatives populaires fédérales est rejetée. Il s'agit de la pratique actuelle des autorités fédérales.

D'autres soutiennent que la notion de droit international impératif doit être interprétée de manière autonome et préconisent une interprétation large¹⁷⁵, en

172 Ce d'autant plus que le Tribunal fédéral laisse clairement entendre qu'il appartient, en premier lieu, au législateur d'adopter la législation d'exécution lorsqu'une disposition constitutionnelle pourrait entrer en conflit avec du droit international: Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.3.

173 BAUMANN (note 94), p. 206.

174 HÄFELIN/HALLER/KELLER (note 157), n° 1756a; TSCHANNEN (note 21), p. 545 ss; KELLER/LANTER/FISCHER (note 157), p. 134 ss; TORNAY (note 7), p. 142 ss; NOBS (note 21), p. 112 ss; BAUMANN (note 94), p. 205 ss; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 21), n° 1400; HANGARTNER/KLEY (note 7), n° 557 ss.

175 RHINOW/SCHEFER (note 21), p. 724, n° 3605; MARQUIS (note 165), p. 15; RALPH ZIMMERMANN, Zur Minarettverbotsinitiative in der Schweiz, *ZaöRV* 69 (2009) 829, p. 858; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich, 2007, p. 632; DANIEL THÜRER, Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit, in: Thürer/Aubert/Müller, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2011, p. 37, n° 44. Voir aussi HÄFELIN/HALLER/KELLER (note 157), p. 580 qui indiquent qu'une interprétation autonome semble possible. Voir aussi Daniel Thürer, *Völkerrechtliches Ius Cogens und Volkssouveränität schweizerischer Prägung – Suche nach einem neuen «archimedischen Punkt» in Direkte Demokratie*, Berne, 2013 439, p. 451.

recourant par exemple à la figure du droit international impératif en devenir, respectivement du droit international impératif régional¹⁷⁶ lequel englobe notamment la CEDH¹⁷⁷.

En 2010 dans son examen des relations entre le droit international et le droit interne, le Conseil fédéral n'a d'ailleurs pas exclu cette dernière approche: «comme les règles impératives du droit international sont une notion de droit interne, une interprétation plus large pourrait toutefois également être envisagée»¹⁷⁸. En 2011, le Conseil fédéral a au demeurant relevé, dans son rapport additionnel sur la relation entre le droit international et le droit interne, qu'au niveau européen, l'interdiction de la peine de mort faisait partie des règles impératives du droit international au sens de l'article 139 al. 3 Cst.¹⁷⁹. Par cette affirmation, il semble, implicitement, adopter la thèse du *ius cogens* régional.

Certains auteurs soutiennent encore que la notion de normes impératives au sens de l'article 139 al. 3 Cst. devrait, à tout le moins, recouvrir les traités non dénonçables¹⁸⁰, voire même tout le droit international¹⁸¹.

D'autres préconisent enfin de recourir à la condition de l'exécutabilité des initiatives pour invalider les propositions qui contreviennent à des traités internationaux non dénonçables¹⁸².

Une partie de la doctrine soutient finalement que seule une modification de la Constitution fédérale permettra de résoudre ce conflit, préconisant de proscrire toute initiative qui viole les droits de l'homme, proposant par exemple de soumettre les conflits au Tribunal fédéral¹⁸³, voire à une commission d'ex-

176 PIRAS/BREITENMOSER (note 141), p. 337; JÖRG KÜNZLI, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, RDS 2009 I 47, p. 65; TRISTAN ZIMMERMANN, Quelles normes impératives comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple, PJA 2007 748, p. 757 ss.

177 YVO HANGARNTER, ad art. 139, in: Ehrenzelle/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Saint-Gall 2008, p. 2163, n° 30. Voir également MICHEL HOTTELLIER, Démocratie contre droits de l'homme?, in: Droits de l'homme en évolution: mélange en l'honneur du professeur Petros J. Pararas, Bruxelles, 2009, 251, p. 266.

178 Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne du 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2117.

179 Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3414.

180 HANGARNTER (note 177), p. 2162–2163; LUZIUS WILDHABER, Neues zur Gültigkeit von Initiativen, in: Zen-Ruffinen/Auer, De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Auer, Bâle, 1996, p. 293 ss, p. 299; KÄLIN (note 93), p. 249 et 256.

181 ASTRID EPINEY, Das Primat des Völkerrechts im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht, ZBl 1994 537, p. 560.

182 GIUSEP NAY, Das Volk hat nicht immer Recht – Zur Erweiterung der Ungültigkeitsgründe für eidgenössische Volksinitiativen, in Direkte Demokratie, Berne, 2013 163. GIUSEP NAY, Sollen Volksinitiativen ungültig sein, wenn sie nur gegen nichtzwingendes Völkerrecht verstossen? Plädoyer 2007/3, p. 29; ANNE PETERS/ISABELLA PAGOTTO, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, ius.full 2004 p. 54. Voir déjà ANDRÉ GRISEL, A propos de la hiérarchie des normes juridiques, ZBl 1987 377, p. 386.

183 PIRAS/BREITENMOSER (note 141), p. 337–338; MAYA HERTIG RANDALL (note 169), p. 349; TORNAY (note 7), p. 144–145; MARQUIS (note 165), p. 17; STÉPHANE GRODECKI, Construc-

perts indépendants¹⁸⁴. Il a même été envisagé d'introduire un mécanisme similaire à la révision totale de la Constitution fédérale en cas d'adoption d'une initiative populaire contraire à des droits fondamentaux¹⁸⁵, soit l'élection d'une nouvelle Assemblée fédérale. Récemment, il a finalement été proposé d'envisager d'examiner la piste des limites autonomes inférieures afin d'éviter d'introduire des règles dans la Constitution qui «ne sont pas dignes d'y figurer».^{185bis}

Certaines voix, plus minoritaires, soutiennent par ailleurs que l'information du corps électoral est primordiale pour gérer le conflit entre droits fondamentaux et démocratie directe. La réponse au conflit ne passerait ainsi pas nécessairement par une modification de la pratique juridique en la matière¹⁸⁶. Le débat devrait avoir lieu sur le plan politique, charge à la classe politique de trouver les arguments pour garantir les respects des droits fondamentaux lors des débats sur des initiatives populaires fédérales¹⁸⁷.

Dans sa dernière prise de position en la matière, le Conseil fédéral propose d'augmenter le contrôle de la validité matérielle d'une initiative avant la récolte des signatures et, surtout, de modifier l'article 139 al. 3 Cst. afin d'amener l'Assemblée fédérale à devoir déclarer nulle les initiatives qui violent «l'essence des droits fondamentaux»¹⁸⁸. La position du Conseil fédéral manque sa cible, lui-même reconnaissant que la majorité des initiatives qui sont problématiques ne seraient pas concernées par la modification envisagée:

«Le Conseil fédéral est d'avis que l'extension des limites matérielles des révisions constitutionnelles à l'essence des droits fondamentaux constitutionnels est une solution appropriée et équilibrée pour atténuer les problèmes les plus délicats que peut poser le dépôt d'initiatives populaires contraires au droit international. En même temps, elle ménage les droits populaires, donc le principe démocratique, et correspond aux conceptions spécifiquement suisses des droits fondamentaux et des droits de l'homme. Par exemple, l'Assemblée fédérale devrait invalider une initiative populaire visant la réintroduction de la peine de mort, car celle-ci violerait l'essence du droit fondamental à la

tion de minarets: une interdiction inapplicable, Plädoyer 2010/1 56; GIUSEP NAY, *Demokratie und Rechtsstaat – Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates*, in: *Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz*, Zurich, 2009, 111, p. 119 et 122. Voir aussi PETER BIERI, *Der politische Umgang mit Volksinitiative aus der Sicht der Bundesversammlung*, LeGes 2011/3 381, p. 386.

184 KELLER/LANTER/FISCHER (note 157), p. 151.

185 MARKUS SCHEFER/ALEXANDRA ZIMMERMANN, *Materielle Schranke des Verfassungsgesetzgebung*, LeGes 2011/3 343.

185bis VINCENT MARTENET, *La validité des initiatives populaires fédérales – le salut par des limites autonomes à la révision de la Constitution fédérale*, in *Direkte Demokratie*, Berne, 2013, 149, p. 162. Voir toutefois ATF 130 I 185 où le Tribunal fédéral a rejeté cette théorie des limites inférieures.

186 REGINA KIENER/MELANIE KRÜSI, *Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiative*, ZBl 2009 237.

187 GEORG LUTZ, *Geringer Reformbedarf trotz Funktionswandel der Volksinitiative*, LeGes 2011/3 371.

188 Voir le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401.

vie (art. 10, al. 1, 2^e phrase, Cst.). Citons à titre d'exemple quelques initiatives populaires récentes qui, au contraire, ne violent pas l'essence des droits fondamentaux selon le Conseil fédéral: l'initiative sur le renvoi (acceptée en 2010), l'initiative sur les minarets (acceptée en 2009), l'initiative «pour des naturalisations démocratiques» (rejetée en 2008), l'initiative sur l'imprescriptibilité (acceptée en 2004)»¹⁸⁹.

Les solutions proposées sont donc variées et, très largement, inconciliables. La pratique des autorités fédérales que nous avons résumée ne semble au demeurant guère évoluer depuis 10 ans. Il faut d'ailleurs s'interroger sur les possibilités qui existent réellement au vu du texte actuel de l'article 139 al. 3 Cst. Nous y reviendrons.

AUER et TORNAY ont démontré qu'il existait ainsi dans la doctrine helvétique trois courants principaux relatifs au traitement des initiatives populaires fédérales qui entrent en conflit avec le droit international¹⁹⁰.

Le premier apporte une réponse *classique*. Il s'agit d'une interprétation stricte de la notion de droit international impératif, laquelle amène à soumettre au corps électoral des initiatives contraires au droit international, notamment aux droits de l'homme. L'acceptation d'une telle initiative contraint les autorités fédérales à l'interpréter de manière conforme au droit international, dans la mesure du possible. A défaut, l'acceptation de l'initiative entraînerait, implicitement, le mandat de dénoncer le traité, étant précisé que le texte de l'initiative ne pourrait être interprété en ce sens que s'il est clair¹⁹¹. Il s'agirait aujourd'hui d'une conception dépassée¹⁹².

Le second, *progressiste*, préconise une extension de l'interprétation de la notion de droit international impératif, ou une modification de la Constitution fédérale, pour permettre l'invalidation d'initiatives contraires aux droits de l'homme; reste alors à définir les droits de l'homme qui doivent ainsi être pris en compte¹⁹³.

Le troisième, *pragmatique*, se plie à l'interprétation stricte de la notion de droit international impératif figurant à l'article 139 al. 3 Cst., mais soutient que le principe de la primauté du droit international (art. 5 al. 4 et 190 Cst.) exige que les autorités administratives, législatives et judiciaires refusent d'appliquer le texte d'une initiative adopté par la majorité du peuple et des cantons s'il est contraire aux droits de l'homme¹⁹⁴.

189 Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3438–3439.

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

191 YVAN HANGARNTER, Unklarheiten bei Volksinitiativen, Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), PJA 2011 471.

192 AUER/TORNAY (note 190), p. 743. Voir également ANDREAS R. ZIEGLER, Introduction au droit international public, Berne, 2011, p. 124, lequel semble également soutenir cette approche.

193 AUER/TORNAY (note 190), p. 744.

194 AUER/TORNAY (note 190), p. 745.

2. *Des positions condamnées à évoluer?*

Une chose est aujourd'hui certaine, la pratique actuelle des autorités fédérales est condamnée à évoluer, que cela soit par une modification de l'interprétation de l'article 139 al. 3 Cst.¹⁹⁵ ou par une modification de la Constitution fédérale¹⁹⁶.

En effet, à ce jour, les autorités fédérales sont parvenues, tant bien que mal, à concilier les obligations internationales de la Suisse. Elles ont employé la voie pragmatique de l'interprétation conforme de l'initiative aux droits de l'homme, respectivement par la mise en œuvre de l'initiative par des dispositions d'exécution conformes aux obligations internationales de la Suisse.

Le dernier exemple en date est l'approche adoptée suite à l'acceptation par le peuple et les cantons le 28 novembre 2010¹⁹⁷ de l'initiative «pour le renvoi des étrangers criminels». Comme nous l'avons vu¹⁹⁸, le Conseil fédéral a dans son message très largement procédé par la voie de l'interprétation conforme pour conclure à l'absence de violation du *ius cogens* par le texte de l'initiative¹⁹⁹.

Avant même l'arrêt du Tribunal fédéral confirmant qu'une législation d'exécution était nécessaire pour mettre en œuvre le texte de l'initiative, tout en laissant entendre que la Suisse ne pouvait pas se réfugier derrière son droit interne pour justifier une violation de la CEDH²⁰⁰, les autorités fédérales ont préparé deux variantes de modification du Code pénal afin de mettre en œuvre l'initiative. La procédure de consultation a été lancée le 23 mai 2012 et est arrivée à échéance le 30 septembre 2012²⁰¹.

La première variante cherche à concilier le texte de l'initiative et le droit international. La seconde préconise une application plus stricte du nouveau texte constitutionnel, faisant primer le texte découlant d'une initiative sur les obligations internationales de la Suisse:

«Le Conseil fédéral met en consultation son projet de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels. Les deux variantes qu'il propose prévoient de compléter le code pénal d'une nouvelle forme d'expulsion. La variante 1, qui a ses faveurs, s'efforce de concilier autant que possible l'exigence du caractère automatique de l'expulsion telle qu'elle ressort des nouvelles dispositions constitutionnelles et le respect des principes qui fondent la constitution ainsi que les droits de l'homme garantis par le droit international. La variante 2 correspond à la solution proposée par les deux représentants du comité d'initiative membres du groupe de travail institué par le DFJP. Elle part du principe que les nouvelles normes constitutionnelles ont la primauté absolue sur les dispositions constitutionnelles antérieures et

195 Voir *infra* C.III.

196 Voir *infra* C.IV.

197 FF 2011 2593.

198 Voir *supra* C.I.6.

199 FF 2009 4571, p. 4577.

200 Voir Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011.

201 FF 2012 5215.

sur les règles non impératives du droit international, en particulier sur les droits de l'homme garantis par ce dernier»²⁰².

Cette seconde approche, que l'on pourrait qualifier de principe de la primauté de la volonté populaire²⁰³, a également fait l'objet d'une nouvelle initiative populaire: «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»²⁰⁴, déposée le 28 décembre 2012 auprès de la Chancellerie fédérale. Son aboutissement a été constaté en date du 5 février 2013²⁰⁵.

Or, ce second texte, dont les signatures ont été récoltées en un temps record, soit moins de six mois, poursuit clairement le but de faire primer le droit interne sur les obligations internationales de la Suisse – même en ce qui concerne le respect des droits de l'homme garantis par la CEDH. Le texte de l'initiative règle en effet explicitement la question: «Les dispositions qui régissent l'expulsion du territoire suisse et leurs modalités d'exécution priment les normes du droit international qui ne sont pas impératives. Par normes impératives du droit international, s'entendent exclusivement l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée»²⁰⁶.

Il s'agit ainsi d'introduire, dans la Constitution, une définition restrictive de la notion de «règles impératives du droit international public» qui figure au demeurant à l'article 139 al. 3 Cst. Or, la présence d'une telle définition dans la Constitution – même dans les dispositions transitoires de la Constitution telle que prévue par l'initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»²⁰⁷ – aurait un effet non seulement pour le texte de l'initiative, mais également pour l'interprétation générale de l'article 139 al. 3 Cst.

Le Tribunal fédéral a toutefois d'ores et déjà indiqué le 12 octobre 2012 qu'il lui appartenait de tenir compte du caractère obligatoire de la CEDH dans la future application de l'article 121 Cst., qui découle de l'initiative «pour le renvoi des étrangers criminels»²⁰⁸. Le Tribunal fédéral semble en outre annoncer qu'en cas de conflit entre la Constitution fédérale et les droits de l'homme, il donnera la préférence aux seconds²⁰⁹.

202 FF 2012 5215.

203 Par référence au principe de la primauté du droit international.

204 FF 2012 6873.

205 FF 2013 1061.

206 Chiffre IV de l'initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)», FF 2012 6873.

207 FF 2012 6873.

208 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.2 ss.

209 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.1: «Im Falle eines Normenkonflikts zwischen dem Völkerrecht und einer späteren Gesetzgebung geht die Rechtsprechung grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts aus; vorbehalten bleibt gemäss der «Schubert-Praxis» der Fall, dass der Gesetzgeber einen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf genommen hat. Die Rechtsprechung hat die Anwendung der «Schubert-Praxis» im Falle eines Wi-

L'issue de l'interprétation conforme risque donc bien de ne plus être une voie praticable à l'avenir. Une solution doit dès lors être trouvée car le conflit entre le droit d'initiative et le droit international demeure. Il devient même de plus en plus tendu.

Comme le relevait au demeurant AUBERT, l'interprétation conforme n'est en outre pas toujours la meilleure solution en cas de violation manifeste du droit: «Plutôt que d'altérer le sens réel d'une disposition, il vaut souvent mieux la déclarer nulle et laisser à son auteur le soin de la remplacer par une autre; c'est plus conforme à la séparation des pouvoirs et c'est aussi plus clair»²¹⁰.

Sans préconiser la généralisation de cette approche à toutes les initiatives populaires, laquelle serait au demeurant contraire au principe *in dubio pro populo*²¹¹, la situation de conflit actuel doit trouver une issue.

III. L'approche du Tribunal fédéral

Les décisions de l'Assemblée fédérale sur la validité d'une initiative populaire fédérale n'étant pas sujettes à recours par-devant lui (art. 189 al. 4 Cst.), le Tribunal fédéral n'a jamais à définir directement les contours de la notion de «règles impératives du droit international public» qui figure à l'article 139 al. 3 Cst.

En revanche, lors d'un cas d'application d'une initiative, le Tribunal fédéral peut être confronté au conflit existant entre droit international et la norme constitutionnelle qui a été acceptée par la majorité du peuple et des cantons suite à une initiative populaire.

C'est ainsi que, le 12 octobre 2012, pour la première fois, le Tribunal fédéral a pris position sur ce conflit²¹². Statuant sur le recours d'un ressortissant macédonien dont l'autorisation de séjour avait été révoquée suite à sa participation à un trafic de stupéfiants, le Tribunal fédéral a tout d'abord rappelé qu'il ressortait de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à

derspruchs zu Menschenrechtskonventionen verneint; die Frage in einem Einzelfall aber auch offen gelassen. In einem jüngsten Entscheid zur Problematik hat das Bundesgericht den Vorrang des Völkerrechts bzw. die Bindung an dieses bestätigt: Besteht ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor; dies gilt selbst für Abkommen, die nicht Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben. Der dargelegte Vorrang besteht auch gegenüber späteren, d.h. nach der völkerrechtlichen Norm in Kraft getretenen Bundesgesetzen; die Lex-posterior-Regel kommt im Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht nicht zur Anwendung. Die Schweiz kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen. Entsprechend bleibt eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung regelmässig unanwendbar».

210 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse, supplément 1967–1982*, Neuchâtel, 1982, p. 47.

211 Voir ATF 134 I 172; ATF 132 I 282, consid. 3.1.

212 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011.

l'article 8 CEDH²¹³ qu'une pesée des intérêts devait être effectuée afin de statuer sur une décision de révocation d'une autorisation de séjour²¹⁴.

Le Tribunal fédéral ne s'est cependant pas limité à ce rappel. Il a également examiné la portée de l'article 121 Cst.²¹⁵, dans sa teneur depuis l'acceptation par la majorité du peuple et des cantons de l'initiative «pour le renvoi des étrangers criminels» le 28 novembre 2010²¹⁶. Dans un second arrêt, du même jour, le Tribunal fédéral a en outre pris en compte les principes découlant de l'initiative et consacrés à l'article 121 Cst. dans le cadre de la pesée des intérêts à effectuer pour confirmer l'expulsion d'un autre recourant²¹⁷.

1. *Ce que dit l'arrêt du 12 octobre 2012 ...*

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord qu'une norme constitutionnelle ne peut être directement applicable que si elle est suffisamment précise. Conformément au principe de la légalité, une application directe nécessite la description suffisante et précise des éléments constitutifs et des conséquences d'un état de fait pour que chaque personne puisse adapter son comportement en conséquence. Le Tribunal fédéral juge que ce n'est pas le cas de l'article 121 al. 3 à 6 Cst., qui prévoit le renvoi automatique des étrangers dans certains cas. Ces dispositions sont insuffisamment claires pour être directement appliquées. Elles nécessitent ainsi une concrétisation sur le plan législatif²¹⁸.

Le Tribunal fédéral aurait pu arrêter son raisonnement à ce stade.

Il a néanmoins choisi de le poursuivre. Dans ce qui est en définitive un *obiter dictum*, il s'est ainsi interrogé sur la relation entre le droit international et une modification constitutionnelle subséquente²¹⁹.

Citant aussi bien le courant doctrinal qui estime qu'une norme constitutionnelle adoptée après le texte international doit prévaloir sur le droit international que celui qui soutient le contraire, le Tribunal fédéral relève qu'il doit tenir compte de la CEDH dans l'interprétation de l'article 121 Cst.²²⁰.

213 Voir, notamment, ACEDH du 16 avril 2013, *Udeh c. Suisse*, requête no 12020/09 ACEDH du 15 novembre 2012, *Shala Isak c. Suisse*, requête n° 52873/09; ACEDH du 15 novembre 2012, *Kissiwa Koffi Christine c. Suisse*, requête n° 38005/07; ACEDH du 11 octobre 2011, *Emre c. Suisse* (n° 2), requête n° 5056/10 et ACEDH du 22 mai 2008, *Emre c. Suisse*, requête n° 42034/04. Voir aussi, en dernier lieu, Arrêt TF du 15 mars 2013 dans la cause 2C_240/2012 (destiné à publication aux ATF).

214 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 2 et 3.

215 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 4 et 5.

216 RO 2011 1199.

217 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_926/2011.

218 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 4.

219 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.

220 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.2.

Sans formellement renverser la jurisprudence *Schubert*²²¹, le Tribunal fédéral précise que la Suisse ne peut s'appuyer sur le droit interne pour justifier la non-application du droit international. Dans de telles hypothèses, en particulier en matière de droit de l'homme, le droit interne reste inapplicable²²².

