

# Le droit suisse avant le droit international et étranger



Document de fond de l'Union démocratique du centre (UDC)

Berne, août 2013

## **Table des matières**

<b>I. Situation actuelle: le droit international supplante le droit suisse .....</b>	<b>4</b>
1. "Droit des peuples" ou droit international.....	4
2. Le droit international et les tribunaux internationaux créent un régime légal parallèle en Suisse.....	4
2.1 La Cour européenne des droits de l'homme .....	5
2.2 La Cour de justice européenne .....	6
2.3 Politique économique internationale .....	7
2.4 Conclusion: le droit international et les tribunaux internationaux sont devenus des moteurs du développement du droit suisse .....	7
3. Le Tribunal fédéral place le droit international au-dessus de la Constitution fédérale approuvée par le peuple.....	8
4. Le droit international élimine les droits du peuple et notre conception démocratique de l'Etat .....	10
5. Sous le titre de la "protection des droits de l'homme, le droit international règle la vie sociale et l'Etat social en Suisse .....	12
6. Adhésion en cachette à l'UE: la Suisse reprend de plus en plus de droit UE et abandonne sa souveraineté légale à l'UE.....	13
7. Le droit international n'est pas démocratique: les grandes puissances, les organisations internationales et les experts déterminent le droit international, donc aussi le droit suisse .....	15
<b>II. Défis et objectifs: comment la Suisse peut-elle reprendre le contrôle de son droit? .....</b>	<b>16</b>
1. Comment garantir que la Constitution fédérale demeure le droit suprême en Suisse et que les droits populaires soient conservés? .....	16
2. Comment empêcher une internationalisation et une européanisation dissimulées et rampantes du droit suisse? .....	17
3. Comment garantir que la Suisse et des personnes de Suisse ne soient pas soumises à des tribunaux internationaux qui sont partiels et qui appliquent un droit étranger?.....	17
4. Comment régler clairement et raisonnablement les contradictions entre le droit national et le droit international?.....	18
<b>III. Propositions de modification de la Constitution fédérale .....</b>	<b>19</b>
A. Dispositions constitutionnelles proposées.....	19
1. La Constitution prime le droit international.....	19
2. La réserve du droit international impératif.....	19
2.1 Variante 1: pas de réserve du droit international impératif.....	19
2.2 Variante 2: énumération exhaustive restreinte des dispositions impératives du droit international.....	19
2.3 Variante 3: Description générale du droit international impératif .....	20
2.4 Variante 4: énumération exhaustive étendue des dispositions impératives du droit international .....	20
3. Le droit suisse n'est adapté au droit international que si la Constitution, une loi ou un traité d'Etats soumis au référendum le prévoient.....	20
4. La Suisse ne reconnaît pas de décisions d'un tribunal international qui n'est pas indépendant et impartial et qui n'applique pas le droit tel qu'il valait à l'origine.....	21

5.	La Constitution et les lois fédérales ont la primauté sur des traités d'Etat qui les contredisent; ces derniers devront être renégociés ou résiliés. Un traité d'Etat soumis au référendum qui a été approuvé <i>après</i> l'entrée en vigueur d'une loi fédérale a cependant la priorité sur cette dernière. ....	21
B.	Explication des dispositions constitutionnelles proposées.....	21
1.	Art. 5 al. 1 et 4 (primauté de la Constitution fédérale par rapport au droit international).....	21
1.1	La Constitution, source suprême du droit (Art. 5 Abs. 1).....	21
1.2	"Respect" du droit international (art. 5 al. 4).....	22
2.	Art. 139, 193 et 194 (droit international impératif).....	23
2.1	Variante 1: pas de réserve du droit international impératif.....	23
2.2	Variante 2: énumération exhaustive restreinte des dispositions impératives du droit international.....	23
2.3	Variante 3: définition générale du droit international impératif.....	24
2.4	Variante 4: énumération exhaustive étendue des dispositions impératives du droit international.....	24
3.	Art. 147a (adaptation au droit international) .....	24
4.	Art. 189a (décisions des tribunaux ou autorités internationaux) .....	26
5.	Art. 184 al. 2 et Art. 190 (lois fédérales et traités d'Etat) .....	27
5.1	Le rapport entre lois fédérales et traités d'Etat (art. 184 al. 2 et art. 190 al. 2) .....	27
5.2	La force contraignante du droit fédéral (art. 190 al. 1) .....	28
<b>IV.</b>	<b>Conclusion et perspective .....</b>	<b>31</b>

## **I. Situation actuelle: le droit international supplante le droit suisse**

### **1. "Droit des peuples" ou droit international**

L'influence dudit "droit des peuples" ou droit international public sur les Etats, mais aussi sur les droits des citoyens individuels a fortement augmenté depuis la Deuxième Guerre mondiale. Ce droit des peuples comprend, d'une part, les traités de droit international (les traités d'Etat comme principal source dudit droit international primaire) et le droit international coutumier, d'autre part, divers genres dudit droit international secondaire, y compris les "soft laws", c'est-à-dire le droit international qui n'est pas strictement impératif (ordonnances, directives, standards, recommandations, etc. d'organisations internationales et décisions d'autorités et de tribunaux internationaux). S'agissant du droit international secondaire, la Suisse est surtout concernée par les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme qui peut être saisie pour examiner des violations de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ainsi que par les jugements de la Cour de justice européenne (Cour de justice de l'Union européenne CJUE).

Ce "droit des peuples" ou droit international public n'est cependant pas le droit de la communauté des peuples comme le laisse supposer son nom. Il s'agit avant tout du droit résultant de traités entre les Etats concernés et, de plus en plus depuis quelques années, du droit créé par des organisations et tribunaux internationaux. Le droit des peuples est donc le droit international public (en anglais: "[public] international law"). Dans ce qui suit, nous utiliserons donc cette notion qui est plus conforme à son contenu.

Soumettre en Suisse le droit international public à un examen critique n'est donc pas s'opposer à la communauté des peuples, mais c'est se poser la question de principe suivante: qui doit décider de ce qu'est le droit en Suisse? La Suisse ou les créateurs et gestionnaires du droit international? Comment pouvons-nous conserver nos avantages évidents par rapport à d'autres Etats et mieux contrôler l'influence croissante du droit international sur le droit suisse?

### **2. Le droit international et les tribunaux internationaux créent un régime légal parallèle en Suisse**

Cela fait longtemps que le droit international ne se limite plus à régler des conflits et la collaboration entre les Etats. Ce droit déborde aujourd'hui largement les limites de l'Etat pour agir directement sur les citoyens et les entreprises, pour régler la cohabitation entre les humains et leur conférer des droits par rapport à l'Etat.

La Convention des droits de l'homme (CEDH) a été conclue en 1950 suite à la Deuxième Guerre mondiale et des horreurs et oppressions qui ont accompagné ce conflit par les membres du Conseil de l'Europe "réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part,

sur une conception commune et un respect commun des Droits de l'homme dont ils se réclament".<sup>1</sup> Partant de cette intention fondamentale, l'interprétation de la CEDH s'est étendue, depuis la conclusion de ce traité, dans toutes les directions possibles et imaginables qui, parfois, n'ont plus beaucoup de rapport avec l'acception commune de la notion des "droits de l'homme".