Le Tribunal fédéral conclut ainsi qu'il doit, dans la pesée des intérêts à effectuer pour révoquer une autorisation de séjour, prendre en compte les intérêts consacrés par l'article 121 Cst. dans sa nouvelle teneur. Il précise cependant que la pesée des intérêts ne peut être schématisée et doit être faite concrètement en lien avec l'atteinte à la sphère privée et familiale du recourant²²³.

En d'autres termes, le Tribunal fédéral annonce qu'il n'appliquera pas aveuglément une norme constitutionnelle qui viole la CEDH, même si elle est postérieure à la conclusion du traité et qu'elle découle d'une initiative populaire fédérale acceptée par la majorité du peuple et des cantons.

2. ... et ce que ne dit pas l'arrêt du 12 octobre 2012

Le Tribunal fédéral ne s'est en revanche guère attardé sur les conditions de validité d'une initiative avant sa soumission au corps électoral. Il n'avait pas à le faire et s'est limité à rappeler qu'à teneur de l'article 194 al. 2 Cst. aucune révision constitutionnelle ne peut violer les règles impératives du droit international. Il en va de même pour les initiatives populaires (art. 139 al. 3 Cst.), sous peine de nullité. *A contrario*, précise le Tribunal fédéral, cela signifie qu'une initiative qui viole d'autres normes du droit international reste possible²²⁴.

L'arrêt du 12 octobre 2012 n'apporte ainsi aucune précision à l'interprétation de la notion de «règles impératives du droit international» qui figure à l'article 139 al. 3 Cst. L'arrêt se limite à examiner les conséquences ultérieures de l'adoption d'une initiative contraire à la CEDH.

Il faut encore préciser que le Tribunal fédéral n'a pas renversé la pratique *Schubert* à teneur de laquelle lorsque le peuple ou le parlement dérogent de façon consciente à des obligations internationales cette décision doit être appliquée²²⁵. Il s'est limité à confirmer son approche selon laquelle les droits de l'homme disposent, en définitive, d'une meilleure protection que les autres traités du droit international²²⁶.

221 ATF 99 Ib 39, étant toutefois précisé que le Tribunal fédéral semble actuellement l'abandonner: voir en dernier lieu ATF 138 II 524, consid. 5.1.

222 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.1.

223 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.3.

224 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.2.1.

225 ATF 99 Ib 39, étant toutefois précisé que le Tribunal fédéral semble actuellement l'abandonner: voir en dernier lieu ATF 138 II 524, consid. 5.1.

226 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.1.

3. *Les conséquences de l'arrêt du 12 octobre 2012*

L'arrêt du 12 octobre 2012, sans toutefois le mentionner explicitement, rappelle de manière opportune que le corps électoral est un organe de l'Etat²²⁷. Une norme constitutionnelle issue d'une initiative populaire n'a ainsi pas une valeur supérieure à une autre²²⁸.

Le principe de la séparation des pouvoirs protège en effet la démocratie dans la mesure où il empêche tout autre organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences du peuple. Mais ce même peuple est également un organe de l'Etat – même si c'est le plus important – qui ne peut ni outrepasser ses propres compétences, ni exercer ces dernières en violation des règles prévues par l'ordre juridique²²⁹.

En tant qu'organe de l'Etat, le peuple doit, lui aussi, respecter les droits fondamentaux et contribuer à leur réalisation (art. 35 al. 2 Cst.)²³⁰. En le relevant, le Tribunal fédéral n'a fait qu'exercer son rôle (art. 189 al. 1 Cst.)²³¹. Il ne s'est nullement attribué des prérogatives qui ne lui appartiennent pas.

Le Tribunal fédéral apporte ainsi un démenti clair à la vision parfois véhiculée d'un corps électoral tout puissant, qui ne serait soumis à aucune règle. L'adage *vox populi vox dei* ne permet pas de justifier la violation des principes fondamentaux qui lient la Suisse sur le plan international.

L'arrêt du Tribunal fédéral semble clairement trancher les *conséquences* de l'adoption d'une initiative populaire contraire aux droits de l'homme. Ces derniers primeront et le texte constitutionnel restera, en partie, lettre morte. Le Tribunal fédéral rejette explicitement le courant doctrinal qui soutient que le texte constitutionnel issu d'une initiative populaire doit prévaloir sur tout le droit international qui lui est antérieur. Mais le Tribunal fédéral, en précisant qu'il accordera la primauté aux droits de l'homme, rejette aussi implicitement le courant doctrinal qui estime que l'adoption d'une initiative populaire doit conduire les autorités helvétiques à dénoncer le traité concerné, à tout le moins en ce qui concerne les droits de l'homme.

En définitive, le Tribunal fédéral s'est rallié au courant *pragmatique* de la doctrine²³² selon laquelle une initiative qui viole les droits de l'homme est valable en application de l'article 139 al. 3 Cst. et doit être soumise au corps électoral, mais, en cas de refus, ne doit pas être appliquée.

227 Sur cette double nature des droits politiques, à la fois de droit subjectif susceptible d'être porté en justice et d'organisation institutionnelle lorsque les électeurs exercent une compétence définie par l'ordre juridique: ATF 116 Ia 359, consid. 3a; ATF 99 Ia 724, consid. 1.

228 Voir AUER (note 10), p. 39.

229 NAY (note 183), p. 113; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 21), p. 205, n° 609.

230 AUER (note 10), p. 42. Voir aussi Avis de droit de l'Office fédérale de la justice du 22 janvier 2001, JAAC 65.35.

231 ASTRID EPINEY, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Anmerkung zum BGE 2C_828/2011 vom 12 Oktober 2012, Jusletter 18 mars 2013, p. 11.

232 Voir *supra* note 194.

Ce constat sera assurément largement commenté²³³, et sans doute aussi critiqué²³⁴. Il s'agit en définitive de déterminer la place du droit international en Suisse. A cet égard, l'arrêt du 12 octobre 2012 n'est pas une (grande) surprise, le Tribunal fédéral ayant, ces dernières années, rappelé à plusieurs reprises la place centrale du droit international en Suisse, en particulier lorsqu'il s'agit des droits de l'homme²³⁵.

Néanmoins, cet arrêt doit également servir à alimenter la réflexion sur le sens de la notion de *ius cogens* qui figure à l'article 139 al. 3 Cst. Ne pas faire évoluer cette notion, que cela soit par l'interprétation ou une modification constitutionnelle, signifierait en effet laisser le peuple et les cantons se prononcer sur un texte qui ne pourra jamais être appliqué. Une telle conséquence ne nous semble pas respectueuse de la notion même de démocratie²³⁶.

L'arrêt du 12 octobre 2012 ne tranche en outre pas clairement le sort d'une initiative qui indique formellement et explicitement que la norme proposée devra déroger au droit international, notamment aux droits de l'homme²³⁷. L'arrêt ne saurait ainsi avoir pour conséquence un abandon des réflexions sur l'article 139 al. 3 Cst., des conflits étant encore à prévoir à l'avenir.

IV. La consultation du Conseil fédéral du 15 mars 2013 en vue d'assurer une meilleure compatibilité entre les initiatives populaires et le droit international

Avant même l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 octobre 2012, les autorités fédérales étaient conscientes de la nécessité de faire évoluer la réglementation en matière de validité des initiatives populaires fédérales.

Se fondant sur les réflexions qui figurent dans son rapport additionnel sur la relation entre le droit international et interne²³⁸ et les motions acceptées par

233 Voir déjà les avis diamétralement opposés publiés dans le Temps du 22 mars 2013, dans la page spéciale intitulée «La démocratie directe est-elle en danger?», p. 13: CHRISTOPH BLOCHER, Les manigances des juges pour mettre la Suisse sous le joug et CLAUDE ROUILLER, Le Tribunal fédéral n'a fait que son devoir, en toute transparence; voir également Stefan Schlegel/Johan Rochel, Constitution, droit international: la stratégie risquée de Mon-Repos, le Temps du 17 avril 2013. Pour une approche exclusivement juridique, voir ASTRID EPINEY (note 231), *passim*; les initiatives populaires doivent respocher la CEDH, Plaidoyer 2013/3 6–8; Giovanni Biaggini, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 2013 p. 316.

234 Sur ces questions de relation entre démocratie directe et de la place du juge, voir TORNAY (note 7), p. 357 ss.

235 ATF 136 II 241, consid 16.1; ATF 133 V 367, consid. 11.2. Sur cette question, voir ANNE BENOIT, Vers une hiérarchie des normes internationales en droit interne suisse, RDS 2009 I 453.

236 Voir cependant l'ATF 114 Ia 267 où le Tribunal fédéral a jugé, malgré les critiques de la doctrine, qu'un citoyen ne pouvait pas exiger qu'une initiative soit soustraite à la votation populaire au motif que son contenu est contraire au droit. Cette jurisprudence a été confirmée récemment: Arrêt TF du 6 juillet 2010 in: ZBl 2011 262 avec note de BIAGGINI.

237 ASTRID EPINEY (note 231), p. 12.

238 Voir le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401.

l'Assemblée fédérale le chargeant d'élaborer un projet²³⁹, le Conseil fédéral a ainsi mis en consultation un avant projet de modification de la loi fédérale sur les droits politiques et un avant projet de modification de l'article 139 al. 3 Cst. en date du 15 mars 2013.

L'objectif difficile affiché par le Conseil fédéral est d'améliorer la compatibilité entre initiatives populaires et droit international, tout en préservant autant que possible les droits populaires²⁴⁰.

Le projet de révision de la loi fédérale sur les droits politiques vise à introduire un contrôle de la compatibilité du texte de l'initiative avec les engagements internationaux de la Suisse avant la récolte des signatures. L'avis de l'administration fédérale, non sujet à recours, permettra au comité d'initiative de modifier le texte proposé ou de lancer son initiative, étant précisé que ses conclusions devront figurer sur les formulaires de récolte des signatures²⁴¹.

S'agissant de la modification de l'article 139 al. 3 Cst., le Conseil fédéral propose d'intégrer un nouveau critère de nullité d'une initiative: le non-respect de l'essence des droits fondamentaux²⁴². Le texte proposé a la teneur suivante:

Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière, les règles impératives du droit international ou *l'essence des droits fondamentaux*, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle²⁴³.

Les deux projets ne sont pas liés. Il est dès lors possible que l'un des deux projets soit adopté et pas le second.

La consultation est en cours jusqu'au 28 juin 2013.

V. De lege lata

La première question à trancher est la portée de l'article 139 al. 3 Cst., qui précise que l'Assemblée fédérale doit déclarer totalement ou partiellement nulle une initiative qui ne respecte pas «les règles impératives du droit international».

239 Voir les motions 11.3468 «Mesures visant à garantir une meilleure comptabilité des initiatives populaires avec les droits fondamentaux» et 11.3751 «Mesure visant à garantir une meilleure comptabilité des initiatives populaires avec les droits fondamentaux» approuvées en décembre 2011 et février 2012: BO CN 2011 2168, BO CE 2011 851 et BO CE 2012 51.

240 Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 15 mars 2013 «Pour une meilleure comptabilité entre initiatives populaires et droit international»: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2013/2013-03-150.html>.

241 Voir le rapport explicatif du Conseil fédéral de janvier 2013 concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et de la Constitution (Cst.).

242 Voir le rapport explicatif du Conseil fédéral de janvier 2013 concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et de la Constitution (Cst.), en particulier p. 30.

243 Projet du Conseil fédéral du 15 mars 2013 d'Arrêté fédéral concernant l'essence des droits fondamentaux comme limite à la révision de la Constitution (Projet B).

Comme nous l'avons vu²⁴⁴, le Conseil fédéral se fonde sur l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour définir la notion de règles impératives du droit international.

Dans l'arrêt *Nada*, le Tribunal fédéral en a fait de même. Il précise qu'il faut utiliser, comme indice pour déterminer si une norme fait partie du *ius cogens*, l'existence de dispositions auxquelles il ne peut pas être dérogé. Le Tribunal fédéral cite ainsi comme faisant partie du *ius cogens* le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage, l'interdiction des peines collectives, le principe de l'individualité de la responsabilité pénale et le principe du non-refoulement. En revanche il exclut de cette liste la garantie de la propriété, la liberté économique, les garanties d'un procès équitable ou encore le droit à un recours effectif²⁴⁵.

De manière générale, tant le Conseil fédéral que le Tribunal fédéral interprètent la notion de règles impératives du droit international au regard des normes qui sont reconnues comme telles sur le plan international.

Reste à déterminer si ces principes sont nécessairement applicables à la notion de règles impératives du droit international public au sens de l'article 139 al. 3 Cst.

1. *L'application des différentes méthodes d'interprétation à l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale*

Une disposition légale s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Si le texte n'est pas absolument clair ou si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales, sans soumettre ces différentes méthodes à un ordre de priorité²⁴⁶. Mais une disposition constitutionnelle doit également s'interpréter de manière conforme au droit international²⁴⁷.

A la lettre, il ne semble pas possible de déterminer si l'article 139 al. 3 Cst. se base sur une notion autonome, «helvétique», des normes impératives du droit international ou si elle se réfère à la notion internationale du *ius cogens*.

Il faut toutefois rappeler que le droit constitutionnel ne connaît pas de limites autonomes à la révision de la Constitution²⁴⁸. Il convient dès lors retenir que

244 Voir, *supra*, C.I.

245 ATF 133 II 450, consid. 7.1 et 7.2.

246 Parmi de nombreuses références, voir dernièrement, ATF 138 IV 50, consid. 4.2; ATF 137 III 344, consid. 5.1 et les références citées.

247 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_926/2011.

248 Voir, par exemple, FRANÇOIS BELLANGER, Révision totale et partielle de la Constitution fédérale, in: Thürer/Aubert/Müller, Droit constitutionnel suisse, Zurich, 2001, p. 1247, n° 9 ss.

l'article 139 al. 3 Cst., en introduisant une limite hétéronome, ne saurait être interprété trop largement sans autre.

Lors de l'introduction même de cette disposition dans la nouvelle Constitution fédérale, le Conseil fédéral a clairement indiqué que la norme se référait à la définition internationale du droit international impératif, précisant que les exigences en matière de validité des initiatives populaires sont ainsi réglées de «manière claire et transparente»²⁴⁹. Lors de l'introduction de la règle figurant à l'article 139 al. 3 Cst., le conflit entre droits politiques et droit d'initiative était présent dans l'esprit des autorités fédérales: elles ont alors délibérément choisi de ne consacrer que les règles impératives du droit international en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle²⁵⁰.

Au vu de l'absence de limite autonome à la révision de la Constitution²⁵¹ et de la volonté affichée lors de l'introduction de l'article 139 al. 3 Cst., il semble dès lors difficile d'étendre l'interprétation de la notion de normes impératives du droit international public, en particulier aux différents traités consacrant les droits de l'homme²⁵².

Il n'est toutefois pas certain que cette approche ne soit pas amenée à évoluer.

2. *Une évolution de l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale à accompagner*

En 2001, en réponse à l'initiative parlementaire «suppression de carence dans les droits populaires», le Conseil fédéral pouvait encore soutenir qu'il n'était pas souhaitable d'élargir les cas d'invalidation des initiatives au motif, d'une part, qu'il n'était pas souhaitable que le parlement en débattenne, de crainte que le peuple ait l'impression que ses décisions ne sont pas prises au sérieux et, d'autre part, que la probabilité de voir une telle initiative acceptée était faible²⁵³.

Depuis lors, la pression s'est accrue, le nombre d'initiatives problématiques a augmenté et certaines d'entre elles ont été acceptées. Le nombre d'initiatives

249 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 369.

250 Conditions de validité des initiatives populaires et limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale – Rapport de l'Office fédéral de la justice du 28 décembre 2006 à l'intention de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, JAAC 2012.4 72, p. 78.

251 PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. I, Berne, 2012, p. 217.

252 Voir, dans le même sens, les références citées *supra* à la note 174.

253 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 2 avril 2001 sur l'initiative parlementaire «Suppression de carence dans les droits populaires», FF 2001 4590, p. 4615. Dans le même sens, voir aussi Conditions de validité des initiatives populaires et limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale – Rapport de l'Office fédéral de la justice du 28 décembre 2006 à l'intention de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, JAAC 2012.4 72, p. 85 ss.

acceptées, notamment celles qui entrent en conflit avec les droits de l'homme, ne cesse au demeurant d'augmenter.

En 2010, le Conseil fédéral a ainsi laissé entendre pour la première fois dans son rapport sur la relation entre le droit international et le droit interne qu'une interprétation différente, plus large, de l'article 139 al. 3 Cst. pouvait entrer en ligne de compte:

«Comme les règles impératives du droit international sont une notion de notre droit interne (voir art. 139, al. 2, 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst.), une interprétation plus large pourrait toutefois également être envisagée. Dans le message relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral a exposé qu'il incombait à la jurisprudence de clarifier au maximum la portée de cette notion en tenant compte de la doctrine»²⁵⁴.

Une chose est certaine, il existe de nombreux auteurs de doctrine qui soutiennent une extension de l'interprétation de la notion de règles de droit international impératif figurant à l'article 139 al. 3 Cst.²⁵⁵. Bien qu'il soit souhaitable de résoudre ce conflit entre initiative et droits de l'homme, il n'est toutefois pas certain que la démocratie soit respectée par un changement aussi brutal de pratique. Lors de l'adoption de l'article 139 al. 3 Cst., les normes visées par la disposition semblaient en effet limitées à un socle fondamental.

L'ouverture envisagée par le Conseil fédéral est toutefois restée isolée. En 2011, complétant le rapport précité, il a immédiatement refermé la porte qu'il avait entrouverte en 2010. Il a alors soutenu que seule une révision de la Constitution pouvait amener à élargir les cas de nullité des initiatives:

«pour élargir les limites matérielles à la révision de la Constitution, il n'est pas possible de simplement changer de pratique; une modification de la Constitution est nécessaire»²⁵⁶.

Reste également à examiner si la notion d'exécutabilité, préconisée par certains auteurs minoritaires²⁵⁷, est une piste envisageable pour régler ce conflit.

Selon le Tribunal fédéral, la notion d'inexécutabilité justifie une invalidation d'une initiative populaire uniquement en présence d'obstacles insurmontables: «une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible. Il ne se justifie pas de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne se justifie toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable: une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative. Par ailleurs, l'impossibilité doit ressortir clairement

254 Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, p. 2116–2117.

255 Voir les références citées *supra* notes 175 et ss.

256 Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3403.

257 Voir les références citées *supra* note 182.

du texte de l'initiative; si celle-ci peut être interprétée de telle manière que les vœux des initiants sont réalisables, elle doit être considérée comme valable. L'impossibilité peut être matérielle ou juridique. S'agissant des initiatives tendant à la remise en cause de travaux, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas inexécutabilité du simple fait que l'ouvrage est déjà commencé, mais qu'il y a impossibilité matérielle d'exécution lorsque l'ouvrage est en état d'achèvement»²⁵⁸.

Or, une violation du droit international par la Suisse a pour corollaire d'engager sa responsabilité internationale²⁵⁹. Une violation des droits de l'homme, notamment de la CEDH, peut en outre être constatée par une juridiction internationale comme la Cour européenne des droits de l'homme. Dans de telles hypothèses, la position internationale de la Suisse devient délicate. En revanche, cela ne crée nullement une impossibilité juridique d'exécuter l'initiative²⁶⁰.

Par ailleurs, l'impossibilité – juridique ou politique – de dénoncer certains traités internationaux, comme la CEDH ou le Pacte II, n'est pas nécessairement admise par la doctrine²⁶¹. A cet égard, il faut relever que l'article 58 CEDH prévoit une clause de dénonciation. Cette voie ne paraît cependant politiquement guère envisageable car la Suisse serait mise au ban des Etats européens²⁶². S'agissant du Pacte II, une dénonciation n'est pas prévue par le texte du traité et est donc *a priori* exclue²⁶³. L'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit en effet des conditions particulièrement restrictives pour permettre la dénonciation d'un traité international qui ne prévoit pas de clause de dénonciation.

258 ATF 128 I 190, consid. 5 et les références citées.

259 Voir, par exemple, ANDREAS R. ZIEGLER (note 192), p. 126 ss.

260 Voir Conditions de validité des initiatives populaires et limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale – Rapport de l'Office fédéral de la justice du 28 décembre 2006 à l'intention de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, JAAC 2012.4 72, p. 79 ss et p. 83.

261 Voir BAUMANN (note 94), p. 209; KELLER/LANTER/FISCHER (note 157), p. 147. Sur la question, voir aussi Droit des traités internationaux, les deux avis de droit de la Direction du droit international public du 8 mars 2007, JAAC 2007.12 216 et JAAC.18 331.

262 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 251), p. 362; Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets» du 27 août 2008, FF 2008 6923, p. 6930; Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!)» du 7 juin 2004, FF 2004 3077, p. 3088. *Contra*, Message du Conseil fédéral du 22 juin 1994 concertant les initiatives populaires «pour une politique d'asile raisonnable» et «contre l'immigration clandestine», FF 1994 III 1471, p. 1479–1480; Message du Conseil fédéral du 4 mars 1974 concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, FF 1974 I 1020, p. 1046 ss.

263 Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3412; Message du Conseil fédéral du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme, FF 1991 I 1129, p. 1147.

Ces différents éléments démontrent que la réglementation actuelle consacrée par l'article 139 al. 3 Cst. a atteint ses limites. Il est en effet délicat de faire évoluer une notion imprécise. Aucune méthode d'interprétation ne permet de dégager un sens élargi du *ius cogens* de manière indiscutable.

Il n'en demeure pas moins que le conflit entre droits de l'homme et initiatives populaires est toujours plus important. Une évolution doit dès lors survenir. L'initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»²⁶⁴ déposée le 28 décembre 2012 en est la dernière démonstration. Une révision constitutionnelle semble dès lors nécessaire²⁶⁵. Reste à déterminer laquelle.

VI. De lege ferenda

L'importance des droits de l'homme, en particulier ceux consacrés par la CEDH et le Pacte II, n'est sans doute plus à démontrer dans l'ordre juridique suisse. Si besoin est, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Nada c. Suisse* du 12 septembre 2012²⁶⁶ démontre que ces garanties ont aujourd'hui une portée extrêmement large pour la Suisse. Les droits de l'homme s'imposent dans tous les domaines, même dans la mise en œuvre de décisions de l'ONU. Au vu de l'arrêt *Nada* notamment, la démocratie directe et les spécificités du droit d'initiative suisse ne seront assurément pas un motif pour justifier une initiative populaire contraire aux droits de l'homme, fût-elle adoptée par une majorité du peuple et des cantons²⁶⁷.

Cette importance étant aujourd'hui acquise²⁶⁸, il faut examiner s'il est souhaitable qu'une initiative respecte tout le droit international ou seulement les éléments les plus fondamentaux sous peine de nullité.

Si la seconde option est privilégiée, faut-il se fonder sur tous les droits de l'homme, soit les droits de première (droits civils et politiques), de seconde (droits économique, sociaux et culturels) et de troisième génération (droits de solidarité)²⁶⁹? Faut-il se limiter aux droits de première génération, au risque de se couper de l'évolution du droit international? Faut-il s'arrêter à toutes les notions recouvertes par les droits de l'homme, au risque de limiter de manière particulièrement drastique la marge de manœuvre des initiants?

264 FF 2012 6873.

265 Voir aussi les références citées *supra* notes 183 ss.

266 ACEDH [GC] *Nada c. Suisse* du 12 septembre 2012, requête n° 10593/08.

267 Voir aussi Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2012, consid. 5.

268 *Contra* toutefois ETIENNE GRISEL, Les droits populaires au niveau fédéral, in: Thürer/Aubert/Müller, Droit constitutionnel suisse, Zurich, 2001., 383, p. 389, n° 26 lequel estime que de telles limites n'ont pas de valeur juridique mais permettent uniquement au parlement «d'écarter les initiatives qui risquent de gêner la politique étrangère des autorités fédérales».

269 Sur les différentes notions des droits de l'homme, voir, en dernier lieu, GREGOR CHATTON, L'interdépendance des droits de l'Homme, Berne, 2012.

L'examen est d'autant plus difficile qu'il est, aujourd'hui, impossible d'indiquer dans la Constitution fédérale qu'une initiative doit, sous peine de nullité, respecter les droits de l'homme en sachant ce qu'une telle limite signifiera dans quelques années. Une telle mention ne permet pas de définir la portée exacte des limites autonomes à la révision de la Constitution qui seraient ainsi introduites.

La jurisprudence internationale a en effet tendance à examiner de manière particulièrement dynamique les textes internationaux, créant de nouveaux droits ou de nouvelles obligations qui ne sont pas nécessairement prévisibles aujourd'hui. Faut-il alors prévoir qu'une initiative doit respecter certains textes internationaux garantissant les droits de l'homme en prévoyant la date jusqu'à laquelle la jurisprudence est prise en compte²⁷⁰?

Ces quelques questions démontrent que la réflexion est particulièrement délicate. Il s'agit en effet de garantir le respect des droits fondamentaux, tout en ne vidant pas les instruments de démocratie directe de leurs objets.

1. Les propositions existantes de modification de l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale

Les auteurs qui préconisent une modification du texte constitutionnel estiment qu'il serait trop délicat – notamment politiquement – d'intégrer une liste des textes internationaux qui doivent être respectés par une initiative, sous peine d'invalidation. Ils proposent ainsi de modifier l'article 139 al. 3 Cst. afin qu'une initiative soit invalidée lorsqu'elle viole des normes du droit international qui sont d'importance vitale pour la Suisse²⁷¹. L'objectif est de trouver un compromis entre le respect du droit international, sans trop limiter la marge de manœuvre des initiants.

Bien que particulièrement ouverte et permettant de faire face à l'évolution du droit international, cette approche nous semble cependant poser plus de difficultés qu'elle n'en résout véritablement²⁷².

270 A l'image, par exemple, de l'article 16 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681), lequel prévoit: «Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature. La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie contractante, le comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence». Sur l'intégration, dans le droit suisse, des principes jurisprudentiels européens ultérieurs à l'ALCP, voir Arrêt TF du 22 mars 2013 dans la cause 2C_65/2012 (destiné à publication aux ATF).

271 KELLER/LANTER/FISCHER (note 157), p. 147 ss.

272 Pour une critique d'une telle approche, voir aussi LUZIUS MADER, Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder, in: Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz, Zurich, 2009, 93, p. 108.

En effet qu'est-ce qu'une norme d'importance vitale pour la Suisse? Toute norme qui pourrait engager la responsabilité internationale de la Suisse? Les droits de l'homme uniquement? Tous les traités sur le plan économique? L'ALCP en fait-il partie? Une réponse positive signifierait que l'initiative populaire «contre l'immigration de masse», actuellement en cours de traitement et clairement contraire à ce traité²⁷³, devrait être déclarée nulle.

Il est ainsi à craindre qu'un tel texte ne pose plus de questions qu'il ne permette d'en résoudre. La notion de droit international impératif qui figure aujourd'hui à l'article 139 al. 3 Cst. avait, elle-aussi, été introduite pour définir les normes qui étaient visées de «manière claire et transparente»²⁷⁴. La pratique a démontré que tel n'était pas le cas, alors même qu'il s'agit d'une notion connue du droit international. Il est dès lors à craindre que la notion de *normes d'importance vitale pour la Suisse*, aujourd'hui inconnue du droit helvétique, entraîne elle aussi son lot d'interrogation et, surtout, d'incertitude.

Il en va de même pour l'approche du Conseil fédéral qui propose dans sa consultation du 15 mars 2013 de faire évoluer la réglementation en matière de validité des initiatives fédérales²⁷⁵. Il se limite cependant à proposer d'étendre les cas de nullité des textes aux initiatives violant «l'essence des droits fondamentaux»²⁷⁶.

Bien que consacrée à l'article 36 al. 4 Cst.²⁷⁷, cette notion ne joue pas un grand rôle concret dans la pratique constitutionnelle helvétique²⁷⁸. Souvent citée sans autre définition par le Tribunal fédéral, elle est toujours en lien avec les droits fondamentaux protégés par la Constitution fédérale et non par le droit international²⁷⁹. Il s'agit ainsi d'un concept politique n'ayant guère de portée juridique effective²⁸⁰. Il ne semble dès lors guère adéquat de l'employer pour introduire une limite autonome à la révision de la Constitution.

273 Voir le Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2013 279, p. 323 ss.

274 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 369.

275 Voir *supra* C.IV.

276 Rapport explicatif du Conseil fédéral de janvier 2013 concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et de la Constitution. Voir aussi le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3428 ss.

277 Sur cette notion, voir, en dernier lieu, MARCEL ALEXANDRE NIGGLI, CHRISTOPF RIEDO, Unantastbar? Bemerkungen zu so genannten kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing, PJA 2011 762. De manière générale et approfondie, voir MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechte. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Berne, 2001.

278 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 251), p. 217.

279 Voir, par exemple, ATF 138 II 267, consid. 2.3; ATF 138 IV 13, consid. 7; ATF 137 I 327, consid. 4.4 et 5.1; ATF 137 IV 122, consid. 2.

280 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, Berne, 2006, p. 118–119. La doctrine alémanique est toutefois bien moins affirmative sur ce point: voir RAINER J. SCHWEIZER, ad art. 36, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Saint-Gall, 2008, p. 740, n^{os} 28 ss et les références citées.

Il s'agit en outre d'une règle qui fait appel à une notion largement indéterminée²⁸¹, laissant une très grande marge de manœuvre au parlement lorsqu'il devra examiner la validité d'une initiative²⁸². La pratique actuelle démontre pourtant toutes les difficultés qui découlent d'une notion indéterminée pour statuer sur la validité d'une initiative populaire.

Il est surtout curieux d'introduire une limite autonome à la révision de la Constitution fédérale basée sur une notion de droit interne afin de tenter de régler le conflit entre le droit constitutionnel interne et le droit international.

Ce d'autant plus que le droit international des droits de l'homme ne connaît pas cette notion ou pratiquement pas²⁸³, ce que le Conseil fédéral lui-même admet dans les explications relatives à sa proposition²⁸⁴.

Il est ainsi difficile de voir quelle solution cette proposition de déclarer nulle une initiative qui viole «l'essence des droits fondamentaux» va véritablement apporter. Le Tribunal fédéral ou la Cour européenne n'ont en effet jamais censuré un acte au motif qu'il violerait l'essence des droits fondamentaux²⁸⁵. Il faudrait dès lors que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale développent eux-mêmes cette notion pour statuer sur la validité d'une initiative. Cela risque d'entraîner plus de difficultés que de solutions.

Il est surtout difficile de déterminer comment cette nouvelle condition pourrait permettre de diminuer les tensions existantes entre droit interne et droit international en introduisant une condition de validité des initiatives populaires qui est très largement inconnue du droit international. Les tensions qu'on connaît aujourd'hui seraient ainsi toujours présentes.

C'est d'autant plus vrai que si l'on applique cette notion aux différentes initiatives qui ont été problématiques ces dernières années²⁸⁶, la notion d'essence des droits fondamentaux n'aurait sans doute mené qu'à l'invalidation de l'initiative intitulée «Peine de mort en cas d'assassinat en concours avec un abus sexuel». Les autres initiatives posaient effet des problèmes sérieux de compatibilité avec les droits fondamentaux, mais pas avec leur essence. Le Conseil fédéral l'admet d'ailleurs lui-même²⁸⁷.

281 MICHAEL LEUPOLD, MICHEL BESSON, Gefährden Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung?, LeGes 2011 389, p. 401.

282 GIOVANNI BIAGGINI, Die schweizerische direkte Demokratie und das Völkerrecht – Gedanken aus Anlass der Volksabstimmung über die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», ZÖR 2010 325, p. 340.

283 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 280), p. 118, n° 250.

284 Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3431 ss.

285 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 280), p. 118, n° 251.

286 Voir *supra* C.I.

287 Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3438–3439.

L'avant-projet de modification de la Constitution fédérale du 15 mars 2013²⁸⁸ ne résout ainsi rien. Si cette modification est adoptée, les problèmes de conformité des initiatives populaires vont perdurer. En définitive, la modification proposée risque même d'être contreproductive en introduisant dans l'examen de la validité des initiatives une nouvelle notion, peu claire, laquelle ne s'opposera nullement à la validité d'initiatives manifestement contraires aux droits de l'homme. Les droits populaires seront ainsi limités par un concept hérité du droit allemand et non du droit international, pour tenter de résoudre un conflit relatif aux droits de l'homme. Le fondement logique de cette approche nous échappe.

L'approche du Conseil fédéral est surtout contradictoire. Il a en effet adopté le projet d'introduire une limite au droit d'initiative par le biais de la théorie de l'essence des droits fondamentaux, rejetant en revanche une limitation par le biais de l'obligation pour une initiative de respecter le principe de non-discrimination.

Le Conseil fédéral expose qu'il serait trop restrictif et insuffisamment clair d'instaurer comme condition de validité d'une initiative populaire fédérale le respect du principe de non-discrimination: «D'abord parce qu'elle restreindrait considérablement les droits populaires; ensuite parce que quelques-uns des critères de discrimination, fixés à l'art. 8, al. 2, Cst., sont trop indéterminés pour que ce principe serve de limite matérielle»²⁸⁹.

Or, l'interdiction de la non-discrimination fait l'objet d'une jurisprudence fournie, détaillée²⁹⁰. Il s'agit en outre d'un principe reconnu en droit international (art. 14 CEDH et, surtout, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²⁹¹). Il est dès lors contradictoire de refuser d'introduire une limite, relativement claire, en matière d'initiative comme l'interdiction de la non-discrimination en raison de «critères indéterminés», pour proposer une limite encore plus indéterminée, et surtout inconnue du droit international, à savoir la condition du respect de «l'essence des droits fondamentaux».

L'avant-projet de modification de l'article 139 al. 3 de la Constitution fédérale du Conseil fédéral du 15 mars 2013 n'est ainsi pas convaincant. Il est au mieux inutile et, au pire, contreproductif car il risque de geler la possibilité de modifier la Constitution fédérale sur ce sujet important pour de très nombreuses années.

288 Projet du Conseil fédéral du 15 mars 2013 d'Arrêté fédéral concernant l'essence des droits fondamentaux comme limite à la révision de la Constitution (Projet B).

289 Rapport explicatif du Conseil fédéral de janvier 2013 concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et de la Constitution, p. 31.

290 Voir, par exemple et récemment, ATF 138 I 217; ATF 138 I 205; ATF 137 V 334; ATF 137 I 309.

291 RS 0.104.

2. *Faut-il consacrer explicitement certains textes internationaux comme limite à la révision de la Constitution fédérale?*

Au vu de l'importance que revêtent les instruments de démocratie directe en Suisse, la définition des conditions de validité d'une initiative ne doit pas être trop sujette à interprétation. La précision et la prévisibilité nous semblent être des facteurs déterminants²⁹².

Il y a par ailleurs lieu de constater que les tensions qui existent entre le droit d'initiative et le droit international concernent surtout les droits de l'homme. A cet égard, il y a fort à penser que ce conflit sera tranché par les instances supérieures, notamment par la Cour européenne des droits de l'homme, en faveur des droits de l'homme. Celle-ci n'admet en effet pas que les Etats se retranchent derrière le rang constitutionnel d'une de leurs règles de droit pour justifier une violation de la CEDH. Elle précise même dans sa jurisprudence qu'une éventuelle disposition constitutionnelle contraire à la CEDH est «dépourvue de pertinence»²⁹³ dans l'examen de l'atteinte aux droits de l'homme.

Le Tribunal fédéral semble au demeurant d'ores et déjà l'indiquer dans son arrêt du 12 octobre 2012²⁹⁴. Il ne paraît pas particulièrement respectueux du peuple de le faire voter sur un projet qui sera, quelques années plus tard, censuré par des instances nationales ou supranationales²⁹⁵. Les notions de «normes d'importance vitale» ou «d'essence des droits fondamentaux» sont dès lors insuffisantes comme nouvelle condition de validité des initiatives populaires fédérales.

Il semble dès lors judicieux de préciser à l'article 139 al. 3 Cst. qu'une initiative doit respecter les normes du droit international impératif et les normes de convention internationale choisies qui lient la Suisse en matière de droits de l'homme.

L'inconvénient de la rigidité d'une énumération²⁹⁶ nous semble être très largement contrebalancé par la prévisibilité des textes qui fixeront – sauf initiative tendant à leur dénonciation pure et simple si celle-ci est juridiquement envisageable – une limite à la foi autonome et hétéronome à la révision de la Constitution.

292 Voir également en ce sens le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3427–3428.

293 Voir en particulier ACEDH (GC) du 22 décembre 2009 *Sejdic et Finic c. Bosnie-Herzégovine*, requêtes n^{os} 27996/2006 et 34836/2006, par. 29: «le fait que la présente espèce soulève la question de la compatibilité de la Constitution nationale avec la Convention est dépourvu de pertinence à cet égard».

294 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.1.

295 Voir cependant ATF 114 Ia 267 où le Tribunal fédéral a jugé, malgré les critiques de la doctrine, qu'un citoyen ne pouvait pas exiger qu'une initiative soit soustraite à la votation populaire au motif que son contenu est contraire au droit. Cette jurisprudence a été confirmée récemment: Arrêt TF du 6 juillet 2010 in: ZBl 2011 262 avec note de BIAGGINI.

296 Voir KELLER/LANTER/FISCHER (note 157), p. 147.

Les deux textes garantissant les droits de l'homme le plus souvent cités dans l'examen des initiatives populaires fédérales qui ont posé des problèmes pratiques concrets et particulièrement délicats sont, avant tout, le Pacte II et la CEDH²⁹⁷. Il s'agit au demeurant des deux principaux textes internationaux en matière de protection des droits de l'homme, directement inspirés de la déclaration universelle des droits de l'homme. L'article 139 al. 3 Cst. pourrait ainsi avoir le teneur suivante²⁹⁸:

Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière, les règles impératives du droit international ou *les règles des droits de l'homme garanties par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ou le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 16 décembre 1966, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.

Une telle proposition n'est assurément pas parfaite. Elle nous semble néanmoins avoir l'avantage de la clarté pour les initiants. Elle permettrait en outre de faire face aux tensions actuelles qui existent entre les droits de l'homme et le droit d'initiative.

Une telle évolution s'inscrirait en outre dans la droite ligne de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en matière de primauté du droit international (art. 5 al. 4 Cst.). Bien que n'ayant jamais renversé la jurisprudence *Schubert*²⁹⁹ à teneur de laquelle lorsque le peuple ou le parlement dérogent de façon consciente à des obligations internationales cette décision doit être appliquée, le Tribunal fédéral admet aujourd'hui dans une jurisprudence bien établie qu'il n'en va pas de même lorsque le texte international violé garantit les droits de l'homme³⁰⁰. Le 12 octobre 2012, il a en outre clairement indiqué lorsqu'il a eu à se prononcer sur l'exécutabilité immédiate de l'article 121 Cst., qui découle de l'initiative sur les renvois, que le droit international devait primer³⁰¹.

Cette modification apparaît en outre nécessaire. Comment est-il possible de concilier le caractère obligatoire de la CEDH³⁰² tout en acceptant que ces dispositions ne soient pas impératives – au sens de l'article 139 Cst. – pour la Suisse³⁰³. Ce conflit doit être tranché et il appartient au constituant de le faire.

297 Voir *supra* C.I.

298 Voir aussi MARQUIS (note 165), p. 16. Dans le même sens, Giorgio Malinverni, *Démocratie directe et droits de l'homme*, in: *Direkte Demokratie*, Berne, 2013 453, p. 466.

299 ATF 99 Ib 39. Sur cette jurisprudence et sa portée, voir, en dernier lieu, ROBERT BAUMANN, *Die Tragweite der «Schubert-Praxis»*, PJA 2010 1013. Le Tribunal fédéral semble toutefois abandonner cette pratique: voir en dernier lieu ATF 138 II 524, consid. 5.1.

300 ATF 136 II 241, consid. 16.1; ATF 133 V 367, consid. 11.2.

301 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.1.

302 Il existe ainsi un mécanisme de révision – avec un droit à la révision – en cas de violation de la CEDH: art. 121 LTF (RS 173.110). Sur le caractère obligatoire de la CEDH, voir aussi Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.2.3.

303 Sur le sujet, voir HOTTELIER (note 177), *passim*.

La limite à la révision de la Constitution – à tout le moins s’agissant de l’application des normes – existe *de facto* déjà au regard de la CEDH notamment. Le Tribunal fédéral a indiqué qu’il donnerait la primauté au droit international en cas d’un tel conflit³⁰⁴ et la Cour européenne des droits de l’homme juge les dispositions constitutionnelles internes comme un critère non pertinent pour déterminer si la CEDH a été respectée ou violée³⁰⁵. En définitive, il s’agit ainsi de le consacrer dans le texte constitutionnel, afin que ce dernier corresponde à la pratique effective. Il ne s’agit nullement de limiter les compétences du peuple – elles le sont déjà. Il s’agit uniquement d’indiquer explicitement, voire même seulement de rappeler, que des limites existent aux initiatives populaires fédérales et que le peuple ne peut pas adopter n’importe quel texte, en faisant fi de tous les droits fondamentaux.

Il ne s’agit que de faire application du principe de séparation des pouvoirs, lequel accorde des compétences au peuple, mais également des devoirs, et notamment l’obligation de respecter l’ordre juridique lorsqu’il intervient (art. 35 al. 2 Cst.), même dans le cas d’une votation populaire.

3. *L’intervention nécessaire d’une autorité judiciaire*

A notre sens, la modification proposée de l’article 139 al. 3 Cst. ne pourrait pas se faire sans l’introduction parallèle d’un contrôle judiciaire de la validité des initiatives populaires fédérales. En effet, déjà technique avant une modification de l’article 139 al. 3 Cst., une évolution de ce texte amènerait l’autorité chargée de statuer sur la validité d’une initiative à devoir se livrer à un examen juridique fouillé et complexe d’une jurisprudence en perpétuelle évolution. Un tel rôle ne doit pas revenir au parlement seul, mais à une autorité judiciaire³⁰⁶.

L’absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.) ne saurait être un motif valable pour s’opposer à l’intervention du Tribunal fédéral en matière de contrôle de validité des initiatives populaires fédérales comme l’affirme le Conseil fédéral dans son rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne³⁰⁷.

S’opposer à une intervention judiciaire car celle-ci n’est pas complète dans tous les domaines du droit n’est pas un argument convaincant. Une évolution doit souvent commencer par un point, avant de s’étendre.

La Suisse connaît au demeurant déjà très largement une juridiction constitutionnelle, notamment s’agissant du contrôle de la CEDH³⁰⁸. L’importance du

304 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 5.

305 ACEDH (GC) du 22 décembre 2009 *Sejdic et Finic c. Bosnie-Herzégovine*, requêtes n^{os} 27996/2006 et 34836/2006, par. 29.

306 Dans ce sens, voir aussi les références citées *supra* note 183.

307 Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3421–3422.

308 Voir YVO HANGARTNER, *Zwischenhalt in der Verfassungsgerichtsbarkeit*, PJA 2012 1213.

conflit entre droit international et initiative populaire est en outre bien plus concret que le conflit existant entre droit fédéral et Constitution fédérale, ce d'autant plus que, dans ce dernier domaine, le Tribunal fédéral estime déjà pouvoir constater une violation de la Constitution en vue d'inviter le législateur à y mettre fin³⁰⁹. Il a dès lors déjà une fonction de juridiction constitutionnelle. Il n'est enfin nullement contesté que le Tribunal fédéral, notamment en matière cantonale, exerce déjà une véritable juridiction constitutionnelle³¹⁰.

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral démontre au demeurant que ce dernier est prêt à intervenir en matière de droits politiques fédéraux, même sur des éléments controversés³¹¹. Il a en effet accepté d'entrer en matière sur un recours contre l'information donnée par le Conseil fédéral lors d'une campagne référendaire, constatant une violation des droits politiques (art. 34 Cst.).

L'extension du rôle du Tribunal fédéral, sur laquelle nous reviendrons³¹², pose la question de l'autorité compétente pour statuer sur la validité d'une initiative populaire fédérale. Doit-il s'agir d'une saisine automatique du Tribunal fédéral? Ou doit-il s'agir d'une voie de recours contre des actes du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale?

Lorsque le Conseil fédéral avait proposé – en 1997 dans son message relatif à la nouvelle Constitution fédérale en lien avec la réforme des droits politiques – de permettre une saisine du Tribunal fédéral, il avait envisagé un système mixte: «Dans le cadre de la réforme des droits populaires, il est toutefois prévu que l'Assemblée fédérale devra à l'avenir demander un arrêt du Tribunal fédéral, par lequel elle sera liée, lorsqu'elle estime qu'une initiative n'est pas valable»³¹³.