## 2.1 La Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement influente et se fait aussi de plus en plus autoritaire. Ce tribunal juge des recours de citoyens d'Etats européens qui estiment avoir été lésés par l'Etat en violation de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La Cour européenne des droits de l'homme (la Cour européenne dans ce qui suit) forme actuellement dans de nombreux domaines (notamment dans le droit des étrangers, mais aussi en droit civil, droit administratif et en procédure pénale) la cour "suprême de la Suisse", en quelque sorte un "super-Tribunal fédéral". Partant du droit de la protection à la vie familiale (art. 8 CEDH), la Cour européenne a notamment pris les décisions suivantes:

- la condamnation d'un étranger à une peine privative de liberté de plusieurs années et sa dépendance de l'aide sociale ne constituent pas un motif suffisant pour l'expulser de Suisse en le séparant ainsi de ses enfants;<sup>2</sup>
- un long séjour en Suisse et un mauvais état de santé pèsent plus lourd dans la décision d'attribuer ou non un permis d'établissement que la dépendance de l'aide sociale et la délinquance pénale de l'individu concerné.<sup>3</sup>

De toute évidence, il ne s'agit plus ici de sauvegarder les droits de la liberté pour protéger le citoyen contre un Etat tout-puissant, mais de protéger les prétentions des citoyens à l'égard de l'Etat. Les jugements de la Cour européenne confortent les prétentions d'aide sociale des citoyens étrangers à l'égard de l'Etat suisse.

---

<sup>1</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 octobre 1974 et entrée en vigueur en Suisse le 28 novembre 1974.

<sup>2</sup> En 2001, le Nigérian U. est entré en Suisse sous une fausse identité pour déposer une demande d'asile qui a été rejetée. Il a ensuite quitté la Suisse. En 2003, il est revenu en Suisse dans l'intention d'épouser une citoyenne suisse. Des jumeaux sont nés de cette union. Trois ans plus tard, U. a été condamné à 42 mois de prison en Allemagne pour avoir tenté d'importer de la cocaïne. Après avoir purgé sa peine, il est revenu en Suisse auprès de sa famille. Ce couple a ensuite divorcé. U. est resté en Suisse et est redevenu père. Sa nouvelle partenaire est Suissesse. Le Tribunal fédéral a refusé en 2009 l'octroi d'un permis d'établissement à cet individu en arguant de sa délinquance et de sa dépendance de l'aide sociale. Le 16 avril 2013, les juges de Strasbourg ont tranché par 5 voix contre 2 en faveur d'U (arrêté de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 avril 2013; affaire Udeh contre Suisse; requête no n° 12020/09). La Suisse a demandé à la Cour européenne de faire reconsidérer ce jugement par sa Grande Chambre. On attend encore cette décision.

<sup>3</sup> H. est né en 1956 dans l'actuelle Bosnie-Herzégovine. En août 2004, il a quitté après vingt ans la Suisse pour aller habiter dans la nouvelle maison qu'il a faite construire dans sa patrie. Pour des raisons de santé, H. a changé d'avis un peu plus d'un an plus tard et voulait revenir en Suisse. Le Tribunal fédéral a refusé en 2009 de lui accorder une autorisant de séjour en motivant cette décision par les condamnations de H. pour violation des règles de la circulation routière et violations de domicile. Le 11 juin 2013, les juges de Strasbourg ont jugé en faveur de H. (jugement de la Cour européenne du 11 juin 2013; affaire Hasanbasic c. Suisse; requête n° 52166/09).

Partant de la CEDH, la Cour européenne est en train de développer un Etat social uniforme imposé à tous les Etats européens. Ces arrêts concernent certes à chaque fois des cas particuliers, mais ils servent de référence contraignante à l'interprétation de la CEDH dans toute l'Europe dans des cas semblables.

La Cour européenne des droits de l'homme a interprété la CEDH d'une manière que personne n'avait prévue au moment de la conclusion de cette convention et de sa ratification par la Suisse. Le professeur DANIEL THÜRER a constaté en 1988 déjà ce qui suit (trad.): "Cette conception dynamique (...) et essentiellement fondée sur la concrétisation des droits de l'homme garantis, a pour conséquence que la CEDH n'a plus aujourd'hui le même contenu et la même signification qu'en 1950 au moment de sa signature."<sup>4</sup> Selon ce juriste, la pratique de la Cour européenne vise "à élever progressivement le standard de la CEDH. Cela ne correspond pas à la pratique d'interprétation normale des conventions de droit international".<sup>5</sup> Lors de l'approbation de la Convention par le Parlement en 1974, on était clairement d'avis qu'aucun élément de ce traité n'était réellement nouveau ou ne faisait pas déjà partie de la Constitution fédérale de l'époque (sauf dans les domaines où des réserves explicites ont été faites). Ce constat a d'ailleurs servi d'argument pour refuser l'organisation d'une votation populaire sur l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention.<sup>6</sup>

Par son interprétation et son "développement créatif" de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour européenne des droits de l'homme a créé un régime légal parallèle au droit suisse (notamment concernant le droit des étrangers), donc un ordre légal parallèle qui, grâce à la prétendue priorité du droit international, est superposé au droit suisse. En fait, le peuple suisse n'a jamais pu se prononcer ni sur la CEDH, ni sur la "priorité du droit international".

On ne sent guère de retenue dans la jurisprudence de la Cour européenne à l'égard des particularités culturelles, politiques et historiques des différents pays. Ce tribunal ne s'intéresse absolument pas à la question de savoir si une loi ou une disposition constitutionnelle a fait l'objet d'une votation populaire. Le fait que le peuple et les cantons ont approuvé l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels (art. 212 cst.) et l'interdiction des minarets (art. 72 al. 3 cst.) sera parfaitement égal à la Cour européenne lorsqu'elle devra décider si ces dispositions de la Constitution fédérale suisse sont compatibles avec la CEDH.

## 2.2 La Cour de justice européenne

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), communément appelée Cour de justice européenne, donc la cour suprême de l'UE, étend elle aussi constam-

---

<sup>4</sup> DANIEL THÜRER, Neuere Entwicklungen im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1988, S. 377 ff., 383.

<sup>5</sup> THÜRER, loc.cit., p. 385.

<sup>6</sup>"La question de savoir si une votation populaire doit être organisée ne s'est pas posée dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme, car cette convention garantit en fait des droits dont la grande majorité sont déjà reconnus et protégés par la Constitution fédérale" (trad.). Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 mars 1974, FF 1974 I p. 1063.

ment les compétences de l'UE face aux Etats membres. L'UE a mis en vigueur des dispositions et ordonnances qui règlent presque tous les domaines de la vie en société. Même sans appartenir à l'UE, la Suisse n'y échappe pas, car ces directives et ordonnances sont reprises par le parlement et l'administration fédérales ou, du moins, leur servent de référence. Les tribunaux et autorités suisses interprètent de nombreuses lois suisses et les accords bilatéraux afin de réaliser une compatibilité aussi large que possible avec la jurisprudence de la CJUE.