Les droits politiques fédéraux ne sont toutefois guères différents des droits politiques cantonaux. Il convient dès lors de s'inspirer des solutions cantonales, qui fonctionnent depuis de nombreuses années. Il n'est pas nécessaire de créer un nouveau système alors qu'il existe des principes bien ancrés en la matière et ayant fait leurs preuves.

Dans l'écrasante majorité des cantons, c'est le parlement qui statue sur la validité des initiatives³¹⁴ avec, parfois, l'intervention sur recours d'une Cour constitutionnelle cantonale³¹⁵.

309 Jurisprudence constante depuis l'ATF 117 Ib 367. Voir en dernier lieu ATF 137 I 128.

310 Voir, notamment, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 21), p. 641 ss.

311 Voir ATF 138 I 61.

312 Voir *infra* E.

313 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 512–513.

314 Voir art. 28 al. 2 Cst./ZH (RS 131.211), 59 al. 2 Cst./BE (RS 131.212), 49 let. e Cst./LU (RS 131.213), 70 ch. 10 Cst./OW (RS 131.216.1), 61 al. 2 Cst./NW (RS 131.216.2), 59 al. 2 Cst./GL (RS 131.217), 43 Cst./FR (RS 131.219), 31 Cst./SO (RS 131.221), 29 al. 1 Cst./BL (RS 131.222.2), 28 al. 2 Cst./SH (RS 131.223), 55 al. 1 Cst./AR (RS 131.224.1), 14 al. 3 Cst./GR (RS 131.226), 65 al. 1 Cst./AG (RS 131.227), 27 al. 2 Cst./TG (RS 131.228), 38 et 86 Cst./

Seul le canton de Bâle-Ville permet au Grand Conseil, s'il le souhaite, de saisir la Cour d'appel cantonale afin que cette dernière tranche sur la validité de l'initiative³¹⁶. Il s'agit d'un mécanisme original et unique en Suisse, similaire à la question de constitutionnalité inconnue dans la juridiction constitutionnelle helvétique.

La nouvelle Constitution genevoise a en outre réservé l'examen de la validité des initiatives au Conseil d'Etat, avec une voie de droit auprès d'une Cour constitutionnelle cantonale³¹⁷. Le recours au Tribunal fédéral pour violation des droits politiques est ensuite ouvert (art. 82 let. c LTF³¹⁸)³¹⁹. Cette particularité s'explique par l'utilisation tout à fait particulière de cette initiative dans ce canton³²⁰, qui peut parfois tendre à l'abus de droit³²¹.

Seuls deux cantons ont ainsi mis en place un système qui s'écarte de la décision du parlement³²², sujette à recours devant une Cour cantonale ou le Tribunal fédéral. Il ne semble dès lors pas souhaitable de s'écarter du système généralement mis en place dans les cantons sur le plan fédéral. Il n'y a guère de motif objectif pour le faire. L'ouverture d'une voie de droit auprès du Tribunal fédéral contre la décision de l'Assemblée fédérale statuant sur la validité d'une initiative populaire fédérale semble ainsi naturellement s'imposer.

L'article 173 al. 1 let. f Cst., lequel octroie à l'Assemblée fédérale la compétence de statuer sur la validité des initiatives populaires, n'a ainsi pas à être modifié. L'ouverture d'une voie de droit par-devant le Tribunal fédéral devrait en revanche être envisagée.

Une telle évolution rejoindrait au demeurant la volonté initiale des autorités fédérales, lesquelles souhaitaient initialement dans le cadre de la réforme de la justice accorder aux droits politiques fédéraux la même protection judiciaire qu'en matière cantonale³²³.

Une telle voie de droit en matière d'initiative populaire fédérale n'aura pas pour conséquence de limiter les droits politiques. Tout comme en matière cantonale, elle peut y apporter un enrichissement; nous y reviendrons³²⁴.

TI (RS 131.229), 80 al. 1 Cst./VD (RS 131.231), 33 al. 3 Cst./VS (RS 131.232), 61 al. 1 let. d Cst./NE (RS 131.233), 66 al. 1 Cst./GE (RS 131.234), 75 al. 3 Cst./JU (RS 131.235).

315 Voir art. 69 al. 2 ch. 5 Cst./NW (RS 131.216.2), 14 al. 3 Cst./GR (RS 131.226), 80 al. 2 Cst./VD (RS 131.231), 104 Cst./JU (RS 131.235).

316 Voir art. 91 al. 1 let. g Cst./BS (RS 131.222.1)

317 Voir art. 60 al. 1 et 124 let. b de la Constitution genevoise du 14 octobre 2012.

318 Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110.

319 ATF 134 I 172 et les références citées.

320 STÉPHANE GRODECKI, *L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève*, Genève, 2008, p. 356 ss.

321 Voir ATF 128 I 190, consid. 7.

322 Etant rappelé que selon le Tribunal fédéral, il ne s'agit pas d'une décision au sens juridique: ATF 123 I 63, consid. 2.

323 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 2006 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 512.

324 Voir *infra* E.

Préconisée par le Conseil fédéral³²⁵, l'introduction d'une procédure de contrôle préalable de la validité des initiatives par la Chancellerie fédérale peut être une phase intéressante pour les initiants³²⁶. Dénuée de toute obligation pour les initiants, elle ne saurait toutefois nullement remplacer un contrôle judiciaire ultérieur. De tels contacts sont en effet déjà courants, sans que cela n'ait une grande influence en pratique³²⁷. Avant de mettre son avant-projet en consultation, le Conseil fédéral avait d'ailleurs demandé une étude sur l'utilité de cet examen, laquelle a conclu qu'une telle procédure ne permettait pas d'améliorer la relation entre le droit international et le droit interne. Seul un contrôle judiciaire permettait d'y parvenir³²⁸.

VII. Conclusion intermédiaire

Les tensions entre droits de l'homme et initiative populaire sont toujours plus importantes. Ce conflit latent ne peut plus durer et il est nécessaire de le régler. Une modification de la Constitution fédérale est souhaitable³²⁹.

Une interdiction de toute initiative populaire fédérale contraire au droit international n'aurait assurément aucune légitimité. Il est en effet envisageable qu'un organe de l'Etat décide de s'écarter d'obligations internationales et d'engager la responsabilité internationale de la Suisse. Il n'y a en cela rien d'inévitable pour un Etat.

Il n'en demeure pas moins que certaines obligations sont plus fondamentales que d'autres. Il en va particulièrement ainsi des obligations internationales en matière des droits de l'homme.

La définition des obligations qui doivent être respectées et qui doivent, en cas de violation, entraîner la nullité d'une initiative n'est pas aisée. Elle devra être claire et ne pas laisser trop de place à l'incertitude, d'où notre proposition d'inclure, à l'article 139 al. 3 Cst. un renvoi à la CEDH et au Pacte II afin de trancher et tenter de résoudre le conflit entre droits de l'homme et droits politiques.

325 Rapport explicatif du Conseil fédéral de janvier 2013 concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et de la Constitution (Cst). Voir déjà le rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401, p. 3419 ss.

326 HANGARTNER/KLEY (note 7), n° 2077; contra, ANDREAS AUER/NICOLAS AUBERT/ÉVREN SOMER, So besser nicht: kritische Anmerkungen zum materiellen Vorprüfungsverfahren für Volksinitiativen im Bund, PJA 2013 659.

327 Voir NICOLAS VON ARX, Ähnlich aber anders, Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz, Genève, 2004, p. 121; MATTERN (note 22), p. 251.

328 ZENTRUM FÜR DEMOKRATIE Aarau, Kritische Begutachtung des materiellen Vorprüfungsverfahrens für Volksinitiativen im Bund, 15 octobre 2012 cité dans le rapport explicatif du Conseil fédéral de janvier 2013 concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et de la Constitution (Cst), p. 29–30.

329 Voir aussi CHRISTIAN HOFER, Überlegungen zu Möglichkeiten einer Optimierung der Volksinitiative, in: Jusletter 26 avril 2010, p. 13, pour qui une telle modification est urgente.

Une telle modification donnerait assurément une dimension nouvelle au droit international en Suisse, en lui conférant une légitimité très importante. Cette légitimité nécessite une bonne acceptation de ce droit, ce qui passe par des règles claires sur les textes internationaux soumis au référendum obligatoire ou facultatif; nous y reviendrons³³⁰.

La technicité de l'examen et les enjeux politiques justifient également une intervention accrue de l'autorité judiciaire. Une telle intervention a pour corollaire une garantie importante de l'indépendance des magistrats appelés à se charger de cette tâche.

Ces modifications peuvent certes rendre le lancement d'une initiative plus délicat. L'image d'Épinal de quelques initiants qui lancent une initiative «sur un coin de table» est toutefois dépassée depuis longtemps au vu de la complexité d'ores et déjà existante dans l'utilisation de ce droit populaire³³¹.

Il n'en demeure pas moins que toutes ces réflexions relèvent avant tout du droit désirable. Même à moyen terme, une évolution semble bien peu probable³³². Le projet du Conseil fédéral du 15 mars 2013 risque de se heurter à une opposition politique très importante.

D'une part, il n'existe guère de consensus en la matière³³³. D'autre part, il suffit de se référer aux débats sur la modification de l'article 190 Cst. relatif au contrôle de constitutionnalité du droit fédéral³³⁴. Le 3 décembre 2012, le Conseil national a en effet refusé, par 101 voix contre 68, l'initiative parlementaire Studer visant à étendre la juridiction constitutionnelle en matière fédérale³³⁵, alors même que le Conseil fédéral³³⁶ et la majorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil national préconisaient une telle modification³³⁷.

Il faut en outre relever que la modification proposée par le Conseil fédéral du 15 mars 2013 ne résoudra pas les conflits actuels entre le droit interne et les droits de l'homme. Elle est dès lors insuffisante. Comme nous l'avons relevé, l'introduction d'une notion comme «l'essence des droits fondamentaux» risque en outre d'entraîner plus de nouvelles questions que de véritables solutions. Par ailleurs, le risque est particulièrement grand de voir l'évolution de l'article 139 al. 3 Cst. gelée pour de nombreuses années, que l'avant projet du 15 mars 2013

330 Voir *infra* D.

331 Voir FELIX WIRZ/STEFAN JAKOB/STEFAN KUNZ, *Volksinitiativen professionell vorbereiten*, LeGes 2012/2 159.

332 MARQUIS (note 165), p. 14.

333 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 251), p. 217.

334 De manière plus générale et récente sur ce sujet, voir GIOVANNI BIAGGINI, *Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit: Ersatzlose Aufhebung von Art. 190 BV als optimaler Weg?*, ZBJV 2012 252. Voir également MARTIN E. LOOSER, *Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen: Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis*, Zürich, St. Gallen 2011.

335 Voir BO CN 2012 1967 et BO CE 2012 431. A cet égard, voir HANGARTNER (note 308).

336 FF 2011 6995.

337 FF 2011 6707.

soit accepté ou rejeté. Dès lors si un projet de modification constitutionnelle est soumis au vote du peuple et des cantons, il faut qu'il contienne une véritable solution au conflit entre droit interne et droit international.

A défaut, c'est bien le Tribunal fédéral, voire la Cour européenne des droits de l'homme, qui risque de censurer des textes constitutionnels issus d'initiatives populaires fédérales, avec toute les tensions qui risquent d'en découler.

Le cas échéant, la seule issue sera une évolution de la pratique des autorités fédérales dans l'interprétation de l'article 139 al. 3 Cst., comme l'envisageait le Conseil fédéral en 2010 lorsqu'il indiquait qu'une interprétation plus large pourrait être envisagée, précisant qu'il devait clarifier la notion de normes impératives du droit international public en tenant compte de la doctrine³³⁸. Le Conseil fédéral a toutefois soufflé le chaud et le froid sur ce point. Après avoir laissé entendre qu'une évolution était possible, il a en effet indiqué clairement en 2011 que seule une modification constitutionnelle était possible, semblant ainsi fermer la porte à toute évolution de la pratique³³⁹. Au vu de l'importance de la question, il serait souhaitable que sa position ne varie pas de la sorte. C'est d'autant plus vrai qu'aucun élément nouveau n'est survenu entre 2010 et 2011 sur cette question. Son revirement est ainsi difficilement compréhensible.

La position des autorités fédérales va toutefois devenir de plus en plus intenable. Une évolution de la pratique est dès lors bien plus probable à court ou moyen terme qu'une modification constitutionnelle qui résout véritablement le problème. D'une part, une partie non négligeable de la doctrine préconise un élargissement dans l'interprétation de la notion de *ius cogens* qui figure à l'article 139 al. 3 Cst.³⁴⁰. D'autre part, l'initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»³⁴¹ va mettre un terme à la possibilité de résoudre le conflit entre droits de l'homme et démocratie directe par la voie de l'interprétation conforme. Ce d'autant plus que le Tribunal fédéral a indiqué qu'il envisageait de ne pas laisser primer le texte constitutionnel issu d'une initiative sur les droits internationaux de l'homme³⁴².

Juridiquement, une telle évolution sera loin d'être parfaite, mais il faudra sans doute s'en contenter. Une évolution du texte constitutionnel ne semble en effet pas à l'ordre du jour. Toujours plus accru, le conflit entre droits politiques et droits de l'homme doit en effet bien trouver un épilogue.

Une telle solution sera toutefois dommageable pour la démocratie. La vision de ROUSSEAU citée dans l'introduction, qui consacre en définitive l'adage *vox populi vox dei*, est aujourd'hui dépassée par un monde toujours plus globalisé

338 Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, p. 2116–2117.

339 Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401.

340 Voir *supra* C.II.

341 FF 2012 6873.

342 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2012.

et, surtout, par le fait que le peuple est un organe de l'Etat qui se doit de respecter les engagements fondamentaux de ce même Etat (art. 35 al. 2 Cst.).

Il n'en demeure pas moins que le peuple n'est pas un organe de l'Etat comme un autre. Une évolution trop brutale – par la voie de l'interprétation – des initiatives déclarées nulles risque ainsi de créer une fracture dans le système de démocratie directe helvétique. Il est dès lors préférable d'introduire clairement une limite autonome supérieure à la Constitution fédérale que de continuer à véhiculer la vision selon laquelle ce texte peut être révisé en tout point et en tout temps (art. 192 al. 1 Cst.)³⁴³, alors que l'on sait aujourd'hui que le droit international – en tout cas en tant qu'il relève des droits de l'homme – primera finalement sur le texte constitutionnel, même issu d'une initiative populaire fédérale acceptée par la majorité du peuple et des cantons³⁴⁴.

Le status quo risque aussi d'augmenter la pression sur le Tribunal fédéral, avec des critiques de plus en plus virulente de certains milieux³⁴⁵. Il est difficilement justifiable de laisser de telles critiques subsister alors que la situation actuelle montre que ni l'Assemblée fédérale, ni le Conseil fédéral n'osent proposer les mesures adéquates pour régler la situation. C'est en définitive le Tribunal fédéral qui se retrouve sous le feu de la critique, alors qu'il ne fait qu'exercer son mandat de garant du respect du droit international (art. 189 al. 1 let. b Cst.), dont l'importance et la primauté sont reconnues par la Constitution (art. 5 al. 4 Cst.).

D. Le droit de référendum en matière de traités internationaux

La conclusion d'un traité par un Etat relève aussi bien du droit international public que du droit constitutionnel interne. Le premier permet de déterminer qui a la capacité de conclure un traité. Le second désigne les organes compétents pour exprimer le consentement de l'Etat³⁴⁶.

En Suisse, sauf exception (art. 166 al. 2 Cst.)³⁴⁷, les traités internationaux signés par le Conseil fédéral (art. 184 al. 2 Cst.) doivent être approuvés par l'Assemblée fédérale (art. 166 al. 2 Cst.). Certains traités internationaux sont ensuite soumis au droit de référendum (art. 140 et 141 Cst.).

En matière de traités internationaux, il existe ainsi deux types de référendums. D'une part, le référendum est obligatoire pour toute adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales (art. 140 al. 1 let. b Cst.). D'autre part, le référendum est facultatif pour les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), pour les traités

343 Sur ce point, voir, par exemple, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 251), p. 217.

344 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2012.

345 Voir *infra* F.IV., en particulier l'article de presse cité sous note 539.

346 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 21), p. 446, n° 1261.

347 A cet égard, voir art. 7a et 48a de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) – RS 172.010.

qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou pour les traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3) (art. 141 al. 1 let. d Cst.).

Se fondant en outre sur les travaux préparatoires de la nouvelle Constitution fédérale³⁴⁸ et une partie de la doctrine³⁴⁹, le Conseil fédéral estime qu'il existe encore un référendum obligatoire extraordinaire non écrit pour les «traités internationaux qui revêtent une importance extraordinaire à tel point qu'ils doivent être considérés comme étant de rang constitutionnel»³⁵⁰. C'est par cette institution que l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen fut, par exemple, soumise au référendum obligatoire³⁵¹.

Bien que s'agissant de l'instrument de démocratie directe le plus important en matière de politique étrangère³⁵², le référendum en matière de traités internationaux est relativement peu utilisé³⁵³. En revanche, lorsqu'il est employé, le taux de rejet de l'acte soumis à la sanction du peuple est particulièrement élevé³⁵⁴.

Cette institution fait place à des notions parfois délicates à appliquer. C'est en particulier le cas de l'article 141 al. 1 let. d Cst. relatif aux traités internationaux qui contiennent des règles de droit importantes. Les autres cas de référendum sur les traités internationaux font appel à une réglementation relativement précise, qui ne semble guère poser de problèmes pratiques³⁵⁵. En revanche, la soumission au référendum des «dispositions importantes fixant des règles de

348 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 371.

349 DANIEL THÜRER, ad art. 140, in: *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Saint-Gall, 2008, p. 2217, n° 20; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, ad art. 140 n° 12, in: *Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, 2003. *Contra*, GRISSEL (note 7), p. 304–305. Voir aussi l'avis critique de AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 21), p. 455, n° 1286.

350 Voir le Message du Conseil fédéral du 1^{er} octobre 2010 relatif à l'initiative populaire «Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!», FF 2010 6353, p. 6360; Message du Conseil fédéral du 1^{er} octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), FF 1994 5593, p. 5911 ss. Cette institution a été mentionnée la première fois par le Conseil fédéral in FF 1972 II 276.

351 Voir le Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, FF 1992 IV 1, p. 529.

352 CHRISTIAN SCHULTE, *Direkte Demokratie und Aussenpolitik in der Schweiz: eine Analyse direkt-demokratischer Partizipationsmöglichkeiten nach der Bundesverfassung 2000 unter Berücksichtigung der «Reform der Volksrechte 2003» und des «vote électronique»*, Berlin, 2006, p. 71.

353 Voir PASCAL SCIARINI, *La pratique de la démocratie directe en politique étrangère*, in: *Démocratie directe et politique étrangère en Suisse*, Genève, 1999, 41, p. 43–44.

354 SCIARINI (note 353), p. 67.

355 Voir Département fédéral des affaires étrangères, Direction du droit international public, *Guide de la pratique en matière de traités internationaux*, Berne, 2010, n° 116.

droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales» (art. 141 al. 1 let. d Cst.) fait appel à des notions indéterminées³⁵⁶.

L'objectif poursuivi lors de l'adoption de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. était d'introduire en matière de droit de référendum sur les traités internationaux un parallélisme avec les règles prévalant en droit interne, à savoir que doivent être édictées sous forme de lois fédérales, soumises au référendum facultatif (art. 141 al. 1 let. a Cst.), toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit (art. 164 Cst.)³⁵⁷. La doctrine l'avait réclamé depuis plusieurs années³⁵⁸.

A cet égard, sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences (art. 22 al. 4 LParl). Seuls les traités internationaux contenant des dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent ainsi être soumis au référendum facultatif (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.)³⁵⁹.

La doctrine relève toutefois qu'il existe aujourd'hui une différence entre la notion de «règles de droit importantes» consacrée à l'article 164 Cst. et celle de l'article 141 al. 1 let. d Cst.³⁶⁰. Il est soutenu que le parallélisme entre ces deux notions doit entraîner un examen similaire, mais non équivalent³⁶¹.

Il s'agit dès lors d'examiner les conséquences pour la démocratie directe de cette différence dans l'interprétation de cette même notion et, surtout, de déterminer si la situation est satisfaisante au regard de l'importance du droit international en Suisse aujourd'hui. A titre préalable, et afin de permettre de comprendre la réglementation actuelle³⁶², l'évolution du droit de référendum en matière de traités internationaux sera très brièvement abordée³⁶³.

356 Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 11 janvier 2005, La pratique des autorités fédérales concernant le référendum en matière de traités internationaux selon l'art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst., JAAC 69.75, ch. 5.a.

357 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 2 avril 2001 Initiative parlementaire – Suppression de carence dans les droits populaires, FF 2001 4590, p. 4613.

358 Voir, par exemple, VALENTIN ZELLWEGER, Die demokratische Legitimation von Staatsverträgen, LeGes 1999/3 33, p. 38; ETIENNE GRISEL, Das Verhältnis zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Verträgen, ZBl 1991 437, p. 448.

359 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 2 avril 2001 Initiative parlementaire – Suppression de carence dans les droits populaires, FF 2001 4590, p. 4613. Voir aussi Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, JAAC 68.83 ch. 6.

360 RHINOW/SCHEFER (note 21), p. 427.

361 THOMAS SÄGESSER, Das fakultative Referendum bei völkerrechtlichen Verträgen, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten, Jusletter 7 septembre 2009, p. 5–6.

362 Voir *infra* D.II. ss.

363 Voir *infra* D.I.

I. Évolution du droit de référendum en matière de traités internationaux

Durant de nombreuses années, les traités internationaux n'étaient pas soumis au droit de référendum³⁶⁴. Ce n'est qu'en 1921, suite à l'adoption de l'initiative populaire «référendum facultatif en matière de traités internationaux»³⁶⁵ lancée en 1913³⁶⁶, que la démocratie directe a fait son apparition dans ce domaine. Le droit de référendum facultatif pour les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de quinze ans était né.

En 1977³⁶⁷, la réglementation a été profondément modifiée³⁶⁸. Le droit de référendum existait alors pour les traités qui étaient d'une durée indéterminée et qui n'étaient pas dénonçables (let. a), qui prévoyaient l'adhésion à une organisation internationale (let. b) ou qui entraînaient une unification multilatérale du droit (let. c) (art. 89 al. 3 aCst.).

Lors de l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999, la réglementation actuelle a été consacrée, exception faite de la clause de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. aujourd'hui en vigueur. Lors de l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale actuelle, seuls les traités internationaux entraînant une unification multilatérale du droit étaient soumis au référendum facultatif³⁶⁹.

De très nombreux domaines concernés par les traités internationaux étaient ainsi exclus du droit de référendum facultatif³⁷⁰. La teneur actuelle de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. a été introduite le 1^{er} août 2003³⁷¹, dans le cadre de la réforme fédérale des droits populaires.

L'objectif était d'élargir les droits démocratiques en matière de droit international afin de permettre au peuple de se prononcer sur les domaines qui influencent la législation nationale³⁷². Cette novelle a conduit à une extension considérable de la place du droit de référendum facultatif en matière de traités internationaux³⁷³.

Dix ans après cette extension, il convient d'examiner si les droits politiques sont respectés par la pratique des autorités fédérales dans l'interprétation de cette disposition.

364 Pour une étude exhaustive, voir GEORG KREIS, *Der lange Weg des Staatsvertragsreferendums*, Bâle, 1995.

365 FF 1921 I 435.

366 FF 1913 V 226.

367 RO 1977 807.

368 Voir le Message du Conseil fédéral du 23 octobre 1974 à l'Assemblée fédérale concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux, FF 1974 II 79.

369 RO 1999 2556.

370 Voir GRISEL (note 358), p. 448.

371 RO 2003 1949.

372 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 2 avril 2001 Initiative parlementaire – Suppression de carence dans les droits populaires, FF 2001 4590, p. 4612 ss.

373 BIAGGINI (note 175), p. 651; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 21), p. 453.

Le débat en la matière n'est au demeurant pas achevé. Une initiative populaire fédérale a ainsi été lancée afin d'étendre encore le référendum obligatoire en matière de traités internationaux. L'initiative «pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!)»³⁷⁴ a toutefois été rejetée par le peuple et les cantons le 17 juin 2012³⁷⁵.

Lorsqu'il s'est prononcé sur cette dernière initiative, le Conseil fédéral a relevé qu'il n'était pas illégitime, dix ans après l'extension du droit de référendum facultatif en matière de traités internationaux, d'étendre encore les pouvoirs du corps électoral en la matière: «Bien que le Conseil fédéral propose de rejeter l'initiative, il reconnaît qu'il est légitime d'améliorer les instruments de la démocratie directe en matière de politique internationale. Il propose donc, à titre de contre-projet direct, d'inscrire dans la Constitution l'obligation de soumettre au référendum [obligatoire] les traités internationaux d'importance constitutionnelle»³⁷⁶. L'Assemblée fédérale a finalement soumis l'initiative sans contreprojet au peuple et aux cantons³⁷⁷. Il ne peut toutefois pas être exclu que la question se pose une nouvelle fois. Une évolution n'est ainsi pas impossible dans les prochaines années.

II. La pratique récente en matière de référendum facultatif relatif aux traités internationaux portant sur des «dispositions importantes» (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.)

La difficulté d'interpréter l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. a été très rapidement constatée par les autorités fédérales³⁷⁸. Il s'agit en effet d'examiner, matériellement, le contenu d'un traité afin de déterminer s'il contient des dispositions *importantes* au sens de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.³⁷⁹

Une première étude réalisée en 2005 par l'Office fédéral de la justice a permis de relever que l'administration fédérale et le Conseil fédéral adoptaient une position défensive en la matière. Ces derniers semblaient tentés d'éviter de soumettre des accords internationaux au référendum facultatif alors que l'Assemblée fédérale souhaitait, au contraire, appliquer le principe *in dubio pro referendum*³⁸⁰. Ainsi, entre le 1^{er} août 2003 et le 11 janvier 2005, la question de l'application de

374 FF 2008 1333.

375 FF 2012 7159.

376 Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire «Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux: la parole au peuple!)» du 1^{er} octobre 2010, FF 2010 6353, p. 6354.

377 FF 2012 47.

378 Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004 zuhanden der aussenpolitischen und staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat, JAAC 68.83 ch. 6.

379 SÄGESSER (note 361), p. 7.

380 Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 11 janvier 2005, La pratique des autorités fédérales concernant le référendum en matière de traités internationaux selon l'art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst., JAAC 69.75, ch. 4.

l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 s'est posée à 20 reprises, dont 6 fois avec des débats intenses devant les chambres fédérales³⁸¹.

Le 6 octobre 2005, consciente de la nécessité d'adopter une pratique constante et objective dans ce domaine, l'Assemblée fédérale a adopté la motion intitulée «Référendum facultatif s'appliquant aux traités internationaux – Parallélisme des règles de droit internationales et nationales» afin d'inviter le Conseil fédéral à interpréter l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. de la manière suivante:

- «1. Dans les traités internationaux, les dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'article 141 Cst. sont celles qui en droit national entrent dans la catégorie des dispositions importantes selon l'article 164 Cst. Ne sont pas considérées comme importantes les dispositions qui ne prévoient aucune obligation supplémentaire importante par rapport à un accord existant.
2. Les principes qui régissent la délégation des compétences au Conseil fédéral en matière de règles de droit nationales sont également applicables aux traités internationaux»³⁸².

L'approche consacrée par cette motion, selon laquelle des modifications de traités internationaux dont les dispositions ne prévoient aucune obligation supplémentaire importante par rapport à un accord existant ne sont pas concernées par le référendum au sens de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst., relève d'une application pragmatique de cette disposition constitutionnelle. Elle est toutefois très discutable sur le plan juridique³⁸³.

L'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. doit en effet être interprété au regard de l'article 164 Cst., lequel précise que toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. A cet égard, sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences (art. 22 al. 4 LParl). Il ne s'agit nullement de déterminer si une règle générale et abstraite consacre une obligation supplémentaire. Il s'agit uniquement d'examiner s'il y existe une règle générale et abstraite susceptible de créer des obligations, de conférer des droits ou attribuer des compétences. La notion d'obligation *supplémentaire* est étrangère à cette analyse. Elle a été ajoutée par les autorités fédérales dans le cadre de la seule interprétation de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. Elle met au demeurant fin au parallélisme voulu entre les articles 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. et 164 Cst.

Consacrée pour la première fois en 2003³⁸⁴, la pratique restrictive des autorités fédérales relatives aux traités qui ne prévoient aucune obligation supplé-

381 Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 11 janvier 2005, La pratique des autorités fédérales concernant le référendum en matière de traités internationaux selon l'art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst., JAAC 69.75, ch. 1.

382 Motion n° 04.3203 «Référendum facultatif s'appliquant aux traités internationaux. Parallélisme des règles de droit internationales et nationales», déposée le 22 avril 2004 au Conseil national. Approuvé en 2005 par le Conseil national et le Conseil des Etats. Voir BO CN 2012 1967.

383 RHINOW/SCHEFER (note 21), p. 427.

384 Message du Conseil fédéral du 19 septembre 2003 concernant une convention de double impo-

mentaire importante a été brutalement modifiée le 8 avril 2009³⁸⁵. A partir de cette date, le Conseil fédéral a en effet décidé de proposer à l'Assemblée fédérale de soumettre au référendum facultatif (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.) les traités internationaux qui reprennent des conventions types, notamment les traités de double imposition qui implémentent les standards de l'OCDE quand bien même aucune obligation supplémentaire au sens de la pratique fédérale précitée n'en découle³⁸⁶. Le Conseil fédéral a en effet décidé d'élargir la transmission d'informations en matière fiscale en reprenant une convention type, ce qui crée des nouvelles obligations pour la Suisse³⁸⁷.

Depuis lors, le Conseil fédéral n'a cependant nullement abandonné sa pratique selon laquelle ne sont pas considérées comme importantes les dispositions qui ne prévoient aucune obligation supplémentaire importante par rapport à un accord existant³⁸⁸. De tels traités internationaux restent dès lors exclus du droit de référendum (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.), sauf si les autorités fédérales choisissent d'y faire exception au gré des évolutions politiques des dossiers.

Force est ainsi de constater que les autorités fédérales décident de soumettre ou non un traité international au référendum facultatif au gré des évolutions de leur pratique sur le plan international. Leur pratique n'est ni uniforme, ni conforme à l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.

Aujourd'hui, on peut constater que les traités sont soumis au référendum facultatif (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.) lorsqu'ils concernent des domaines très va-

sition avec Israël, FF 2003 5903, p. 5910: «Demeure la question de savoir si elle contient des dispositions importantes fixant des règles de droit. Les conventions de double imposition sont certes des traités bénéfiques pour la place économique suisse, mais elles se limitent à restreindre les droits d'imposition de la Suisse, sans créer des obligations fiscales supplémentaires. Elles n'imposent également aucune nouvelle obligation substantielle aux Cantons. La présente Convention suit la politique suisse en la matière. Elle ne contient aucune disposition importante fixant des règles de droit au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. et sa mise en œuvre ne requiert pas l'adoption d'une loi fédérale. L'arrêté fédéral n'est donc pas sujet au référendum facultatif selon l'art. 141, al. 1, Cst. Afin de se doter d'une pratique cohérente en ce qui concerne le ch. 3 récemment introduit dans l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., et d'éviter que ne soient soumis de façon répétée au référendum des accords similaires, le Conseil fédéral accompagnera désormais les accords qu'il soumettra au Parlement de la proposition de ne pas les soumettre au référendum facultatif en matière de traités internationaux si, comparés aux traités déjà conclus, ces accords n'entraînent pas de nouveaux engagements importants pour la Suisse».

385 Voir THOMAS SÄGESSER, *Das Staatsvertragsreferendum bei Doppelbesteuerungsabkommen – Beschluss des Bundesrates vom 8. April 2009*, PJA 2009 654. De manière plus générale sur cette question, voir PETER KUNZ, *Mitbestimmung des Volkes bei künftigen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)? Ein weiteres Beispiel zur Rechtsstaats-Debatte in der Schweiz*, Jusletter 10 août 2009.

386 HÄFELIN/HALLER/KELLER (note 157), n° 1906.

387 Voir par exemple, Message complémentaire du Conseil fédéral du 27 novembre 2009 au message du 6 mars 2009 concernant l'approbation du nouvel avenant à la convention contre les doubles impositions avec la France, FF 2010 1409, p. 1420.

388 Voir en dernier lieu Message du Conseil fédéral du 16 septembre 2011 concernant l'approbation de l'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et Hong Kong, Chine, de l'accord agricole entre la Suisse et Hong Kong, Chine, ainsi que de l'accord sur les standards de travail entre les Etats de l'AELE et Hong Kong, Chine, FF 2011 7241, p. 7268.

riés. A titre d'exemple, pour la seule année 2012, les traités internationaux suivants ont été soumis au référendum facultatif en application de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.: de nouveaux accords de double imposition³⁸⁹, l'adaptation des accord bilatéraux à l'évolution du droit européen³⁹⁰, la modification d'un accord avec le Liechtenstein sur l'introduction d'armes à feu entre la Suisse et ce pays³⁹¹, l'approbation de conventions de l'OIT³⁹², l'amendement d'une convention internationale en matière d'évaluation de l'impact sur l'environnement³⁹³, l'approbation de la convention européenne sur le paysage³⁹⁴, un traité d'entraide avec la Colombie³⁹⁵, un accord de libre-échange avec plusieurs pays³⁹⁶ ainsi que l'approbation de la convention sur les armes à sous-munition³⁹⁷.

389 Voir FF 2011 3519 et FF 2012 147 (Danemark); FF 2011 3519 et FF 2012 149 (Finlande); FF 2011 3519 et FF 2012 151 (France); FF 2011 3519 et FF 2012 153 (Royaume-Uni); FF 2011 3519 et FF 2012 155 (Qatar); FF 2011 3519 et FF 2012 157 (Luxembourg); FF 2011 3519 et FF 2012 159 (Mexique); FF 2011 3519 et FF 2012 161 (Norvège); FF 2011 3519 et FF 2012 163 (Autriche); FF 2011 3519 et FF 2012 3273 (Etats-Unis); FF 2011 6591 et FF 2012 3275 (Suède); FF 2011 6377 et FF 3277 (Roumanie); FF 2011 6623 et FF 2012 3279 (Slovaquie); FF 2011 6401 et FF 2012 3281 (Malte); FF2011 6755 et FF 2012 3283 (République de Corée); FF 2011 7981 et FF 2012 3285 (Singapour); FF 2012 455, FF 2012 5383 et FF 2012 7917 (Allemagne); FF 2012 4555, FF 2012 5385 et FF 2012 7937 (Royaume-Uni); FF 2012 4907, FF 2012 5387 et FF 2012 7953 (Autriche); FF 2011 8391 et FF 2012 6137 (Espagne); FF 2011 8415 et FF 2012 6141 (Emirats Arabes Unis); FF 2012 1 et FF 2012 6143 (Hong Kong); FF 2011 8215 et FF 2012 6145 (Russie).

390 Message du Conseil fédéral du 4 avril 2012 relatif à l'approbation de la décision n° 2/2011 du Comité mixte UE-Suisse sur la libre circulation des personnes (modification de l'annexe III à l'accord, reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles) et à la transposition de la décision (loi fédérale sur l'obligation de déclaration et sur la vérification des qualifications professionnelles des prestataires de services dans le cadre de professions réglementées), FF 2012 4103, p. 4129–4130. Voir aussi FF 2012 8989 pour la publication de l'arrêté du parlement.

391 Message du Conseil fédéral du 1^{er} juin 2012 relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et le Liechtenstein concernant la circulation transfrontalière d'armes à feu, FF 2012 5441, p. 5452. Voir aussi FF 2012 8987 pour la publication de l'arrêté du parlement.

392 Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 10 novembre 2011 sur l'initiative parlementaire «Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité» FF 2012 1597, p. 1610. Voir aussi FF 2012 8985 pour la publication de l'arrêté du parlement.

Message du Conseil fédéral du 21 mars 2012 relatif à la convention (n° 122) de l'Organisation internationale du Travail sur la politique de l'emploi, FF 2012 3921, p. 3941–3942. Voir aussi FF 2012 7645 pour la publication de l'arrêté du parlement.

393 Message du Conseil fédéral du 15 février 2012 concernant l'acceptation des amendements du 4 juin 2004 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, FF 2012 1577, p. 1586–1587. Voir aussi FF 2012 7643 pour la publication de l'arrêté du parlement.

394 Message du Conseil fédéral du 2 novembre 2011 concernant l'approbation de la Convention européenne du paysage, FF 2011 7955, p. 7969–7970. Voir aussi FF 2012 7641 pour la publication de l'arrêté du parlement.

395 Message du Conseil fédéral du 23 novembre 2011 concernant l'approbation du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et la Colombie, FF 2011 8525, p. 8544–8545. Voir aussi FF 2012 6139 pour la publication de l'arrêté du parlement.

396 Message du Conseil fédéral du 16 septembre 2011 concernant l'approbation de l'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et Hong Kong, Chine, de l'accord agricole entre la Suisse et Hong Kong, Chine, ainsi que de l'accord sur les standards de travail entre les Etats de

Ces différents traités ont été soumis au référendum facultatif (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.) suite à un examen matériel de leur contenu³⁹⁸, notamment parce que si de telles normes devaient être adoptées sur le plan interne elles le seraient au moyen d'une loi fédérale³⁹⁹. Ils ont également été soumis au référendum au sens de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 parce que le traité devait entraîner une modification de la législation fédérale suite à son entrée en vigueur⁴⁰⁰. Le premier motif, à savoir l'examen du traité international lui-même, est toutefois très largement majoritaire dans l'analyse des autorités fédérales.

Il ressort de l'examen de cette pratique que les autorités fédérales disposent d'un large pouvoir d'examen et qu'elles peuvent décider à tout moment de modifier leur pratique, voire de s'en écarter, pour soumettre un texte au référendum facultatif ou, au contraire, exclure le droit de référendum⁴⁰¹.

Quantitativement, de nombreux traités sont soumis au référendum facultatif. Reste cependant à déterminer si cette pratique, qui laisse un si large pouvoir d'appréciation au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale, est satisfaisante sous l'angle de la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.).

III. Critique du large pouvoir d'appréciation accordé aux autorités fédérales dans l'interprétation de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.

La pratique démontre que l'appréciation politique a malheureusement un rôle non négligeable dans l'interprétation de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. L'Office fédéral de la justice l'admet lui-même dans l'une de ses analyses: «La notion d'importance telle qu'elle est utilisée dans la Constitution est une notion juridique dont la concrétisation et l'application dans un cas donné impliquent nécessairement une appréciation de nature politique»⁴⁰².

La doctrine relève qu'il peut aussi s'agir d'une appréciation économique⁴⁰³. Il a même été soutenu que le droit de référendum sur le traité ne devrait exister que pour les éléments essentiels et importants⁴⁰⁴. Reste à savoir quels sont les

l'AELE et Hong Kong, Chine, FF 2011 7241, p. 7268. Voir aussi FF 2012 3287 pour la publication de l'arrêté du parlement.

397 Message du Conseil fédéral du 6 juin 2011 relatif à l'approbation de la Convention sur les armes à sous-munitions ainsi qu'à la modification de la loi sur le matériel de guerre, FF 2011 5495, p. 5537. Voir aussi FF 2012 3271 pour la publication de l'arrêté du parlement.

398 Voir *supra* notes 389, 390, 391, 393 et 394.

399 Voir *supra* note 395.

400 Voir *supra* notes 392 et 397.

401 SÄGESSER (note 385), p. 655. *Contra*, BIAGGINI (note 175), p. 652 lequel estime que la pratique est relativement bien établie.

402 Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 11 janvier 2005, La pratique des autorités fédérales concernant le référendum en matière de traités internationaux selon l'art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst., JAAC 69.75, ch. 5.a.

403 SÄGESSER (note 361), p. 5–6.

404 ARNOLD KOLLER, *Direkte Demokratie und Staatsverträge: Die Verfassung auf dem Prüfstand*, LeGes 1999/1 1, p. 21.

critères permettant de déterminer ce qui est essentiel ou important: des critères politiques ou juridiques? Les premiers doivent-ils en outre servir de base à l'interprétation des seconds?

Il existerait ainsi plusieurs catégories de traités: ceux qui contiennent des dispositions législatives au sens de l'article 164 Cst. et dont le contenu est qualifié d'important par les autorités fédérales et les autres, qui contiennent le même type de disposition mais dont les conséquences sont estimées peu importantes. Les premiers seraient soumis au référendum facultatif, mais non les seconds.

Or, le but de la réforme de l'article 141 Cst. était d'ouvrir le droit de référendum pour tous les traités importants⁴⁰⁵. Il est dès lors douteux que l'appréciation économique ou politique d'un traité soit un critère pertinent au regard de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. pour déterminer si un texte doit être soumis au référendum facultatif.

La pratique des autorités fédérales est surtout sujette à critique dans certains cas précis.

En 2004, le parlement a par exemple approuvé la Charte européenne de l'autonomie locale⁴⁰⁶ en estimant que ce texte n'était pas sujet au référendum⁴⁰⁷. En cela, il a suivi l'avis du Conseil fédéral qui a précisé que ce traité international contenait des règles de droit mais que celles-ci n'étaient pas suffisamment importantes pour justifier d'être soumises au référendum (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.): «quelques dispositions de la Charte peuvent être considérées comme fixant des règles de droit. Elles ne sont, cependant, pas fondamentales au point de devoir être qualifiées d'importantes dans le sens ci-dessus défini, de sorte que l'application, en l'espèce, de la clause référendaire n'est pas justifiée»⁴⁰⁸.

Depuis lors, la doctrine soutient que cette charte peut avoir une importance non négligeable, notamment en matière de fusion forcée de communes⁴⁰⁹, même si le Tribunal fédéral semble plus nuancé⁴¹⁰. Comment est-il possible qu'un traité contienne des règles de droits applicables en cas de fusion forcée de communes, mais que ces règles ne soient pas suffisamment importantes pour justifier le recours au référendum? La position du Conseil fédéral et de l'Assem-

405 DANIEL THÜRER, ad art. 141, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Saint-Gall, 2008, p. 2232, n° 30.

406 RS 0.102.

407 Arrêté fédéral portant approbation de la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 décembre 2004, RO 2005 2391.

408 Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2003 relatif à la Charte européenne de l'autonomie locale, FF 2004 71, p. 91.

409 Voir VINCENT MARTENET, La fusion de communes entre elles ou avec le canton, in: Tanquerel/Bellanger, L'avenir juridique des communes, Genève, 2007, 177, p. 193 ss.

410 Voir Arrêt TF du 4 novembre 2008 dans la cause 1C_297/2008, consid. 3.5. Une partie de la doctrine a même relevé que la Charte européenne de l'autonomie locale n'avait pas de caractère *self-executing* et qu'elle ne pourrait pas être portée directement et de manière autonome devant le Tribunal fédéral: YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne, 2008, p. 1187–1188.

blée fédérale est d'autant plus critiquable qu'aucune justification ni motivation objectives ne sont données sur cette absence d'importance.

Mais surtout, le 17 juin 2010, après de longs débats et dans le cadre d'une procédure de suppression des divergences entre les deux chambres, l'Assemblée fédérale a décidé de ne pas soumettre au référendum facultatif au sens de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord⁴¹¹.

Cet accord⁴¹² permettait, notamment, de donner suite à une demande d'entraide administrative américaine portant sur la communication d'informations relatives à 4 450 clients de la banque UBS. Il s'agissait de déroger aux dispositions de la convention de double imposition entre les deux pays⁴¹³.

Le Conseil fédéral, finalement suivi par l'Assemblée fédérale, a estimé que ce texte, qui avait un caractère rétroactif et qui dérogeait, pour un nombre de cas conséquents, à la convention de double imposition en vigueur, ne contenait pas des dispositions importantes fixant des règles de droit car s'il avait bien une portée générale, il ne s'appliquait qu'à des cas concrets: «L'accord en question impose – nous l'avons déjà relevé – une interprétation très précise d'une notion de l'actuelle CDI-USA, interprétation qui ne vaut toutefois que pour une seule demande d'entraide administrative visant un cercle concret, bien défini, d'environ 4 450 clients d'UBS. L'accord n'a donc qu'une portée générale concrète, et pas une portée générale abstraite. En outre, sa durée est limitée. Il deviendra caduc lorsque son but aura été atteint, au terme des différentes étapes prévues, et ne produira pas d'effet pour l'avenir des relations d'entraide administrative avec les Etats-Unis»⁴¹⁴.