De concert avec la Cour européenne des droits de l'homme, la CJUE cultive en Europe une domination des juges, un "gouvernement de juges". On parle de "jurisprudence dynamique" et de "développement créatif du droit". Comme le relève le professeur DANIEL THÜRER, la Commission européenne et la CJUE ont été qualifiées de "moteurs du développement du droit en raison de leur dynamique particulière".<sup>7</sup> En fait, il s'agit de dépassements de compétences et d'interprétations du droit que personne n'avait prévu au moment de la fondation des Communautés européennes.

### **2.3 Politique économique internationale**

En politique économique internationale, on travaille également d'arrache-pied à un régime juridique parallèle qui se superposera au régime légal des Etats. L'OCDE et le G-20 ont l'intention d'édicter des règles sur l'échange automatique d'informations entre les Etats. Le système fiscal de la Suisse en sera également touché. Le même constat s'applique concernant les décisions du comité d'experts de l'ONU pour la collaboration internationale dans les questions fiscales. La "Financial Action Task Force" (FATF/GAFI) a déclaré la guerre au blanchiment d'argent d'origine criminelle et diffusé des recommandations dans ce sens. Le Conseil fédéral et son administration ont l'intention de les appliquer et de modifier en fonction de ces recommandations des dispositions essentielles du droit suisse sur les sociétés anonymes.

### **2.4 Conclusion: le droit international et les tribunaux internationaux sont devenus des moteurs du développement du droit suisse**

Les exemples précités montrent à l'évidence que le droit international ne cesse de pénétrer le droit suisse par différents canaux. Il influence également notre droit dans des domaines qui n'ont que peu, voire pas du tout de liens avec les rapports entre la Suisse et l'étranger et dont nous pourrions parfaitement décider de manière autonome.

Le droit international est devenu un facteur essentiel du développement de notre système juridique national, d'un développement qui nous éloigne de notre ordre libéral et fédéraliste pour nous conduire vers un régime centralisateur et socialiste: les milieux qui réclament aujourd'hui en Suisse des impôts plus élevés, une plus forte protection des consommateurs, davantage de protection des travailleurs, de l'environnement, plus de droits pour les requérants d'asile, plus d'argent pour la formation, etc., ne le font plus en premier lieu sur la base d'arguments objectifs – qui ne sont pas toujours faciles à trouver et, surtout, qui suscitent des contre-arguments – mais ils arguent de rapports et de recommandations d'organisations internationales, de décisions prises lors de rencontres de

---

<sup>7</sup> DANIEL THÜRER, avis de droit [à l'intention du Conseil fédéral] sur les formes possibles d'application des accords bilatéraux, 7 juillet 2011, p. 4 s.

ministres ou de conférences internationales, de livres blancs ou verts, de discussions de table ronde entre divers Etats, de "condamnations" par un comité, etc. Quelqu'un a appelé ces pratiques de "jeu par-dessus les bandes",

Ce "jeu par-dessus les bandes" fonctionne parce que le Conseil fédéral, l'administration, le Tribunal fédéral et la science juridique (plus précisément, les professeurs de droit public et de droit international) ont réussi au cours des décennies écoulées à imposer la priorité du droit international par rapport au droit national.

### **3. Le Tribunal fédéral place le droit international au-dessus de la Constitution fédérale approuvée par le peuple**

Le Tribunal fédéral, le Conseil fédéral, l'administration et la science du droit ont agi de concert ces dernières années pour faire du droit international la force dominante du débat politique et du développement du droit suisse. Tous ces milieux ont systématiquement propagé la "primauté du droit international par rapport au droit national", se renforçant mutuellement dans l'idée de superposer le droit international au droit suisse: l'administration se réfère à la pratique du Tribunal fédéral, la science se fonde sur la pratique des autorités administratives. C'était ouvrir toutes grandes les portes à l'instauration d'un régime légal parallèle sous la forme du droit international public.

Aujourd'hui, la Suisse ne peut plus décider, en modifiant sa Constitution, ce qui est justice et ce qui est injustice dans ce pays parce que le droit international est prétendument supérieur même au droit constitutionnel. Bref rappel historique:

- en 1975, soit un an seulement après la ratification de la CEDH, le Tribunal fédéral a donné rang constitutionnel aux garanties des droits de l'homme figurant dans cette convention.<sup>8</sup> Du point de vue actuel, cet arrêt remontant à 38 ans marque le début d'une jurisprudence au cours de laquelle le Tribunal fédéral a progressivement élevé la CEDH au niveau suprême du système législatif suisse.

- le point culminant de ce développement a été atteint avec l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 octobre 2012 dans le contexte de l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels (art. 121 al. 3-6 cst.), soit l'ATF 139 I 16 ss.<sup>9</sup> Les trois principales conclusions à tirer de ce jugement sont les suivantes:

---

<sup>8</sup> ATF 101 Ia 67 ss.

<sup>9</sup> Un Macédonien est entré en Suisse en novembre 1994 dans le cadre d'un regroupement familial et il a obtenu par la suite un permis d'établissement. En juin 2010, il a été condamné à 18 mois d'emprisonnement avec sursis pour violation qualifiée de la loi sur les stupéfiants. Sans y être contraint par une situation de détresse, le délinquant a participé à un trafic organisé de drogues, soit en particulier à la distribution d'environ un kilo d'héroïne, avait constaté le tribunal. Partant de cette décision, l'office de la migration du canton de Thurgovie a retiré le permis d'établissement et expulsé le Macédonien. Ce dernier a recouru au Tribunal fédéral qui devait donc décider si, dans le cas concret, le permis d'établissement pouvait être révoqué conformément à l'art. 63 de la loi sur les étrangers.



- **l'interprétation et l'application de la Constitution fédérale sont limitées par le cadre du droit international.**<sup>10</sup>
- **le droit international – même sa partie non impérative – a priorité sur la Constitution fédérale et les lois fédérales.**<sup>11</sup>

La priorité même du droit international non contraignant signifie principalement que la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont prioritaires par rapport à la Constitution fédérale. Il faut toutefois relever que ces explications du Tribunal fédéral n'avaient pas d'effet sur le jugement. En d'autres termes, elles étaient superflues. Elles visaient cependant à donner un signal clair, au Conseil fédéral, à l'administration et à la science.

- **le Tribunal fédéral a abandonné la souveraineté légale de la Suisse et transféré au droit international et aux tribunaux internationaux la responsabilité du régime légal suisse.**

Ce jugement du Tribunal fédéral a pour effet que la Suisse abandonne sa souveraineté légale. D'une part, la Constitution ne peut plus être modifiée moyennant des initiatives populaires concrètement formulées, donc en quelque sorte "de l'intérieur", parce que le texte concret d'une initiative peut être relativisé en se référant au principe de la proportionnalité et éventuellement au "contenu essen-

---

<sup>10</sup> Le Tribunal fédéral a, entre autres, examiné si l'art. 212 al. 3-6 cst. était immédiatement applicable. Il a relevé ce qui suit (trad.): "L'art 212 al. 3-6 n'est pas formulé de manière suffisamment claire pour motiver son applicabilité directe, d'autant moins que cette applicabilité serait en contradiction avec d'autres dispositions de la Constitution et du *droit international* (...) (mises en évidence ajoutées). Le Tribunal fédéral a également évoqué des "problèmes délicats au niveau de la Constitution et du droit international, car un système d'expulsion automatique, comme on pourrait le dériver d'une observation isolée de l'art. 121 al. 3-6, exclurait *l'examen de la proportionnalité exigé par le droit international* (mises en évidence ajoutées). Selon le Tribunal fédéral, l'énoncé de la disposition constitutionnelle provoque clairement une tension avec les valeurs reconnues par la Constitution fédérale et le droit international. Cet article constitutionnel exclut, toujours selon le TF, la pesée des intérêts que la CEDH impose à tout Etat démocratique et qui est également exigé par l'accord de libre circulation des personnes avec l'UE ainsi que la prise en compte dans le jugement des *circonstances particulières entourant chaque cas* (mises en évidence ajoutées). Puis, plus loin: "Si l'interprétation se heurte à une collision insurmontable des normes, le Tribunal fédéral est lié aux lois fédérales *et au droit international* (art. 190 cst.) (mises en évidence ajoutées).

<sup>11</sup> Le Tribunal fédéral relève encore ce qui suit (trad.): "Dans le cas d'un conflit de normes entre le droit international et une législation intervenant ultérieurement, la jurisprudence part du principe de la priorité du droit international. Est réservé, en application de la pratique 'Schubert', le cas où le législateur a explicitement accepté un conflit avec le droit international (...). En présence d'un authentique conflit de normes entre le droit fédéral et le droit international, *les engagements de droit international de la Suisse sont en principe prioritaires* (...). Ce principe vaut même pour des accords qui ne concernent pas les droits de l'homme et les droits fondamentaux (...). Cette priorité vaut également pour des lois fédérales entrées en vigueur ultérieurement, donc après la norme de droit international" (mises en évidence ajoutées). Puis, plus loin: "Le Tribunal fédéral (...) doit *continuer d'appliquer les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (cf. art. 190 cst.). Il peut, dans cette pesée des intérêts, tenir compte de la pondération des valeurs voulue par le constituant dans la mesure où celle-ci n'est pas en contradiction avec le droit superposé ou n'entre pas en conflit avec la marge d'interprétation que la CEDH accorde aux Etats signataires de la Convention dans l'application de leur politique de migration et des étrangers" (mises en évidence ajoutées).

tiel" des droits fondamentaux<sup>12</sup>, d'autre part, le Tribunal fédéral, arguant du droit international, expose la Suisse "à l'extérieur" à la dynamique et au développement du droit international sans que la Suisse ne puisse contrôler ces influences et sans que le droit international ne doive passer par la procédure législative et constitutionnelle démocratique que connaît la Suisse.

Enfin, cet arrêt du Tribunal fédéral confirme dans leur attitude les milieux sceptiques par rapport à une juridiction constitutionnelle: il n'est plus du tout question de cette retenue, dont devrait faire preuve le Tribunal fédéral en examinant des dispositions légales démocratiquement légitimés, retenue qu'invoquent pour- tant les partisans d'une juridiction constitutionnelle pour justifier leur position.

#### **4. Le droit international élimine les droits du peuple et notre conception démocratique de l'Etat**

La priorité du droit international a des effets particulièrement marqués sur un système politique démocratique comme celui de la Suisse. Elle élimine en effet les droits du peuple et le régime démocratique, soit en particulier la possibilité donnée aux citoyens d'influencer si nécessaire directement le régime légal par une initiative populaire ou un référendum afin de corriger le cap pris par le Conseil fédéral et le Parlement. Ces possibilités sont massivement réduites si le droit international passe avant le droit suisse comme le souhaitent le Conseil fédéral, l'administration, le Tribunal fédéral et la science du droit.

Ce sont notamment lesdits droits de l'homme protégés par des conventions, pactes, protocoles et déclarations au niveau international ainsi que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, ces dernières années, ont posé des problèmes dans l'application d'initiatives populaires fédérales approuvées par le peuple et les cantons. On peut mentionner les initiatives suivantes pour illustrer ce propos:

- initiative sur l'internement (art. 123a cst.),
- initiative sur l'imprescriptibilité (art. 123b cst.),
- initiative sur le renvoi (art. 121 Abs. 3-6 cst.),
- initiative sur les Alpes (Art. 84 cst.) dont l'application est entravée surtout par l'accord bilatéral Suisse-UE sur les transports terrestres.

S'agissant de l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels, le Conseil fédéral a soumis au Parlement un projet d'application qui reprend pour l'essentiel les termes du contreprojet expressément rejeté par le peuple et les cantons. L'arrêt mentionné plus haut du Tribunal fédéral du 12 octobre 2012 a sans doute conforté le Conseil fédéral dans son intention de ne pas appliquer cette initiative fédérale. Il était sans doute dans l'intention des juges fédéraux de soutenir la position du Conseil fédéral en s'exprimant longuement sur le rapport entre le droit international et l'initiative sur le renvoi, des digressions en fait inutiles dans ce contexte parce n'influençant pas le jugement concerné.

L'interdiction des minarets (art. 72 al. 3 cst.) ne pose certes pas de problèmes d'application parce que cette disposition constitutionnelle est directement appli-

---

<sup>12</sup> Cf. explications de l'ATF 139 I 16 E. 4.2.2, p. 24 s.

cable. On peut cependant prévoir que la Cour européenne des droits de l'homme sera appelée à vérifier si cette interdiction est compatible avec la CEDH. Le Conseil de l'Europe a d'ailleurs appelé la Suisse à lever l'interdiction des minarets. Dans le cas des minarets également, le droit international risque donc fort de restreindre l'application d'une disposition constitutionnelle approuvée par le peuple et les cantons.

Conclusion à tirer de ces exemples: on peut certes mettre au crédit du Parlement qu'il a jusqu'ici respecté les principes constitutionnel lors de l'examen de la validité des initiatives populaires en invalidant uniquement celles qui violent le droit international impératif (art. 139 al. 3 cst.). En revanche, lorsqu'il s'agit finalement d'appliquer les initiatives au niveau de la loi, le droit international, soit en particulier la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sont considérés comme des obstacles à une application complète.

Il est évident que le droit international est aujourd'hui considéré par de larges milieux de Suisse comme une autorité bienvenue pour museler le peuple. En plaçant le droit international d'une manière générale au-dessus du droit national, le Tribunal fédéral, l'administration et la science du droit ont rendu cette autorité inattaquable.