La conformité à l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. de cette décision a fait l'objet de débats en doctrine, sans toutefois qu'un consensus quelconque ne se dégage⁴¹⁵. Appelé à appliquer ce traité, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'il ne lui appartenait pas de statuer sur cette question car le texte restait va-

411 FF 2010 2907.

412 FF 2010 2729.

413 Voir le Message du Conseil fédéral du 14 avril 2010 relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord, FF 2010 2693.

414 Message du Conseil fédéral du 14 avril 2010 relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à UBS SA, et du protocole modifiant cet accord, FF 2010 2693, p. 2727.

415 Approuvant la décision: THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI, *Der Grundsatzentscheid des Bundesverwaltungsgerichts zum UBS-Amtshilfeabkommen*, Jusletter 8 Mars 2010, p. 5. Considérant la décision comme soutenable: Markus Reich, *Das Amtshilfeabkommen in Sachen UBS oder die Grenze der Staatsvertragskompetenz des Bundesrats – Die Rechtslage nach dem BVGer-Urteil vom 21.1.2010*, IFF p. 126. Critique contre cette décision: Urs Behnisch/Andrea Opel, *Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009*, RJB 446, p. 507 ss.

lable et applicable en Suisse au motif qu'il n'était pas manifeste que les règles sur le droit de référendum facultatif avaient été violées⁴¹⁶.

A notre sens, un traité international qui déroge fondamentalement à un autre traité international, qui s'applique rétroactivement et qui concerne près de 5 000 personnes a une importance certaine. Enfin, le fait qu'il vise un cercle concret de personnes ou qu'il soit limité dans le temps ne s'oppose nullement à ce qu'il soit qualifié de règle de droit. De nombreuses règles de droit remplissent ces conditions.

Totalement passé sous silence dans le message du Conseil fédéral, le motif principal qui imposait de soumettre l'accord au droit de référendum facultatif est le principe du parallélisme des formes. La convention de double imposition initiale contient assurément des règles de droit importantes, à savoir notamment les principes réglementant l'entraide administrative entre les USA et la Suisse. Partant, la modification de ces mêmes règles pour un aussi grand nombre de cas – même limitée dans le temps – doit suivre le même processus que l'adoption initiale de ces règles. A notre sens, en application de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst., le nouvel accord aurait ainsi dû être soumis au référendum facultatif⁴¹⁷.

Outre l'analyse juridique, la plus grande problématique dans ce cas vient en l'occurrence des arguments employés pour s'opposer à la soumission du texte au référendum facultatif. L'Assemblée fédérale a avant tout examiné l'opportunité politique d'une clause ouvrant le référendum facultatif. Il a notamment relevé que le temps à disposition ne permettait pas l'organisation d'une procédure référendaire⁴¹⁸ et que la banque UBS risquait de perdre sa licence bancaire aux Etats-Unis⁴¹⁹. On cherche en vain dans ces arguments un quelconque lien avec l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.

La doctrine confirme au demeurant qu'au vu des impératifs en cause dans cette affaire – à savoir le sauvetage de la banque UBS – une soumission au référendum facultatif n'était pas envisageable d'un point de vue temporel⁴²⁰.

416 ATAF 2010/40 (ATAF du 15 juillet 2010 dans la cause A-4013/2010), consid. 5.3.4. Voir également ATF 137 II 128. De manière générale sur les conséquences de cet accord sur l'entraide en matière fiscale, voir en dernier lieu DOMINIQUE CHRISTIN/FABRICE KUHN, *Entraide fiscale internationale – tour d'horizon de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral*, RSDA 2012/3 241.

417 A noter que même si on passait par la construction d'une décision générale (sur cette notion, voir en dernier lieu ATF 134 II 272, consid. 3.2), cela ne saurait *ipso facto* exclure le référendum: voir Arrêt TF du 7 février 2000 dans la cause 1P.529/1999.

418 BO CE 2010 481: «Ich habe auch schon in der Hauptdebatte abschliessend darauf hinweisen können, dass eine Unterstellung unter das fakultative Referendum losgelöst von der zeitlichen Dynamik ja sogar konterproduktiv sein könnte» (Gutzwiller).

419 BO CN 2010 841: «Durch ein Referendum und die damit entstehende Verzögerung um zahlreiche Monate bei der Datenlieferung entsteht das Risiko, dass die Amerikaner ihren Rückzug des John Doe Summons wieder aufheben und das Verfahren fortsetzen, um den Druck wieder zu erhöhen» (Schneider Ammann).

420 COTTIER/MATTEOTTI (note 415), p. 5.

Ces différentes justifications à l'exclusion du référendum facultatif devraient pourtant être étrangères à l'analyse du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale. Ces derniers devraient exclusivement examiner la question sous l'angle juridique, à savoir le respect de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.

C'est le lieu de rappeler que la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.) protège également l'absence de soumission d'un texte au référendum facultatif alors qu'il devrait l'être. Une telle absence porte atteinte aux droits politiques (art. 34), lesquels sont violés lorsque le parlement omet de soumettre au référendum un acte qui, en vertu de la constitution, devrait y être soumis⁴²¹.

Le Conseil national en est au demeurant bien conscient. Il a ainsi lui-même relevé dans son examen abstrait de l'article 141 al. 1 let. c ch. 2 Cst. que «l'exercice des droits populaires obéit à des règles strictes et ne doit pas être laissé à l'appréciation des autorités»⁴²². Il a cependant plus de peine à se soumettre lui-même à cette approche lorsqu'il est face à un cas concret.

Le pouvoir accordé aujourd'hui au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale dans l'interprétation des traités internationaux soumis au référendum facultatif au sens de l'article 141 al. 1 let. d Cst. n'est pas satisfaisant. Il ne devrait pas appartenir à ces seules autorités de déterminer ce qui est important et ce qui ne l'est pas. Ce d'autant plus qu'il ressort de cette pratique que le parallélisme entre 141 al. 1 let. d Cst. et 164 Cst., expressément voulu lors de l'introduction de la première norme, n'est aujourd'hui pas appliqué.

Les motifs politiques sur l'opportunité ou non de soumettre un texte au référendum facultatif priment malheureusement trop facilement sur l'examen juridique. Le système actuel permet ainsi à l'Assemblée fédérale de porter atteinte à la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.) sans aucune sanction. La pratique démontre que cette possibilité n'est malheureusement pas uniquement théorique.

IV. L'intervention nécessaire d'une autorité indépendante

Fort du constat que la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.) n'est pas toujours respectée en matière de droit de référendum facultatif sur les traités internationaux, il faut s'interroger sur la nécessité de modifier la teneur de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst. La réponse ne peut être que négative. Ce n'est en effet pas la définition contenue dans cette disposition ou son caractère indéterminé qui sont problématiques. Il serait au demeurant bien délicat de proposer un autre critère objectif de soumission au référendum facultatif des traités internationaux que celui du parallélisme avec l'article 164 Cst.

421 ATF 131 I 386, consid. 2.2.

422 Voir le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 9 septembre 2005 – Motion n° 04.3203. Référendum facultatif s'appliquant aux traités internationaux. Parallélisme des règles de droit internationales et nationales – Élimination des divergences.

En revanche, les difficultés proviennent de l'utilisation qui est faite de ces incertitudes. La pratique évolue parfois en raison de motifs politiques ou économiques. Ces éléments n'ont pas leur place dans l'examen d'une institution de démocratie directe.

Seule l'intervention d'une autorité indépendante permettrait de garantir une interprétation objective de cette notion. Comme nous l'avons vu en matière d'initiative populaire fédérale⁴²³, plusieurs solutions peuvent être envisagées. D'une part, le Tribunal fédéral ou une autre autorité indépendante pourraient donner un avis consultatif sur la nécessité de soumettre un traité international au référendum facultatif. D'autre part, un recours auprès du Tribunal fédéral pourrait être ouvert aux citoyens contre l'acte refusant ou soumettant un traité international au référendum facultatif.

La voie de recours auprès du Tribunal fédéral existe dans les cantons, en particulier en matière de référendum financier⁴²⁴. Cela a permis de garantir les droits politiques (art. 34 Cst.). Cela n'a nullement été un frein à la démocratie directe, bien au contraire.

Il n'est ainsi pas nécessaire de créer une nouvelle institution indépendante ou une nouvelle voie de droit. Il est plus simple et plus efficace d'ouvrir un recours auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêté fédéral qui détermine si un traité international est soumis au droit de référendum facultatif. Une telle voie assurerait que seuls des critères juridiques soient pris en ligne de compte. Il ne serait plus aussi problématique que l'Assemblée fédérale se cantonne à un rôle politique, car une instance indépendante serait, en dernier lieu, garante du respect des droits politiques (art. 34 Cst.).

V. Conclusion intermédiaire

Contrairement au droit d'initiative, une réforme des conditions auxquelles un texte international doit être soumis au droit de référendum facultatif n'est pas nécessaire. La teneur actuelle de l'article 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst est satisfaisante et se fonde sur des critères susceptibles d'être appliqués objectivement.

En revanche, il appert que les autorités fédérales développent parfois une pratique qui se fonde sur des motifs politiques ou économiques. Un contrôle indépendant, judiciaire, est ainsi nécessaire.

A cet égard, il convient de ne pas oublier que la légitimité du droit international ne peut être que renforcée par la démocratie directe⁴²⁵. L'intervention du

423 Voir *supra* C.VI.3.

424 Voir GRISEL (note 7), n° 360.

425 THOMAS COTTIER/DANIEL WÜGER/VALENTIN ZELLWEGER, *Der Staatsvertrag im Verfassungsrecht: Auf dem Weg einer Angleichung von Vertrag und Gesetz*, LeGes 1999/2 15, p. 24; GRISEL (note 358), p. 450. Voir aussi, de manière générale sur l'importance de la démocratie directe dans ce domaine: JEAN-DANIEL DELLEY, *Démocratie directe et politique étrangère en Suisse*, Genève, 1999.

juge en la matière permettrait de s'assurer de cette légitimité en garantissant une analyse exclusivement juridique de la soumission d'un traité au référendum facultatif.

Les limites aujourd'hui imposées par la CEDH en matière d'initiatives populaires⁴²⁶ seraient sans doute mieux acceptées si, lors de sa ratification, ce texte avait été soumis au référendum, ce qui ne fut pas le cas⁴²⁷.

Au vu de l'importance du droit international en matière de validité des initiatives populaires⁴²⁸, l'assurance que les traités soient, lorsqu'ils doivent l'être, effectivement soumis au droit de référendum est importante. Une garantie juridictionnelle en la matière semble dès lors s'imposer.

A noter que cette intervention accrue du juge ne devrait pas se limiter au seul droit de référendum en matière de traités internationaux, mais bien s'étendre de manière générale à tous les droits politiques fédéraux. En cas d'ouverture d'une telle voie de droit, il n'existe en effet aucun motif objectif pour la limiter au seul cas du droit de référendum sur les traités internationaux (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.), en excluant les autres cas de référendum (art. 140 et 141 Cst.).

E. Le juge et les droits politiques fédéraux

Dans les cantons, l'importance du rôle du juge dans la démocratie directe n'est plus à démontrer. La jurisprudence fédérale a en effet largement contribué au développement des droits politiques cantonaux ou communaux⁴²⁹. Elle ne les a nullement limités, bien au contraire.

Sur le plan fédéral, le juge était totalement absent dans le domaine de la démocratie directe durant de très nombreuses années. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 29a Cst. qui garantit un accès général au juge le 1^{er} janvier 2007⁴³⁰, une partie du contentieux fédéral peut maintenant être porté devant le Tribunal fédéral. Il n'en demeure pas moins qu'une très large partie du contentieux relatif aux droits politiques fédéraux est encore exclu de la saisine du Tribunal fédéral.

A l'heure de l'accès généralisé au juge et de la complexité croissante des règles applicables – notamment en matière de validité des initiatives populaires fédérales – il faut sérieusement s'interroger sur les justifications de cette exclusion.

426 Voir *supra* C.

427 Voir Message du Conseil fédéral du 4 mars 1974 concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, FF 1974 I 1020, p. 1046 ss.

428 Voir *supra* C.

429 Voir en particulier sur cette question, TORNAY (note 7) *passim*.

430 RO 2002 3148 et RO 2006 1059.

I. Bref rappel des voies de droit postérieures au 1^{er} janvier 2007

Jusqu'au 1^{er} janvier 2007, les voies de droit relatives aux droits politiques fédéraux étaient réglementées par les articles 77 à 82 de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP)⁴³¹. De manière résumée et schématique, aucun recours n'était ouvert contre les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale.

Les irrégularités affectant les votations fédérales pouvaient être contestées devant le gouvernement cantonal puis, en dernière instance, devant le Conseil fédéral (art. 81 aLDP). Un recours au Tribunal fédéral existait uniquement contre certaines décisions de la Chancellerie fédérale, notamment celles relatives au droit de vote comme l'inscription des partis politiques ou les attestations en matière de droit de vote. Il en allait de même des recours relatifs aux décisions sur l'aboutissement ou le titre d'une initiative ou d'un référendum⁴³². Le contentieux était relativement peu fréquent⁴³³. De manière générale, le Tribunal fédéral était en charge du contentieux relatif aux droits politiques cantonaux uniquement⁴³⁴.

II. Le rôle actuel du juge en matière de démocratie directe sur le plan fédéral

Depuis le 1^{er} janvier 2007, les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale ne peuvent toujours pas être attaqués devant le Tribunal fédéral (art. 189 al. 4 Cst.).

En revanche, en application de l'article 80 al. 1 LDP, les décisions des gouvernements cantonaux relatives à la violation des dispositions sur le droit de vote lors des votations et élections (art. 77 LDP) sont susceptibles de recours devant le Tribunal fédéral. Il en va de même des décisions de la Chancellerie fédérale relatives au non-enregistrement d'un parti dans le registre des partis, au non-aboutissement d'une initiative populaire ou d'un référendum (art. 80 al. 2 LDP).

Cette nouvelle avait pour objectif de transférer, en dernière instance, au Tribunal fédéral, le contentieux fédéral en matière de droits politiques⁴³⁵.

Cette répartition des compétences est loin d'être aussi simple qu'elle peut le sembler à première lecture. Ainsi, si dans un premier arrêt le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable un recours dirigé contre l'intervention du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale dans une campagne de votation relative à une initiative populaire fédérale au motif que cet acte n'était pas attaquant⁴³⁶, la jurispru-

431 RS 161.1.

432 Voir, en particulier, CHRISTOPH HILLER, *Die Stimmrechtsbeschwerde*, Zurich, 1990.

433 Voir TORNAY (note 7), p. 44.

434 ATF 138 I 61, consid. 3.1.

435 ATF 138 I 61, consid. 3.2.

436 ATF 137 II 177.

dence a depuis lors évolué⁴³⁷. Contre l'avis du Conseil fédéral⁴³⁸, le Tribunal fédéral s'est ainsi déclaré compétent pour connaître d'un recours dirigé, plusieurs mois après la constatation définitive des résultats d'une votation fédérale, contre ce résultat en raison des irrégularités découvertes ultérieurement⁴³⁹. Il a également jugé que le recours était ouvert au Tribunal fédéral contre un résultat de votation n'ayant pas encore été validé dans toute la Suisse⁴⁴⁰.

Le Tribunal fédéral estime qu'en application des articles 29a et 34 Cst., il doit garantir la protection juridique dans les causes concernant les droits politiques sur le plan fédéral, et plus seulement sur le plan cantonal comme il l'a fait durant des décennies⁴⁴¹. Même si l'arrêt concernant le rôle du Conseil fédéral dans une campagne de votation est un arrêt relatif à une situation bien particulière qu'un auteur souhaite voir rester isolé⁴⁴², il s'agit d'un véritable changement de paradigme du recours au Tribunal fédéral pour violation des droits politiques. Durant longtemps cette voie de droit a été perçue comme une voie de droit destinée à garantir les droits politiques cantonaux. Aujourd'hui, le Tribunal fédéral lui-même estime devoir garantir les droits politiques sur le plan fédéral également.

III. L'exclusion du contrôle judiciaire en matière de droits politiques fédéraux: une lacune à combler

Les droits politiques sont garantis à l'article 34 Cst. Cette garantie s'applique aussi bien aux droits politiques cantonaux que fédéraux⁴⁴³.

Toute personne a en outre droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire, sauf exclusion possible dans des cas exceptionnels (art. 29a Cst.). Cette disposition est notamment applicable aux droits politiques (art. 34 Cst.)⁴⁴⁴, qu'ils soient cantonaux ou fédéraux.

Le but de la réforme de la justice entrée en vigueur en 2007 était d'étendre la protection judiciaire aux droits politiques fédéraux⁴⁴⁵. Le Conseil fédéral précisait clairement qu'il était «justifié d'accorder pour les droits politiques la même protection judiciaire en matière fédérale qu'en matière cantonale»⁴⁴⁶. Cette ana-

437 ATF 138 I 61.

438 Voir le résumé de la position du Conseil fédéral publiée in: ZBI 2012 427. Voir aussi JAAC 2012.5 90 (décision du Conseil fédéral du 29 juin 2011).

439 ATF 138 I 61 consid. 4.4.

440 ATF 136 II 132.

441 ATF 138 I 61, consid. 3.1.

442 GIOVANNI BIAGGINI, Eine verzwickte Angelegenheit: Die nachträgliche Überprüfung der Regularität einer eidgenössischen Volksabstimmung, ZBI 2012 429, p. 441.

443 PASCAL MAHON, ad art. 34 n° 6, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich, 2003.

444 ATF 138 I 61, consid. 3.2; ATF 136 II 132, consid. 2.5.2.

445 ATF 138 I 61, consid. 3.2.

446 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 512.

logie est au demeurant en train de se concrétiser dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de votations fédérales, à tout le moins s'agissant de la reconnaissance de la qualité pour recourir⁴⁴⁷.

L'adoption simultanée de l'article 189 al. 4 Cst., à teneur duquel les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent être portés devant le Tribunal fédéral, a cependant immédiatement et largement vidé cette protection de son sens.

La majorité des actes touchant les droits politiques fédéraux sont en effet de la compétence du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale: c'est par exemple l'Assemblée fédérale qui statue sur la validité d'une initiative (art. 139 al. 3 Cst.) ou qui adopte une recommandation de vote sur cette initiative (art. 100 LParl). C'est en outre le Conseil fédéral qui informe les électeurs dans ces domaines (art. 11a LDP), avec tous les conflits qui peuvent notamment exister entre la recommandation de vote de l'Assemblée fédérale et la position du Conseil fédéral⁴⁴⁸.

L'exclusion généralisée de l'accès au juge est discutable en application de l'article 29a Cst. Cette disposition ne prévoit en effet une exclusion que pour des exceptions, qui ne peuvent être envisagées qu'après une soigneuse pesée des intérêts et non de manière générale comme cela a été fait pour l'article 189 al. 4 Cst.⁴⁴⁹.

La doctrine unanime estime ainsi que cette exclusion est aujourd'hui injustifiée et devrait être levée⁴⁵⁰. C'est d'autant plus vrai que dans un domaine où les enjeux politiques sont centraux, il semble injustifié de laisser aux autorités les plus politisées – et qui vont statuer en fonction de critères avant tout politiques – de statuer comme dernière instance sur un contentieux juridique et non politique⁴⁵¹.

447 Voir MICHEL BESSON, *Legitimation zur Beschwerde in Stimmrechtssachen – Diskussion anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur eidgenössischen Volksabstimmung über die biometrischen Pässe vom 17. Mai 2009*, RJB 2011 843.

448 Voir Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 4 décembre 2006: *Die Informationspflicht des Bundesrates bei Abstimmungsvorlagen*, JAAC 2007.1 1.

449 WALTER HALLER, ad art. 189, in: *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Saint-Gall, 2008, p. 2793, n° 60; ANDREAS KLEY, ad art. 29a, in: *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Saint-Gall, 2008, p. 614, n° 31.

450 TSCHANNEN (note 21), p. 622–623; RENÉ RHINOW, *Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus: Ein Plädoyer für einen massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Jusletter 14 mars 2011, p. 6; HANS-JORG SEILER, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richtersrecht und Politik*, RDS 2010 II 381, p. 475; HALLER (note 449), p. 2793, n° 60; ANDREAS KLEY (note 449), p. 614, n° 31; GEROLD STEINMANN, ad art. 34, in: *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Saint-Gall, 2008, p. 700–701, n° 23; TORNAY (note 7), p. 47; MICHEL BESSON, *Die Beschwerde in Stimmrechtssachen*, in: *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis*, Saint-Gall, 2006, 403, p. 423 ss; MICHEL BESSON, *Des Schutz der politischen Rechte auf Bundesebene*, in: *L'atelier du droit*, Bâle, 2006, 219, p. 232; GEROLD STEINMANN, *Die Gewährleistung der politischen Rechte durch die neue Bundesverfassung (Artikel 34)*, RJB 2003 481, p. 503–505.

451 Voir aussi TSCHANNEN (note 21), p. 623.

L'exclusion d'accès au Tribunal fédéral n'est ainsi ni conforme à la décision d'accorder la même protection juridique et judiciaire aux droits politiques sur les plans fédéral et cantonal, ni à la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.) applicable en matière fédérale et cantonale, ni à l'esprit de la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst.).

Cela ne signifie cependant nullement que l'exclusion de la saisine du Tribunal fédéral contre les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral consacrée par l'article 189 al. 4 Cst., notamment en matière de droits politiques, soit contraire au droit. Tant l'article 29a Cst. que 189 al. 4 Cst. sont en effet de rang constitutionnel. L'article 189 al. 4 Cst. consacre ainsi simplement une exception générale à l'article 29a Cst.⁴⁵².

L'exclusion d'accès au Tribunal fédéral n'est en définitive pas illégale, mais uniquement inopportune. Cela ne saurait nullement dispenser le constituant de modifier ce système.

Cette exclusion du recours au Tribunal fédéral a en outre pour conséquence d'accorder à l'Assemblée fédérale seule la compétence de statuer sur des questions juridiques extrêmement pointues en matière de validité des initiatives populaires. Cette autorité statue pourtant avant tout – et c'est son rôle premier – avec des considérations politiques⁴⁵³.