De nombreux citoyens ne comprennent pas pourquoi après presque chaque votation populaire les milieux politiques se disputent pour savoir si ce qui vient d'être approuvé peut être appliqué. Certaines initiatives sont formulées de manière ouverte et programmatique, si bien que les problèmes d'application sont prévisibles et même inévitables. En revanche, pourquoi ne peut-on pas appliquer une initiative qui définit précisément dans quel cas un délinquant doit être expulsé de Suisse? Pourquoi votons-nous si la nouvelle disposition constitutionnelle que nous avons approuvée n'est pas traduite en pratique?

"Le conflit entre le droit national et le droit international (...) doit être résolu. Toutefois, les règles de cette solution et les limites de la participation politique du peuple ne peuvent être fixées par un petit groupe de politiciens et de juristes, mais elles doivent faire l'objet d'un choix des citoyennes et des citoyens" (trad.).<sup>13</sup>

La contradiction entre les limites étroites d'une initiative populaire (qui ne viole pas le droit international impératif) et l'observation complète du droit international (également de sa partie non impérative, soit en particulier la CEDH et les accords bilatéraux), lors de la mise en œuvre des initiatives populaires est critiquée de toutes parts. Le Conseil fédéral souhaite résoudre cette problématique en multipliant les motifs d'invalidation d'une initiative. En particulier, il veut que la "teneur essentielle des droits fondamentaux" ne soit pas restreinte<sup>14</sup>. Le Parlement deviendrait ainsi une sorte de cour constitutionnelle dotée d'une compétence d'appréciation énorme.

---

<sup>13</sup> KATHARINA FONTANA, Freigeistig statt Obrigkeitsgläubig, NZZ du 6 juillet 2013, no 154, p. 23.

<sup>14</sup> Voir à ce sujet la procédure de consultation concernant les mesures à prendre en faveur d'une meilleure compatibilité du droit international et du droit d'initiative: examen matériel préalable des initiatives populaires et limitation matérielle des révisions constitutionnelles par la teneur essentielle des droits fondamentaux (janvier 2013).

On peut partir du principe que le Parlement, le Conseil fédéral, l'administration, le Tribunal fédéral et la science du droit seront d'accord pour constater que la CEDH et les autres pactes, conventions et déclarations internationaux sont l'expression de la teneur essentielle des droits fondamentaux de la Constitution fédérale suisse. Mais au lieu d'étendre ainsi la liste des motifs d'invalidation d'initiatives, il serait plus utile de veiller à ce que la Constitution fédérale soit superposée au droit international non impératif afin que les initiatives approuvées par le peuple et les cantons soient immédiatement et complètement appliquées.

## **5. Sous le titre de la "protection des droits de l'homme", le droit international règle la vie sociale et l'Etat social en Suisse**

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, le droit international est devenu le moteur principal du développement des droits de l'homme. Il a ainsi offert une aide au développement juridique à des pays où les droits de l'homme étaient insuffisamment respectés, ce qu'il faut saluer.

"L'idée des droits de l'homme est en première place des valeurs marquant le droit international actuel. Depuis 1945, les droits de l'homme sont devenus le programme fondamental de la communauté des nations. L'ensemble du droit international devra de plus en plus y répondre."<sup>15</sup>

La protection actuelle des droits de l'homme n'a plus grand-chose en commun avec la justification philosophique originelle des droits de l'homme, à savoir la dignité et l'autodétermination de l'individu. Cette protection des droits de l'homme dépasse largement la conception libérale des droits de la liberté comme le droit de défense face à un Etat tout-puissant. Dans des Etats comme la Suisse, qui défendent depuis des décennies, voire des siècles de leur propre initiative et de leur propre force les droits de l'homme et qui les ont adaptés en permanence aux nouvelles menaces, la protection des droits de l'homme découlant de conventions et d'organisations internationales a conduit à des excès et à des prétentions exagérées à l'égard de l'Etat. Etat signataire de la CEDH et partant du principe d'une priorité générale du droit international sur le droit national, la Suisse est tout particulièrement exposée à ce développement soutenu surtout par la Cour européenne des droits de l'homme.

Les droits de l'homme servent de référence à presque toutes les questions touchant à la vie en société: aide sociale, droit de séjour, regroupement familial, égalité de traitement des sexes, protection des travailleurs, cohabitation de différentes religions, santé, formation, surveillance d'internet, etc. La notion et la conception des droits de l'homme subissent une évolution inflationniste. Malheureusement, la politique et la science ont omis jusqu'ici de s'interroger de manière critique sur le sens et les limites de la protection des droits de l'homme.

Selon la conception de la Cour européenne des droits de l'homme, la protection des droits de l'homme comprend notamment les points suivants:

---

<sup>15</sup> BARDO FASSBENDER, Das Völkerrecht als Ordnung des Westens, NZZ du 15 juillet 2013, no 161, p. 13.

- le droit de se faire payer par l'Etat un changement de sexe;<sup>16</sup>
- la constitution d'une association ayant un objectif contraire à la loi;<sup>17</sup>
- le droit des citoyens à une réglementation légale expresse de l'assistance au suicide, car, affirme la Cour européenne, les incertitudes légales qui planent actuellement sur ce domaine provoquent une peine mentale considérable qui équivaut à une violation de la sphère privée.<sup>18</sup>

Il va de soi que la Cour européenne ne se préoccupe absolument pas des coûts que ses décisions occasionnent aux Etats et collectivités. Ces juges échappent en effet au contrôle démocratique sous la forme d'une élection par les citoyens qui doivent financer leur Etat.

## **6. Adhésion en cachette à l'UE: la Suisse reprend de plus en plus de droit UE et abandonne sa souveraineté légale à l'UE**

Bien que la Suisse ne soit pas membre de l'UE et que l'adhésion à l'UE ait été refusée, elle reprend de plus en plus de droit UE. Selon des estimations, 30 à 50% de l'ensemble du droit fédéral sont aujourd'hui influencé par le droit UE.<sup>19</sup> Le droit suisse s'aligne sur le droit UE de manière presque imperceptible, par petites étapes, peu spectaculaires individuellement. En 1998 déjà, le Conseil fédéral admettait que l'activité législative de la Confédération était marquée par le "réflexe européen".<sup>20</sup>

Cette adaptation au droit UE passe en partie par des traités d'Etat entre la Suisse et l'UE, lesdits accords bilatéraux. Ces textes ont été approuvés par le Parlement et, en partie, également par le peuple. L'idée, selon laquelle les deux parties auraient mis au point dans ces cas des réglementations convenant au deux, n'est cependant qu'une illusion. En réalité, il s'agit d'une reprise unilatérale du droit UE par la Suisse, donc d'une subordination volontaire à du droit étranger.

Quelques accords bilatéraux ont été développés par un comité commun Suisse/UE. C'est, par exemple, le cas pour l'accord Schengen/Dublin. Le résultat final est cependant que le droit suisse est adapté en permanence au droit UE avec, en règle générale, l'unique approbation du Conseil fédéral.

La Suisse reprend aussi sans obligation contractuelle des prescriptions du droit UE (ladite adaptation facultative du droit suisse). Par exemple, elle a adapté la protection des travailleurs et des consommateurs en fonction des directives correspondantes de l'UE.

<sup>16</sup> Arrêt de la CEDH du 8 janvier 2009; affaire Schlumpf c. Suisse; requête n° 29002/06.

<sup>17</sup> Arrêt de la CEDH du 11 octobre 2011; affaire Rhino and Others v. Switzerland; requête n° 48848/07.

<sup>18</sup> Arrêt de la CEDH du 14 mai 2013; Case of Gross v. Switzerland; application no. 67810/10. La Suisse a demandé une reconsidération du jugement par la Grande Chambre de la Cour européenne. On attend la décision de celle-ci.

<sup>19</sup> MATTHIAS OESCH, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, dans: Kleinere Staaten innerhalb und ausserhalb der EU, 2011, chez Fn. 112.

<sup>20</sup> Cf. note chez OESCH, loc. cit., Fn. 114.

Lorsque la Suisse reprend du droit UE par le biais d'un accord bilatéral ou de manière autonome, le Tribunal fédéral interprète ensuite ce droit de manière "conforme au droit européen". Cela peut signifier que le TF reconnaît le développement du droit UE comme contraignant pour la Suisse, bien que ces développements ne soient intervenus qu'*après* la reprise du droit UE correspondant – qu'il s'agisse de modifications de décrets (directives, ordonnances) ou de modifications de la jurisprudence de la CJUE.<sup>21</sup> Le professeur Daniel Thürer a donc relevé ce qui suit (trad.): "Le point de vue de l'ouverture à l'égard de l'Europe comme argument de droit, que j'ai postulé il y a quelques années déjà, a été de plus en plus fréquemment pratiqué par le Tribunal fédéral."<sup>22</sup>

Ce développement est surtout problématique parce que les décisions de s'adapter dans certains domaines au droit UE ou à un autre droit international ne sont en général plus remises en question et que l'adaptation au développement de ce droit se fait en règle générale automatiquement par la suite.

L'adaptation automatique du droit suisse au droit international signifie de fait que la compétence législative correspondante est déléguée à l'étranger et que la souveraineté législative nationale est abandonnée.

Dans certains domaines, l'adaptation du droit suisse au droit UE ou à d'autres droits internationaux est raisonnable ou du moins n'est-elle pas nocive. Mais si la Suisse s'adapte dans tous les domaines au droit UE, elle renonce à la possibilité de conserver ou de se doter d'un régime légal plus efficace que les régimes étrangers. Le droit UE comprend une multitude de dispositions réglant la vie privée des gens et les activités économiques. Il est marqué par une protection unilatérale des travailleurs, des investisseurs, des consommateurs, etc. sans se préoccuper des coûts occasionnés par ces interventions. Le droit international est marqué par la conviction naïve que tout peut être réglé par des lois et contrôlé par les autorités. Cette culture législative et politique est étrangère à la Suisse. Pourquoi la Suisse, tellement plus performante dans de nombreux domaines que l'UE, devrait-elle précisément reprendre le droit UE?

Pourquoi la Suisse devrait-elle même reprendre automatiquement du droit étranger, comme l'exige l'UE dans le cadre des discussions sur lesdites "questions institutionnelles", donc donner son aval par avance à toutes les modifications légales adoptées par l'UE?

Si la Suisse veut sauvegarder son régime libéral approuvé par ses citoyennes et ses citoyens, donc voulu par ceux-ci, elle doit à l'avenir mieux contrôler et limiter

---

<sup>21</sup> Cf. avec la totalité de l'ATF 137 III 199 E. 4.3.1., p. 208. Le Tribunal fédéral a interprété de manière extensive le regroupement familial selon l'accord de libre circulation des personnes en tenant compte d'une modification de la jurisprudence de la CJUE intervenue *après* la signature de l'accord par la Suisse, renonçant du même coup à sa jurisprudence valable jusque là. Selon le TF, on ne voit pas de motifs pertinents justifiant la présence de deux réglementations de la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne et dans les rapports de celle-ci avec la Suisse. L'intérêt à une situation juridique parallèle et à l'existence d'un espace de libre circulation des personnes aussi uniforme que possible est prépondérant (trad.)." (ATF 136 II 5 E. 3.6.2, p. 16).

<sup>22</sup> DANIEL THÜRER, avis de droit [à l'intention du Conseil fédéral] sur les formes possibles d'application des accords bilatéraux, 7 juillet 2011, p. 14.

la reprise de droit UE et elle ne doit surtout pas reprendre automatiquement ce droit.

L'objectif de l'UE est l'union de plus en plus étroite des peuples européens (selon le préambule du traité UE). Ce n'est là nullement un objectif de la Confédération suisse. Celle-ci doit donc s'abstenir de reprendre du droit UE sans raison objectivement contraignante.

## **7. Le droit international n'est pas démocratique: les grandes puissances, les organisations internationales et les experts déterminent le droit international, donc aussi le droit suisse**

Une grande partie du droit international, qui influence aujourd'hui le droit suisse, provient d'organisations, d'autorités et de tribunaux internationaux, de rencontres ministérielles, de grandes puissances et d'experts agissant dans les organisations, autorités et tribunaux internationaux et entretenant soigneusement leur réseau mondial.

Rares sont les acteurs de ce domaine à pouvoir faire état d'une légitimité démocratique (élection directe ou par un organe élu à cet effet). Loin des problèmes et des besoins réels des citoyens des Etats individuels et des entreprises, un petit cercle de politiciens professionnels et de technocrates téléguident l'expansion du droit international et sa pénétration dans les compétences des Etats individuels ainsi que dans un nombre croissant de secteurs de la vie sociale.

Il est évident que les créateurs de ce droit international ne supporteront jamais les conséquences de leurs activités. Ils n'ont pas à se présenter devant des électeurs. Leur réaction aux déficiences et échecs consiste à multiplier les règles de droit international: des prescriptions et standards encore plus sévères, des interventions encore plus profondes dans la souveraineté des Etats et la liberté des individus.

## **II. Défis et objectifs: comment la Suisse peut-elle reprendre le contrôle de son droit?**

La Suisse appartient à la communauté internationale des Etats. Elle a depuis toujours entretenu des échanges avec les autres peuples et pays. Les traités d'Etat jouent donc un rôle important pour la Suisse. Petit Etat sans puissance militaire, mais envié par beaucoup d'autres pays, la Suisse, ses citoyens et ses entreprises ont absolument besoin que les autres Etats respectent ces accords.

Il faut cependant éviter que des traités d'Etat, soit en particulier le droit international public créé par les organisations, autorités et tribunaux internationaux, restreignent inutilement la Suisse dans ses propres affaires. Il n'est pas acceptable que le droit international soit interprété – ni par les tribunaux et autorités suisses, ni par les organes correspondants étrangers – de manière à ce que la Suisse perde sa souveraineté dans la réglementation légale d'affaires purement intérieures. L'éviction progressive de notre propre droit par le droit international, donc étranger, est contraire à notre conception de la souveraineté et mine notre système politique démocratique. Par cette adaptation constante, mais en cachette de notre système juridique au droit international, nous cédon des avantages déterminants dont nous disposons pour créer des conditions-cadres attractives qui assurent notre prospérité et notre sécurité.