Or, les cas exceptionnels, visés par l'article 29a, 2^e phrase Cst. et permettant d'exclure l'accès au juge, concernent les décisions difficilement «justiciables», par exemple des actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques lesquelles ne se prêtent pas au contrôle du juge⁴⁵⁴.

Les questions relatives aux droits politiques fédéraux concernent, au contraire, des questions clairement juridiques: une initiative populaire est-elle conforme au droit international impératif? Un texte doit-il, en application de la Constitution fédérale, être soumis au référendum? L'intervention des autorités est-elle conforme au droit? A aucun moment, il ne s'agit de déterminer si ces éléments sont, politiquement, opportuns. L'Assemblée fédérale, lorsqu'elle statue sur la validité d'une initiative, exerce en effet une tâche de type juridictionnel⁴⁵⁵ et non politique.

Avec l'introduction de l'article 29a Cst., le constituant a souhaité garantir un accès au juge. Il ne semble dès lors plus adéquat d'exclure cet accès contre *tous* les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale. Le temps est venu d'accorder une véritable protection judiciaire en matière de droits politiques. Il s'agit en définitive de concrétiser pour la démocratie directe fédérale aussi bien le droit d'accès au juge (art. 29a Cst.) que la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.). Le Tribunal fédéral a toujours été particulièrement sensible à la protection

452 HALLER (note 449), p. 2793, n° 60; PETER KARLEN, *Das neue Bundesgerichtsgesetz*, Bâle, 2006, p. 53.

453 HEINRICH KOLLER, *Verfassungsreform. Was bleibt zu tun?*, in: *Die neue Bundesverfassung*, Zurich, 2000, 149, p. 160. Voir également STEINMANN (note 450), p. 504.

454 ATF 137 I 128, consid. 4.2; ATF 134 V 443, consid. 3.1.

455 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 251), p. 493.

des droits politiques et il y a lieu de penser qu'il n'en ira pas de même sur le plan fédéral.

L'absence d'accès généralisé au juge fédéral en matière de droits politiques fédéraux est ainsi une véritable lacune de la protection juridique des citoyens⁴⁵⁶.

Ce d'autant plus que le Tribunal fédéral, conformément à la jurisprudence déjà abordée⁴⁵⁷, a déjà commencé à statuer dans le domaine de l'intervention du Conseil fédéral lors des campagnes de votation⁴⁵⁸. Il s'agit en définitive d'accompagner ce mouvement en consacrant pleinement la protection judiciaire pour les droits politiques fédéraux.

Le Tribunal fédéral est au demeurant prêt à jouer ce rôle, comme le relève SCHEFER: «les développements effectués par la Haute Cour sur la procédure et d'examen matériel des votations fédérales rendent manifeste le fait que le Tribunal est prêt à exercer ses nouvelles prérogatives dans ce domaine même contre le Conseil fédéral et sans le concours de l'Assemblée fédérale»⁴⁵⁹. L'arrêt du 12 octobre 2012 relatif aux conséquences de l'adoption de l'initiative «pour le renvoi des étrangers criminels»⁴⁶⁰ démontre en outre que le Tribunal fédéral est également prêt à intervenir dans le domaine des initiatives populaires.

Relevons que le principe de la séparation des pouvoirs ne s'oppose nullement à une telle extension. Ce principe garantit en effet le respect des compétences établies par la Constitution. Il interdit à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe⁴⁶¹.

En revanche, le principe de la séparation des pouvoirs ne justifie nullement d'accorder un blanc-seing aux autorités politiques en matière de droits politiques. Au contraire, il exige un certain équilibre institutionnel entre les pouvoirs⁴⁶².

Ce principe ne s'oppose pas non plus à ce qu'une autorité judiciaire contrôle le respect du droit par ces mêmes autorités politiques. Il interdit uniquement à un organe d'empiéter sur les compétences d'un autre organe et non d'examiner si le droit a été respecté et correctement appliqué. Il ressort de la théorie des «check and balance» que la séparation des pouvoirs préconise ce contrôle mutuel⁴⁶³.

456 GEROLD STEINMANN, ad. Art. 82, in: Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, Berne, 2011, p. 996, n° 77; STEINMANN (note 450), p. 503; RHINOW/SCHEFER (note 21), p. 406, n° 2106. Voir aussi RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Bâle, 2010, p. 145.

457 Voir *supra* E.II.

458 Voir en particulier ATF 138 I 61; ATF 137 II 177.

459 MARKUS SCHEFER, Un arrêt critiquable, mais tactiquement intelligent, Plaidoyer 2012/5 p. 36–37.

460 Arrêt TF du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, consid. 4 et 5.

461 ATF 136 I 249, consid. 2.4.1; ATF 134 I 274, consid. 3.3.2.

462 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 251), p. 440.

463 AUER/MALINVERNI/HOTTELIÉ (note 21), n° 58.

IV. Conclusion intermédiaire

La complexité des questions posées en matière de validité des initiatives populaires fédérales, le très large pouvoir d'appréciation accordé à l'Assemblée fédérale en matière de référendum sur le plan fédéral, notamment en matière de traité, doit susciter une réflexion sur le rôle de l'Assemblée fédérale. Est-ce vraiment à cette autorité politique de statuer définitivement sur ces questions juridiques? Il en va de même pour le contrôle des interventions du Conseil fédéral. Est-il aujourd'hui encore soutenable de priver le Tribunal fédéral de compétence en la matière? Est-il encore justifiable que les droits politiques fédéraux demeurent au XXI^e siècle le parent pauvre de la protection juridictionnelle?

En matière de droits politiques, une modification de l'article 189 al. 4 Cst. semble ainsi souhaitable. A cet égard, point n'est besoin de développer un nouveau système, des nouveaux actes attaquables ou une nouvelle définition de la qualité pour recourir. La voie de droit au Tribunal fédéral a été déjà largement développée pour le contentieux relatif aux droits politiques cantonaux (art. 82 let. c LTF⁴⁶⁴). Il suffirait d'ouvrir la voie au Tribunal fédéral contre les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, que cela soit sur l'intervention des autorités dans une campagne de votation, la validité d'une initiative populaire ou encore la soumission d'un acte au référendum.

Il est vrai que cette modification pourrait être introduite par une simple modification législative⁴⁶⁵, l'article 189 al. 4 Cst. réservant d'ores et déjà des exceptions prévues par la loi. Une modification constitutionnelle paraît néanmoins souhaitable. Il s'agit en effet d'une véritable révolution sur le plan de la démocratie directe fédérale et une assise constitutionnelle claire semble préférable à un tel changement de paradigme⁴⁶⁶. A notre sens, la légitimité de l'intervention du Tribunal fédéral dans un domaine aussi sensible doit se faire suite à une acceptation du peuple et des cantons.

464 Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110).

465 STEINMANN (note 456), p. 996, n° 77. Voir aussi ATF 134 V 443, consid. 3.2 où le Tribunal fédéral a relevé qu'en application de l'article 189 al. 4 Cst. il appartenait au législateur fédéral de déterminer les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale susceptibles de recours devant lui.

466 Voir, *mutatis mutandis*, ATF 104 Ia 343, consid. 3.b où le Tribunal fédéral a jugé que l'extension de droits politiques devait faire l'objet d'une modification constitutionnelle. Or, la protection juridique des droits politiques est garantie par l'article 34 Cst. Une extension de cette protection juridique contre les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale devrait dès lors être consacrée par la Constitution également. Il faut cependant préciser que les normes secondaires qui ne touchent pas le fond même de l'institution de l'initiative ou du référendum peuvent valablement figurer dans une loi ou une ordonnance: Arrêt TF du 12 décembre 1989 in: ZBI 1991 164.

F. *Excursus: L'élection des juges*

La proposition d'élargir les compétences du Tribunal fédéral en matière de démocratie directe sur le plan fédéral doit inévitablement entraîner une réflexion sur le mode de nomination des juges fédéraux. Une intervention des juges dans un domaine aussi sensible, sur le plan politique, doit être corrélée avec une garantie accrue d'indépendance. Au vu de l'importance des droits politiques en Suisse, il n'y a en effet guère d'autre domaine avec le droit des étrangers susceptible d'entraîner autant de pression sur les magistrats appelés à statuer en la matière.

En Suisse, les juges sont élus par le peuple dans de nombreux cantons. Il est possible de distinguer deux grandes catégories, soit l'élection de tout ou partie des magistrats de l'ordre judiciaire par le peuple ou la nomination de ces magistrats par les autorités, l'autorité législative en règle générale. Le système à la française du concours, avec une école de la magistrature, est en revanche inconnu.

Les cantons suivants connaissent ainsi des élections judiciaires par le peuple, étant précisé que nombres d'entre eux ont réservé la nomination des autorités cantonales supérieures au parlement: Appenzell Rhodes-Intérieures⁴⁶⁷, Argovie⁴⁶⁸, Bâle Campagne⁴⁶⁹, Bâle-Ville⁴⁷⁰, Genève⁴⁷¹, Glaris⁴⁷², Grisons⁴⁷³, Obwald⁴⁷⁴, Saint-Gall⁴⁷⁵, Soleure⁴⁷⁶, Thurgovie⁴⁷⁷, Uri⁴⁷⁸, Zoug⁴⁷⁹, et Zurich⁴⁸⁰.

467 Art. 20 al. 2 ch. 2 Cst./AR (RS 131.224.2): compétence de la Landsgemeinde.

468 Art. 61 al. 1 let. e et f Cst./AG (RS 131.227), étant que les membres des tribunaux cantonaux sont élus par le Grand Conseil (art. 82 al. 1 let. h Cst./AG).

469 Art. 25 al. 1 let. c et d Cst./BL (RS 131.222.2).

470 Art. 44 al. 1 let. d, e et f Cst./BS (RS 131.222.1).

471 Art. 132 Cst./GE (RS 131.234). Le principe est maintenu dans la nouvelle Constitution du 14 octobre 2012 (art. 122 Cst./GE), mais avec un préavis du Conseil supérieur de la magistrature (art. 127 Cst./GE). Pour une présentation, critique, du système, voir PIERRE-CHRISTIAN WEBER, *L'élection des juges, Du noyau aux confins de la démocratie*, in: *L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione*, Bâle, 2004, 15; PIERRE-CHRISTIAN WEBER, *Les noces barbares du juge et de la politique*, Notes sur un album de famille, *Justice in The World* 10/2002 59.

472 Art. 68 let. b Cst./GL (RS 131.217): compétence de la Landsgemeinde.

473 Art. 11 ch. 4 Cst./GR (RS 131.226), étant précisé que tous les membres des juridictions supérieures sont élus par le Grand Conseil (art. 36 ch. 3 Cst./GR).

474 Art. 57 let. d et e Cst./OW (RS 131.216.1): uniquement pour les juges des juridictions supérieures.

475 Art. 36 let. d Cst./SG (RS 131.225), étant précisé que tous les membres des juridictions supérieures sont élus par le Grand Conseil (art. 64 let. e Cst./SG).

476 Art 27 ch. 3 let. a et c Cst./SO (RS 131.221), étant précisé que tous les membres des juridictions supérieures sont élus par le Grand Conseil (art. 75 let. b, c et d Cst./SO).

477 Art. 20 al. 1 ch. 4 Cst./TG (RS 131.228), étant précisé que les membres des juridictions supérieures cantonales sont élus par le Grand Conseil (art. 38 al. 1 Cst./TG).

478 Art. 21 let. d Cst./UR (RS 131.214): uniquement pour les juges au Tribunal supérieur.

479 Art. 31 let. d ch. 4 Cst./ZG (RS 131.218).

480 Pas pour toutes les fonctions judiciaires: les membres des tribunaux dont la compétence s'étend à tout le territoire cantonal sont élus par le Grand Conseil, les autres par le peuple: Art. 75 Cst./ZH (RS 131.211). A cet égard, voir MARK LIVSCHITZ, *Die Richterwahl im Kanton Zürich*, ihre

La Confédération⁴⁸¹ et les cantons suivants connaissent par contre un système dans lequel le parlement exclusivement élit les juges: Appenzell Rhodes-Extérieures⁴⁸², Berne⁴⁸³, Fribourg⁴⁸⁴, Jura⁴⁸⁵, Lucerne⁴⁸⁶, Neuchâtel⁴⁸⁷, Nidwald⁴⁸⁸, Schaffhouse⁴⁸⁹, Schwyz⁴⁹⁰, Tessin⁴⁹¹, Vaud⁴⁹² et Valais⁴⁹³.

L'intervention d'un instrument de démocratie directe, soit l'élection, est ainsi fréquente dans ce domaine. Reste à déterminer si cette intervention est un facteur susceptible de garantir l'indépendance ou, au contraire, un risque de pression supplémentaire.

En d'autres termes, et au vu des propositions d'étendre l'intervention des juges fédéraux en matière de démocratie directe, faut-il souhaiter une extension de l'élection populaire des juges⁴⁹⁴? La position d'EICHENBERGER selon laquelle l'indépendance des juges suisses est, notamment, garantie grâce à leur élection⁴⁹⁵ est-elle encore d'actualité? Faut-il, au contraire, conclure à la nécessité de modifier les systèmes qui connaissent une telle élection? Mais alors quel système choisir?

I. La garantie d'un tribunal et de juges indépendants

La garantie de l'indépendance des tribunaux – et donc des juges – est consacrée par les articles 30 Cst., 6 CEDH et 14 Pacte II.

Faktizität am Obergericht und an den Bezirksgerichten als verfassungsrechtliches Problem, Zurich, 2002. Voir également ATF 137 I 77.

481 Art. 168 al. 1 Cst.

482 Art. 73 let. a^{bis}, b Cst./AR (RS 131.224.1).

483 Art. 56 *a contrario* Cst./BE (RS 131.212): élection par le Grand Conseil (art. 21 LOJM/BE – RS/BE 161.1).

484 Art. 128 Cst./FR (RS 131.219): élection par le Grand Conseil sur préavis du Conseil supérieur de la magistrature.

485 Art. 84 al. 1 Cst./JU (RS 131.235).

486 Art. 44 al. 1 let. e Cst./LU (RS 131.213): élection par le Grand Conseil.

487 Art. 60 Cst./NE (RS 131.233).

488 Art. 59a ch. 2, 3 et 4 Cst./NW (RS 131.216.2): élection par le Grand Conseil

489 Art. 73 Cst./SH (RS 131.223).

490 Art. 36 let. b, c, d et e Cst./SZ (RS 131.215): élection par le Grand Conseil.

491 Art. 36 al. 1 Cst./TI (RS 131.229): élection par le Grand Conseil, exception faite du juge de paix qui est élu par le peuple de la circonscription concernée (art. 35 al. 2 Cst./TI).

492 Art. 106 al. 1 let. b et e et art. 131 Cst./VD (RS 131.231): élection par le Grand conseil du procureur général et des juges cantonaux, sur la base d'un préavis d'une commission de présentation. Les juges des juridictions inférieures sont nommés par le Tribunal cantonal (art. 133 al. 2 let. b Cst./VD).

493 Art. 39 Cst./VS (RS 131.232): élection par le Grand Conseil, exception faite des juges du cercle ou de commune (art. 63 al. 3 Cst./VS).

494 Voir REGINA KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit*, Berne 2001, p. 125, laquelle précise que l'élection d'un juge par le parlement est problématique lorsqu'il intervient dans des domaines relevant du droit constitutionnel.

495 Voir KURT EICHENBERGER, *Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz*, in *Unabhängigkeit in und Bindung des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, Bâle, 1997, 69, p. 80. Voir déjà KURT EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Berne, 1960, p. 225.

En application de l'article 30 al. 1 Cst. – qui, de ce point de vue, a la même portée que les articles 6 CEDH⁴⁹⁶ et 14 Pacte II⁴⁹⁷ –, toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce qu'elle soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Le droit des parties à une composition régulière du tribunal impose des exigences minimales de procédure. Il interdit les tribunaux d'exception et la mise en œuvre de juges *ad hoc* ou *ad personam* et exige dès lors, en vue d'empêcher toute manipulation et afin de garantir l'indépendance nécessaire, une organisation judiciaire et une procédure déterminées par un texte légal⁴⁹⁸.

Ces dispositions sont avant tout conçues pour accorder des droits aux justiciables. Elles ont néanmoins une portée plus large et doivent assurer l'existence d'un système qui garantit l'indépendance effective des juges. L'article 191c Cst., qui précise que les autorités judiciaires sont indépendantes dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, le rappelle au demeurant. Il s'agit d'éviter que des éléments extérieurs au procès puissent avoir une influence sur la procédure judiciaire⁴⁹⁹.

Plusieurs arrêts et décisions récents ont en outre rappelé que la garantie de l'indépendance des tribunaux n'offrait pas uniquement des droits aux justiciables, mais qu'elle devait également accorder des garanties aux juges eux-mêmes.

Le Comité des droits de l'homme a tout d'abord estimé que la fin d'un mandat d'un juge à la Cour suprême plusieurs années avant son échéance pouvait, suivant les circonstances, être une atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire garanti, notamment, par l'article 14 du Pacte II⁵⁰⁰.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le refus de nomination d'un candidat à la Cour suprême pouvait tomber dans le champ d'application de l'article 6 CEDH. Elle a estimé qu'en cas de contentieux sur le refus de nomination d'un juge, les garanties de procédure, notamment le droit à une audience publique, devaient être garanties⁵⁰¹.

Le Tribunal fédéral a enfin jugé que la communication à des tiers des indemnités journalières versées à un juge aurait pour conséquence que la manière de travailler de ce magistrat et, de ce fait, l'issue d'une procédure, soient influencées par des éléments étrangers à celle-ci, mettant ainsi en question l'indépendance du tribunal. Il s'est ainsi opposé à la communication à des tiers des indemnités versées à un magistrat⁵⁰². Il a en revanche jugé que l'identité des juges ayant siégé devait être communiquée aux tiers qui le demandent.^{502bis}

496 ATF 136 I 207, consid. 3.1; ATF 135 I 14, consid. 2.

497 ATF 133 IV 278, consid. 2.2.

498 ATF 134 I 184, consid. 3.1; ATF 131 I 31, consid. 2.1.

499 ATF 137 I 227, consid. 2.6.1.

500 Comité des droits de l'Homme, Communication n° 814/1998 du 17 septembre 2003, *Mikhail Ivanovich Pastukhov c. Bélarus*.

501 ACEDH *Juricic c. Coatia* du 26 juillet 2011, requête n° 58222/09.

502 ATF 137 I 1.

502bis Arrêt TF du 26 mars 2013 dans la cause 1C_390/2012.

Le système et le processus de nomination des juges doit ainsi leur garantir une indépendance, conformément aux articles 30 Cst., 14 Pacte II et 6 CEDH. Des garanties de procédure doivent notamment être accordées aux juges dans le processus de réélection⁵⁰³ ou de révocation⁵⁰⁴. Cette dernière ne doit ainsi être envisagée qu'en cas de violation grave des devoirs de fonction⁵⁰⁵.

Il est admis que le système suisse actuel qui consacre l'élection comme forme de nomination habituelle des magistrats du pouvoir judiciaire respecte cette garantie d'indépendance des juges⁵⁰⁶. Il s'agit ainsi d'une concordance entre le principe démocratique et le principe de l'indépendance des juges⁵⁰⁷. Si le système est globalement conforme au droit, des voix s'élèvent pour critiquer la mainmise des partis politiques dans la désignation des magistrats⁵⁰⁸. Certains préconisent une amélioration du système afin de le dépolitiser⁵⁰⁹.

Examinant notamment cette question, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a toutefois confirmé que le système d'élection des juges, y compris dans sa composante politique, était compatible avec la garantie de l'indépendance des magistrats: «à cet égard, que de la seule circonstance que les juges seraient désignés par décision ou sur recommandation du pouvoir exécutif ou du Parlement ou qu'une juridiction serait composée de magistrats désignés selon des affinités politiques, on ne saurait inférer un manque d'indépendance et d'impartialité dans leur chef, pourvu que les affinités politiques soient diversifiées»⁵¹⁰.

Conformément au constat posé par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence, il n'en demeure pas moins que les électeurs appelés à voter pour des candidats ne peuvent guère apprécier objectivement les qualités des juges. Ils en sont donc réduits à partir du postulat que les partis politiques ont choisi leurs candidats avec soin⁵¹¹, évaluant objectivement et correctement les qualités juridiques

503 REGINA KIENER, Verfahren der Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern des Bundes – Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, JAAC 2008.26 350.

504 REGINA KIENER, Verfahren der Amtsenthebung von Richterinnen und Richtern der erstinstanzlichen Gericht des Bundes – Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, JAAC 2008.25 316.

505 Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 23 octobre 2007, Amtspflichten der Richterinnen und Richter der erstinstanzlichen Bundesgerichte, JAAC 2008.24 306.

506 PIERRE ZAPPELLI, Le juge et la politique, en particulier la question de l'élection, in: *Le juge et son image*, Berne, 2008, 83, p. 107; STEPHAN GASS, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden? Wahl und Wiederwahl unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit, PJA 2007 593, p. 601.

507 LIVISCHITZ (note 480), p. 80.

508 LIVISCHITZ (note 480), p. 289.

509 KARL SPÜHLER, Der Richter und die Politik, RJB 1994 28, p. 37. Voir aussi JEAN-LUC BACHER, *Système pénal et élection des juges, Système pénal et discours publics: entre justice câline et justice répressive*, Berne 2012, 89.

510 DCEDH *l'Ocelot S.A c. Suisse* du 21 mai 1997, requête n° 20873/92. Voir aussi ATF 138 I 1 sur l'absence de récusation obligatoire en raison d'affinité politique.

511 ATF 117 Ia 452, consid. 4 à propos de l'élection des juges dans le canton de Zurich.

et personnelles des futurs juges. Devoir accepter un tel postulat comme garantie de tout un système aussi fondamental dans une démocratie ne semble guère rassurant. C'est d'autant plus vrai que s'il existe une procédure de sélection bien établie sur le plan fédéral⁵¹², ce n'est nullement le cas dans tous les cantons.

II. Les caractéristiques du système helvétique

Le système suisse se caractérise ainsi par un processus de nomination qui consiste en une élection des juges pour une période de fonction relativement courte, avec une réélection périodique⁵¹³. Le système est en outre fortement politisé⁵¹⁴. L'élection directe par le peuple tend néanmoins à se réduire depuis quelques années, à tout le moins pour les tribunaux supérieurs⁵¹⁵. En effet, si le système de l'élection a été accepté sans critique durant de très nombreuses années, ce n'est plus le cas aujourd'hui⁵¹⁶. Il existe ainsi une tendance, qualifiée de faible mais significative, d'attribuer au parlement en lieu et place du peuple la désignation des juges, en particulier pour les juridictions de deuxième instance cantonale⁵¹⁷.