Les questions suivantes se posent concrètement:

### **1. Comment garantir que la Constitution fédérale demeure le droit suprême en Suisse et que les droits populaires soient conservés?**

La Constitution fédérale est le régime légal que le peuple et les cantons se sont donné. Elle est à la tête du système légal suisse. Le Parlement, le Conseil fédéral, l'administration et les tribunaux doivent, dans l'accomplissement de leurs tâches, s'en tenir en premier lieu à la Constitution et aux lois édictées par le Parlement.

Les citoyens doivent avoir la possibilité de modifier, par le biais d'une initiative populaire, la Constitution selon leurs idées et sans être restreints dans leurs droits par le droit international ou par la menace de violer le droit international avec leur initiative. Le libre exercice du droit d'initiative doit être protégé par la conviction que ce droit est un important instrument de contrôle du Parlement et du Conseil fédéral et que ce système démocratique a apporté prospérité, liberté, sécurité et finances publiques saines à notre pays.

Les initiatives populaires approuvées par le peuple et les cantons doivent être appliquées et imposées par le Parlement, le Conseil fédéral, l'administration et les tribunaux. Les citoyens doivent pouvoir partir de l'idée que les modifications constitutionnelles, sur lesquelles ils ont voté et qu'ils ont approuvées, soient effectivement mises en vigueur par la suite.

Pour atteindre cet objectif, **la primauté de la Constitution fédérale par rapport au droit international** doit être inscrite dans la Constitution sous réserve



du droit international impératif. Le droit international impératif doit être l'unique limite matérielle à une modification constitutionnelle.

Voir à ce sujet les propositions no 1 et no 2 ci-dessous (III, à chaque fois sous A. et B.).

## **2. Comment empêcher une internationalisation et une européanisation dissimulées et rampantes du droit suisse?**

Comment éviter que la Suisse perde le contrôle de son droit et qu'elle soit contrainte de reprendre un droit mis en place par des organisations, autorités et tribunaux internationaux ou imposé par une interprétation dynamique de ce droit (droit UE, directives OCDE, décisions des Etats G-20, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, etc.)?

Comment empêcher que le Parlement, le Conseil fédéral, l'administration et le Tribunal fédéral adaptent sans se faire remarquer et par petits pas le droit suisse au droit international alors que le peuple ne peut pas se prononcer sur cette internationalisation rampante du droit national?

Comment stopper le programme de politique extérieure visant l'intégration de la Suisse dans l'UE et dans un cadre légal européen?

Réponse: toute adaptation du droit suisse au droit international **doit faire l'objet d'une disposition constitutionnelle, d'une loi ou d'un traité d'Etat soumis au référendum.**

Voir à ce sujet la proposition no 3 ci-dessous (III, à chaque fois sous A. et B.).

## **3. Comment garantir que la Suisse et des personnes de Suisse ne soient pas soumises à des tribunaux internationaux qui sont partiaux et qui appliquent un droit étranger?**

Le risque est grand que, sous la pression de l'UE, la Suisse se soumette à un tribunal UE, donc à un tribunal composé de manière unilatérale et partial et que ce tribunal applique et développe les accords bilatéraux avec l'intention de les adapter au droit UE. La "solution CJUE" proposée par le conseiller fédéral Didier Burkhalter dans le contexte des "questions institutionnelles" discutées actuellement constituerait une telle soumission à un tribunal partial qui, de surcroît, peut, moyennant sa "jurisprudence dynamique", développer constamment le droit sur lequel se fondent ses jugements.

Si la Suisse se soumet à un tribunal international, **cette cour doit être indépendante et appliquer le droit tel qu'il était valable à l'origine.**

Voir à ce sujet la proposition no 4 ci-dessous (III, à chaque fois sous A. et B.).

#### 4. Comment régler clairement et raisonnablement les contradictions entre le droit national et le droit international?

La situation peu claire concernant le rang qu'occupe le droit international dans le système juridique suisse a favorisé un développement qui a fini par donner la priorité au droit international par rapport au droit suisse. Ce développement doit être corrigé par des règles claires inscrites dans la Constitution fédérale.

Trois principes simples et facilement compréhensibles peuvent régler l'harmonie du droit national et du droit international tout en clarifiant définitivement cette situation:

1. la **Constitution** est la source suprême du droit suisse et elle **prime le droit international** sous réserve du droit international impératif.
2. des **lois plus récentes** priment des **traités d'Etats plus anciens**. Inversement, des **traités d'Etat plus récents** priment des **lois plus anciennes**, mais uniquement si le traité d'Etat a été soumis au référendum.
3. les contradictions entre le droit national et le droit international sont réglés de la manière suivante: (i) en cas de priorité du droit national, **les traités d'Etat concernés doivent être renégociés ou, si nécessaire, résiliés**; (ii) en cas de priorité du droit international, le **droit national** doit être **adapté au traité d'Etat** contradictoire.

Voir à ce sujet la proposition no 5 ci-dessous (III, à chaque fois sous A. et B.).

### **III. Propositions de modification de la Constitution fédérale**

#### **A. Dispositions constitutionnelles proposées**

##### **1. La Constitution prime le droit international**

*Art. 5 al. 1* Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit

Le droit est à la base et la limite de l'activité de l'Etat. *La Constitution fédérale est la source suprême du droit de la Confédération suisse. Elle prime le droit international sous réserve des dispositions impératives du droit international.*

*Art. 5 al. 4*

*Biffer: "La Confédération et les cantons respectent le droit international."*

##### **2. La réserve du droit international impératif**

###### **2.1 Variante 1: pas de réserve du droit international impératif**

*Art. 139* Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution

<sup>3</sup> *Lorsque une initiative populaire viole le principe de l'unité de la forme ou de la matière, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.*

*Art. 193* Révision totale

<sup>4</sup> *Biffer*

*Art. 194* Révision partielle

<sup>2</sup> *La révision partielle doit respecter le principe de l'unité de la matière.*

###### **2.2 Variante 2: énumération exhaustive restreinte des dispositions impératives du droit international**

*Art. 139* Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution

<sup>3bis</sup> *(Nouveau)* Sont considérées de manière exhaustive comme dispositions impératives du droit international dans le sens de la Constitution fédérale et avec la signification qui leur revient lors de l'entrée en vigueur des dispositions présentes:

- a. l'interdiction d'une guerre d'agression et l'interdiction de la violence;
- b. le principe de l'égalité des Etats;
- c. les interdictions du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre;
- d. les interdictions de l'homicide arbitraire, de l'esclavage et du servage;
- e. le principe selon lequel personne ne peut être condamné pour une action ou une omission qui n'était pas punissable au moment où elle a été commise.

### **2.3 Variante 3: Description générale du droit international impératif**

*Art. 139* Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution

<sup>3bis</sup> (*nouveau*) Sont considérées comme impératives les dispositions du droit international, qui étaient contraignantes pour tous les Etats au moment de l'entrée en vigueur de la présente disposition, dont il n'est pas permis de s'écarter et qui ne peuvent être modifiées ultérieurement que par une norme de même nature juridique.