Il s'agit, sans doute, d'une influence des instruments internationaux, qui tendent à prohiber le recours à la démocratie directe dans le domaine de la nomination des membres du pouvoir judiciaire. L'article 1.3 de la Charte européenne sur le statut des juges, établie sous l'égide du Conseil de l'Europe prévoit en effet que pour toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de fonction d'un juge ou d'une juge, le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci.

L'intervention d'instruments de démocratie directe, fréquente en Suisse, dans ce domaine semble ainsi problématique au vu des standards internationaux.

512 Voir l'article 40a LParl (RS 171.10) qui a créé une commission judiciaire compétente pour préparer l'élection et la révocation des juges fédéraux.

513 NICCOLO RASELLI, *Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit*, Justice 2012/4; ZAPPELLI (note 506), p. 85 ss.

514 ALFRED BÜHLER, *Von der Wahl und Auswahl der Richter*, in: *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts*, Festschrift für Heinz Rey, Zurich, 2003, 521, p. 535. A titre comparatif, on peut, par exemple, relever que dans certains pays, comme le Canada par exemple, le lien entre politique et nomination des juges est considéré comme contraire au principe de la séparation des pouvoirs: voir MARINE VALOIS, *L'indépendance judiciaire, la justice entre droit et gouvernement*, Montréal, 2011, p. 372 ss.

515 PIERRE ZAPPELLI, *Réactions aux projets constitutionnels genevois*, Justice 2012/2.

516 DANIELLE ANEX-CABANIS, *La magistrature en Suisse, Evolution et perspectives contemporaines*, in: *L'élection des juges – Etude historique française et contemporaine*, Paris, 1999, 237, p. 247.

517 ZAPPELLI (note 506), p. 87.

III. L'élection et l'indépendance des juges

Plusieurs auteurs estiment cependant que ce n'est pas l'élection des juges qui est problématique, mais l'élection pour une courte durée en raison du risque de pressions qui peuvent découler d'un processus de réélection périodique. La doctrine préconise ainsi une élection pour une période déterminée et plus longue⁵¹⁸, avec le cas échéant l'introduction d'une procédure de destitution⁵¹⁹, ou un contrôle, au moment de la réélection, centré uniquement sur les compétences⁵²⁰, voire même l'abandon du système de réélection périodique⁵²¹.

Le Tribunal fédéral relève d'ailleurs que dans le système actuel aucun magistrat du pouvoir judiciaire n'est assuré de sa réélection, tout en précisant immédiatement que cela n'est pas un motif pour douter de son indépendance: «Dans un tel système institutionnel, aucun magistrat n'est assuré de sa réélection et le risque d'un échec à la prochaine élection générale n'est pas une circonstance justifiant la récusation du juge dans toutes les causes auxquelles seraient parties des citoyens prenant part, à un titre ou à un autre (comme membres de l'assemblée générale ou d'une commission thématique d'un parti, par exemple), au processus aboutissant à la désignation des candidats»⁵²².

Fort des différents avis précités de la doctrine, on constate que la durée des fonctions judiciaires a tendance à s'allonger⁵²³. La doctrine relève en outre que la qualité de l'évaluation des candidats lors d'élections judiciaires tend à se renforcer⁵²⁴. La question de la durée de la nomination des juges n'est cependant pas nouvelle: elle s'est déjà posée en 1874 lors de la révision de la Constitution fédérale⁵²⁵. Le débat relatif au conflit potentiel entre indépendance des juges et élections existe ainsi depuis près d'un siècle et demi, sans que l'on puisse pour autant soutenir que le pouvoir judiciaire helvétique n'a pas été indépendant pendant toutes ces années.

Introduite dans le canton de Fribourg, où l'article 121 al. 2 Cst./FR prévoit que les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public sont élus pour

518 RASELLI (note 513); BERNARD CORBOZ, L'indépendance des juges et le système de la réélection périodique, *Justice* 2011/4; REGINA KIENER, Sind Richter trotz Wiederwahl unabhängig? *Plädoyer* 2001, 36.

519 NICOLO RASELLI, Bundesrichterwahlen und richterliche Unabhängigkeit, in: *Diskriminierung und Integration: (Rechts-)Geschichten in einem sozialen System: zum 60. Geburtstag von Frau Professor Marie Theres Fögen*, Zurich, 2006, 33, p. 39 ss.

520 ZAPPELLI (note 506), p. 110 ss.

521 PASCAL MAHON/ROXANE SCHALLER, Le système de réélection des juges: évidence démocratique ou épée de Damoclès?, *Justice* 2013/1; SPÜHLER (note 509), p. 34.

522 Arrêt TF du 12 mai 2006 dans la cause 1P.251/2006, consid. 2. L'appartenance d'un juge à un parti politique n'est en outre pas un motif propre à justifier une récusation: Arrêt TF du 25 septembre 2012 dans la cause 1B_:460/2012.

523 ZAPPELLI (note 506), p. 89.

524 JEAN FONJALLAZ, Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif, une coexistence difficile, *PJA* 2011 49, p. 52.

525 Voir GASS (note 506), p. 593.

une durée indéterminée, l'élection des magistrats du pouvoir judiciaire pour une durée indéterminée n'a toutefois pas nécessairement eu l'effet que l'on pouvait *a priori* en escompter sur l'indépendance des juges.

A Fribourg, des pressions sont en effet apparues sur un juge nommé pour une durée indéterminée qui a choisi de quitter son parti politique pour garantir son indépendance. Le parti politique concerné a exigé qu'il demeure au sein du parti ou qu'il démissionne⁵²⁶. Il n'est dès lors pas certain qu'il s'agisse d'une garantie d'indépendance aussi forte que ce qui a été envisagé par la doctrine⁵²⁷. La politisation du système semble ainsi en définitive plus délicate que la durée de la période de fonction des juges.

Plusieurs critiques sont émises sur le système actuel, mais aucune solution largement acceptée ne se dégage. GASS, qui a tenté en dernier lieu de synthétiser les courants en la matière, propose ainsi de maintenir un système d'élection, mais avec une sélection effectuée préalablement par un organe indépendant⁵²⁸.

Il faut cependant relever que la Suisse est un petit pays, avec un bassin de recrutement peu étendu, surtout avec quatre communautés linguistiques. En pratique, il semble dès lors difficile de mettre sur pied cet organe. Ce dernier doit en effet être indépendant des juges pour être efficace et crédible, mais suffisamment bien informé et formé pour pouvoir les sélectionner objectivement. Au vue de la garantie d'indépendance à accorder aux magistrats, il est en outre exclu de le composer d'une majorité d'avocats⁵²⁹. Le bassin de recrutement de l'organe indépendant devient ainsi encore plus délicat à déterminer.

IV. Conclusion intermédiaire

En définitive, le système d'élection – et surtout de réélection – qui fait intervenir des éléments de démocratie directe dans la nomination des juges ne constitue pas le système idéal. KIENER a au demeurant relevé que des inconvénients existaient pour chaque système de nomination ou d'élection des magistrats⁵³⁰. Le système exempt de tout défaut ne semble ainsi pas exister.

Dans l'ensemble, le système actuel correspond à une tradition helvétique bien ancrée et offre une légitimité démocratique aux magistrats qu'il ne faut pas négliger, surtout au vue de notre proposition d'étendre les compétences du

526 Voir PIERRE ZAPPELLI, *Ombres et lumière de la justice fribourgeoise*, Justice 2011/1.

527 Voir GASS (note 506), p. 607.

528 GASS (note 506), p. 608.

529 Voir l'art. 46 de la recommandation CM/res (2010)12 du Comité des Ministères du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les juges: indépendance, efficacité et responsabilités. Voir aussi Arrêt TF du 12 mai 2006 dans la cause 1P.251/2006, consid. 2 où l'on ne peut que constater le risque d'influence que des membres des organes devant sélectionner les candidats peuvent chercher à avoir. En l'occurrence, un avocat poursuivi dans une procédure pénale a cherché à obtenir la récusation du magistrat instructeur au motif qu'il intervenait dans le processus de sélection des juges lors de la prochaine réélection.

530 KIENER (note 494), p. 262.

Tribunal fédéral en matière de droits politiques fédéraux. A ce jour, une rupture ne semble ainsi pas se justifier⁵³¹.

L'exposé des motifs de la Charte européenne sur le statut des juges réserve au demeurant expressément ce type de nomination: «La Charte ne se propose pas non plus <d'invalider> en quelque sorte les systèmes d'élection qui peuvent être regardés, par les ressortissants des pays où ils sont mis en œuvre, comme la quintessence de la démocratie»⁵³². A cet égard, il faut relever que la Recommandation R (94) 12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle de juges du 13 octobre 1994 prévoit l'élection des juges, mais préconise qu'ils soient inamovibles⁵³³. Il en va de même pour plusieurs autres instruments non contraignants adoptés par différents organismes judiciaires internationaux⁵³⁴.

Il n'en demeure pas moins que le risque d'influence, directe ou indirecte, sur les magistrats du pouvoir judiciaire demeure dans le système actuel de nomination des juges. Dans l'une de ces contributions, RASELLI cite plusieurs cas où les juges fédéraux ont subi des pressions concrètes⁵³⁵. GASS cite en outre plusieurs exemples survenus dans différents cantons⁵³⁶.

Les exemples cités ne sont malheureusement pas demeurés isolés et le dernier arrêt du Tribunal fédéral sur l'initiative sur les renvois des délinquants étrangers⁵³⁷ a suscité des réactions politiques très virulentes contre notre Haute Cour⁵³⁸. Un ancien Conseiller fédéral n'a pas hésité à soutenir que les juges fédéraux avaient, rien de moins, effectué un «coup d'état silencieux»⁵³⁹.

Même virulentes, des critiques contre des jugements ou des arrêts ne sont en tant que telles pas encore une atteinte à l'indépendance des juges. Il ne faudrait toutefois pas qu'elles aient ensuite une influence sur la carrière des magistrats qui ont pris ces décisions.

531 Mihaela Amos Piguët, L'élection partisane des juges, dangers et palliatifs, *Plaidoyer* 2013/2 32–36, p. 36. MAHON/SCHALLER (note 521). p. 6; STEFAN PÖDER, L'élection des juges, *RDAF* 2004 I 102, p. 107–108.

532 Exposé des motifs de la Charte européenne sur le statut des juges, ad 1.1. Voir également PIERRE-HENRI BOLLE, Les juges suisses et le Statut de juge en Europe, *PJA* 2000 144, p. 145–146.

533 Principe I, ch. 3 de la Recommandation R (94) 12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle de juges, du 13 octobre 1994.

534 Voir MAHON/SCHALLER (note 521). p. 8–9.

535 RASELLI (note 519), p. 40–41.

536 GASS (note 506), p. 594.

537 Arrêt TF du 12 octobre 2011 dans la cause 2C_828/2011.

538 Voir par exemple: «L'UDC s'indigne d'un arrêt du Tribunal fédéral», *Le Temps* du 12 février 2013.

539 Voir CHRISTOPH BLOCHER, «Wir sitzen nicht im gleichen Boot», *NZZ* du 6 mars 2013 où il critique violemment le Tribunal fédéral pour son arrêt du 12 octobre 2012 dans la cause 2C_828/2011, accusant le Tribunal fédéral d'avoir effectué un coup d'état («stillen Staatsstreich»). Voir également l'article du même contributeur paru dans *Le Temps* du 22 mars 2013 cité sous note 233 lequel est tout aussi critique.

Le recours à l'élection pour la nomination des juges n'est ainsi pas la panacée. Cela étant, à ce jour, il fonctionne globalement de manière satisfaisante. Il n'a, par exemple, jamais empêché le Tribunal fédéral de trancher des questions particulièrement controversées en adoptant une approche conforme et favorable aux droits fondamentaux malgré les critiques d'une partie de l'opinion publique⁵⁴⁰. Il n'a en outre jamais amené à une non-réélection d'un magistrat en raison de sa participation à une délibération sur un arrêt qui a suscité de vives réactions.

Nonobstant l'extension des compétences du Tribunal fédéral en matière de démocratie directe que nous préconisons, il ne semble dès lors pas indispensable de modifier le système d'élection des juges⁵⁴¹. Il conviendra néanmoins d'être prudent en la matière.

L'indépendance ne ressort en effet pas uniquement du mode de nomination, mais également de la liberté effective du magistrat, que cela soit durant les délibérations ou sur ses autres prises de position⁵⁴². Il convient ainsi de rester vigilant sur l'indépendance effective des juges au vue des pressions qu'ils pourraient devoir affronter en fonction des (nouveaux) domaines qui pourraient leur être attribués.

G. Conclusion

La stabilité des institutions est un gage de paix et de confiance dans les institutions politiques. Le système de démocratie directe suisse doit toutefois faire face à une internationalisation croissante du monde et du droit. Les institutions du droit d'initiative et du droit de référendum sont appelées à évoluer. Il est préférable d'accompagner cette évolution par une modification de la Constitution fédérale et de ne pas se limiter à des modifications de la pratique.

De simples évolutions de la pratique ne sont en effet pas souhaitables dans un domaine aussi important. Des évolutions profondes du système de démocratie directe permettraient d'apporter des améliorations qui prennent en compte

540 A noter que même sur des sujets très polémiques comme le droit des étrangers, des juges, issus de partis prônant une réponse répressive en la matière, gardent leur indépendance. Voir par exemple: «Annulation du renvoi d'un Afghan condamné – Tribunal fédéral – Les juges très divisés», *Le Temps* du 16 mars 2013: «Au vu des très vives critiques que l'UDC adresse régulièrement au Tribunal fédéral, en particulier sur la question du renvoi des délinquants étrangers, le fait mérite d'être relevé: au sein de la cour, deux des magistrats étaient des juges élus sur proposition de l'UDC, et l'un a tranché en faveur du recourant, l'autre en sa défaveur».

541 *Contra* SCHEFER/ZIMMERMANN (note 185), p. 357, lesquelles estiment qu'il se justifie d'étendre les compétences du Tribunal fédéral en matière de droits politiques, mais que cela implique une réforme du mode d'élection des juges fédéraux, en particulier leur durée de fonction.

542 Voir à cet égard ACEDH *Wille c. Lichtenstein* du 28 octobre 1999, requête n° 28396/95. Voir également ALAIN FISCHBACHER, *Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland*, Zurich, 2006, p. 226–227.

des réalités du contexte internationalisé auquel le système juridique suisse est aujourd'hui confronté. Des évolutions de la Constitution fédérale permettraient en outre de demeurer dans un système où le peuple a ratifié les règles, conformément aux thèses de ROUSSEAU rappelées au début de cette contribution.

A défaut, l'évolution risque d'être plus douloureuse. Ce sont les juges qui vont limiter la portée des textes constitutionnels votés par le biais d'initiatives populaires contraires aux droits de l'homme. Or, il n'est guère respectueux du système de démocratie directe de laisser le peuple voter sur un texte et de le promulguer alors qu'il est d'ores et déjà acquis qu'il ne pourra être que censuré quelques années plus tard.

Afin d'améliorer l'acceptance du droit international en Suisse, une clarification des règles en matière de référendum semble également nécessaire.

De manière générale enfin, et conformément à la tendance générale visant à garantir un droit d'accès au juge (art. 29a Cst.), il semble enfin nécessaire d'ouvrir l'accès au Tribunal fédéral dans ces domaines aussi complexes que tendus sur le plan politique.

Nous soutenons ainsi les thèses suivantes:

1. Le recours au juge doit être possible de manière étendue en matière de droits politiques fédéraux, y compris sur la validité des initiatives populaires et sur les actes soumis au référendum facultatif ou obligatoire.
2. Ce recours peut être introduit par une simple modification législative au vu de la réserve prévue pour les exceptions légales à l'exclusion des recours contre les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale qui figure à l'article 189 al. 4 Cst. Une modification constitutionnelle est cependant préférable au vu du changement de paradigme important qui serait ainsi introduit. Elle permettrait de légitimer l'intervention du Tribunal fédéral dans ce domaine.
3. Le texte de l'article 139 al. 3 Cst. ne permet pas une interprétation extensive de la notion de «règles impératives du droit international public».
4. Une nouvelle teneur de l'article 139 al. 3 Cst. est souhaitable afin de faire face au conflit toujours plus accru entre les droits de l'homme et les initiatives populaires.
5. L'avant-projet de révision de la loi fédérale sur les droits politiques mis en consultation par le Conseil fédéral le 15 mars 2013, lequel vise à effectuer un contrôle de la conformité au texte de l'initiative par l'administration fédérale avant le lancement, ce en contraignant les initiants à faire figurer la conclusion de cet examen sur les feuilles de signature, est un outil intéressant mais insuffisant pour régler le conflit entre les droits politiques et les droits de l'homme.
6. L'avant-projet de révision de l'article 139 al. 3 Cst. mis en consultation par le Conseil fédéral le 15 mars 2013, qui vise à introduire un nouveau cas de nullité des initiatives en cas de non-respect de l'essence des droits fondamentaux, n'est pas opportun. Il introduit dans la Constitution fédérale une

notion floue, laquelle n'aurait permis l'invalidation que d'une initiative populaire qui a posé problème ces dix dernières années: l'initiative «Peine de mort en cas d'assassinat en concours avec un abus sexuel». Une telle modification ne résoudra en aucun cas le conflit actuellement existant entre droits politiques et droit international. Elle risque en outre de geler pour de longues années la situation. Cette proposition est ainsi insuffisante, voire même contreproductive.

7. L'article 139 al. 3 Cst. doit être révisé par l'emploi de notions déjà bien ancrées en droit suisse, aussi précisément que possible. L'article 139 al. 3 Cst. pourrait ainsi avoir la teneur suivante: *Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière, les règles impératives du droit international ou les règles des droits de l'homme garanties par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.*
8. Une extension des compétences du Tribunal fédéral en matière de décision sur la validité des initiatives populaires fédérales est souhaitable.
9. Le Tribunal fédéral devrait être appelé à statuer sur recours de citoyens, suite à une décision de l'Assemblée fédérale.
10. La soumission au référendum facultatif des traités internationaux fait appel à une notion juridique indéterminée qui permet de faire appel à une appréciation de nature politique. Devant la difficulté de trouver une notion permettant de définir plus précisément les textes qui peuvent faire l'objet d'un référendum, une modification n'est pas utile. En revanche, un contrôle objectif par une autorité indépendante est souhaitable.
11. Une extension des compétences du Tribunal fédéral en matière de contentieux sur les textes soumis au référendum est ainsi souhaitable.
12. Le Tribunal fédéral devrait être appelé à statuer sur recours de citoyens, suite à l'arrêté de l'Assemblée fédérale relatif à l'adoption du texte soumis ou non au référendum.
13. L'extension des compétences du Tribunal fédéral dans des domaines aussi politiques⁵⁴³ doit s'accompagner d'une prudence particulière sur la garantie de l'indépendance des juges. A ce jour, il n'est cependant pas nécessaire de renoncer à toute élection des juges par le peuple ou le parlement. La question doit néanmoins être suivie avec attention.

La vision toute puissante du peuple préconisée par ROUSSEAU et citée au début de cette contribution paraît idéaliste et peu conforme à l'idée aujourd'hui répan-

543 Etant précisé que le domaine du droit constitutionnel est, par essence, politique: voir ACEDH *Wille c. Lichtenstein* du 28 octobre 1999, requête n° 28396/95, par. 67. Voir également YANN GRANDJEAN, *Le juge est-il un acteur politique?*, PJA 2013 365.

due de l'Etat de droit. Le peuple n'est pas un organe tout puissant. S'il peut changer les règles, il doit néanmoins respecter les normes existantes lorsqu'il est appelé à se prononcer sur un sujet.

La vision de ROUSSEAU doit aujourd'hui évoluer vers un équilibre qui a déjà été exprimé par Kelsen: «Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par la suite, dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propre à réaliser cette idée. La simple menace du recours au tribunal constitutionnel peut être entre les mains de la minorité un instrument propre à empêcher la majorité de violer inconstitutionnellement ses intérêts juridiquement protégés et à s'opposer par-là, en dernière analyse, à la dictature de la majorité, qui n'est pas moins dangereuse pour la paix sociale que celle de la minorité»⁵⁴⁴.

La démocratie directe est un équilibre subtil où tant le peuple que le juge a sa place, dans le respect des compétences de chacun. Le juge doit être le garant du respect du droit. La place, certes prééminente, du peuple ne lui laisse pas carte blanche pour prendre n'importe quelle décision. Des limites sont nécessaires. Ces limites sont exigées par la Constitution fédérale elle-même (art. 35 al. 2 Cst.), laquelle a aussi été acceptée par la majorité du peuple et des cantons. La Constitution fédérale doit ainsi connaître des garde-fous contre la «tyrannie de la majorité»⁵⁴⁵.

Il faut relever qu'une intervention accrue du juge en matière démocratie directe ne va pas uniquement limiter la position du peuple. Elle va également lui garantir – par exemple en matière de droit de référendum – qu'il soit consulté lorsque la Constitution fédérale l'exige. Les changements de pratique dictés par des considérations politiques ou économiques seront ainsi soumis à un contrôle indépendant.

La démocratie directe est profondément ancrée dans les institutions et l'inconscient collectif suisses. Elle ne doit néanmoins pas être sacralisée. Il ne faut pas craindre de faire évoluer ces institutions afin que celles-ci demeurent conformes et adaptées à l'internationalisation croissante du droit, laquelle est une réalité. La démocratie directe a d'ailleurs toujours évolué au fil des années⁵⁴⁶. A défaut, le danger est grand de voir le conflit entre démocratie directe et droit international augmenter avec, en dernier lieu, le risque de voir le juge, helvétique ou international, modifier, par voie prétorienne, les institutions helvétiques.

544 HANS Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution – La justice constitutionnelle, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, 197, p. 253. Pour une réflexion plus récente du même type: Daniel Thürer, *Demokratie und Völkerrecht – eine schweizerische Perspektive zu einer komplexen Beziehung*, in: *Der Staat im Recht*, Berlin 2013, 913, p. 919.

545 MICHELINE CALMY-REY, La globalisation et la démocratie, *RSDIE* 2011 679, p. 688.

546 BARBARA PERRIARD, Das Stimmvolk hat das letzte Wort, *LeGes* 2012/2 151, p. 158.