### **2.4 Variante 4: énumération exhaustive étendue des dispositions impératives du droit international**

*Art. 139* Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution

<sup>3bis</sup> (*Nouveau*) Sont considérées de manière exhaustive comme dispositions impératives du droit international dans le sens de la Constitution fédérale et avec la signification qui leur revient lors de l'entrée en vigueur des dispositions présentes:

- a. l'interdiction d'une guerre d'agression et l'interdiction de la violence;
- b. le principe de l'égalité des Etats et de l'autodétermination;
- c. les interdictions du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre;
- d. les interdictions de l'homicide arbitraire, de la torture, de l'esclavage, du servage et du travail forcé;
- e. le principe selon lequel personne ne peut être condamné pour une action ou une omission qui n'était pas punissable au moment où elle a été commise;
- f. l'interdiction de l'expulsion de personnes dans un Etat où elles sont menacées de tortures ou d'autres traitements ou punitions cruels et inhumains;
- g. les dispositions humanitaires fondamentales du droit international.

### **3. Le droit suisse n'est adapté au droit international que si la Constitution, une loi ou un traité d'Etats soumis au référendum le prévoient**

*Art. 147a* (*Nouveau*) Adaptation du droit par les autorités fédérales

<sup>1</sup> L'adaptation du droit national ou de l'interprétation de traités de droit international liant la Suisse au droit international, au droit étranger ou à des normes ou annonces d'autorités et organisations étrangères ou internationales doit être prévue par la Constitution, par une loi fédérale ou par un traité de droit international dont la décision d'approbation a été soumise au référendum.

<sup>2</sup> L'Assemblée fédérale ne peut transférer cette compétence législative ou décisionnelle que si elle se limite à un domaine concret clairement défini ou si la loi fédérale concernée ou le traité de droit international concerné comporte elle-même ou lui-même les dispositions importantes.

**4. La Suisse ne reconnaît pas de décisions d'un tribunal international qui n'est pas indépendant et impartial et qui n'applique pas le droit tel qu'il valait à l'origine**

*Art. 189a (nouveau) Décisions d'autorités internationales*

Aucune décision d'une autorité internationale, qui a été instituée par un traité de droit international liant la Suisse ou une organisation internationale, n'autorise ou n'engage juridiquement ou dans les faits des personnes en Suisse, la Confédération ou les cantons si les conditions suivantes ne sont pas remplies:

- a. cette autorité est indépendante et impartiale.
- b. cette autorité applique le droit convenu par le traité de droit international ou valable dans l'organisation internationale et cela de la manière dont ce droit était applicable lorsqu'il est entré en vigueur en Suisse.

**5. La Constitution et les lois fédérales ont la primauté sur des traités d'Etat qui les contredisent; ces derniers devront être renégociés ou résiliés. Un traité d'Etat soumis au référendum qui a été approuvé après l'entrée en vigueur d'une loi fédérale a cependant la priorité sur cette dernière.**

*Art. 184 Relations avec l'étranger*

<sup>2</sup> Il [le Conseil fédéral] signe les traités et les ratifie. Il les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale. *Il renégocie ou résilie les traités de droit international, qui sont en contradiction avec la Constitution fédérale ou une loi fédérale; si un traité de droit international, dont la décision d'approbation a été soumise au référendum, a été approuvé par l'Assemblée fédérale après l'adoption d'une loi fédérale, l'Assemblée fédérale adapte cette loi.*

*Art. 190 Droit applicable et application du droit*

<sup>1</sup> Les lois fédérales *et les traités de droit international, dont la décision d'approbation était soumise au référendum, sont déterminants pour le Tribunal fédéral et les autres autorités appliquant le droit.*

<sup>2</sup> *(nouveau)* Les lois fédérales priment le droit international sauf si un traité de droit international, dont la décision d'approbation était soumise au référendum, a été approuvé par l'Assemblée fédérale après l'approbation d'une loi fédérale.

**B. Explication des dispositions constitutionnelles proposées**

**1. Art. 5 al. 1 et 4 (primauté de la Constitution fédérale par rapport au droit international)**

**1.1 La Constitution, source suprême du droit (art. 5 al. 1)**

Les phrases 2 et 3 proposées à l'art. 5 al. 1 cst. statuent la primauté de la Constitution fédérale par rapport au droit international (par rapport au droit international primaire et secondaire, par rapport aux traités d'Etat, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit). Demeurent réservées les disposi-

tions impératives du droit international. Cette hiérarchie est conforme à la Constitution actuellement en vigueur en ce sens que les dispositions impératives du droit international constituent la seule limite matérielle d'une modification constitutionnelle (art. 139 al. 3 cst.).

Le nouvel article 5 al. 1 cst. précise de surcroît que la priorité de la Constitution fédérale sur le droit international est un principe général réglant les rapports entre la Constitution fédérale et le droit international. Cela signifie notamment que

(i) les initiatives populaires approuvées par le peuple et les cantons doivent être appliquées et imposées même si elles contredisent des dispositions non impératives du droit international;

(ii) le Conseil fédéral ne peut conclure des traités de droit international et l'Assemblée fédérale ne peut approuver des traités qui contredisent la Constitution fédérale.

Les "dispositions impératives du droit international" au sens de l'art. 5 al. 1 phrase 3 cst. sont définies dans le projet d'article 139 al. 3<sup>bis</sup> cst. (à l'exception de la variante dans laquelle le droit international impératif n'est pas réservé; cf. à ce sujet III./A./2.).

## **1.2 "Respect" du droit international (art. 5 al. 4)**

L'art. 5 al. 4 cst. ("La Confédération et les cantons respectent le droit international.") doit être biffé. L'objectif est de supprimer une disposition parmi d'autres dont est dérivée la primauté du droit international sur le droit suisse (bien qu'en réalité cet énoncé ne permette pas une telle conclusion).<sup>23</sup>

Un autre objectif de la suppression de l'art. 5 al. 4 cst. est d'empêcher que l'on déduise de cette disposition le postulat général selon lequel l'ordre juridique suisse doit s'aligner sur le droit international dans le sens d'une ligne directrice donnée au Parlement, au Conseil fédéral, à l'administration et aux tribunaux.

La suppression de l'art. 5 al. 4 cst. ne signifie pas que la Suisse ne doit plus observer ou appliquer le droit international dans la mesure où ce droit la lie. Le droit international fait partie du droit au sens de l'art. 5 al. 1 cst. ("Le droit est à la base et la limite de l'activité de l'Etat.").<sup>24</sup> L'art. 5 al. 1 cst. ne dit cependant rien concernant le rang du droit international dans notre système juridique et sur ce qui doit être observé en cas de conflit entre le droit national et le droit international. Les réponses à ces questions se trouvent dans les dispositions constitutionnelles nouvelles qui doivent être ajoutées à la Constitution actuelle.

---

<sup>23</sup> Cf. rapport du Conseil fédéral "Le rapport entre le droit international et le droit national", FF 2010, p. 2263 ss., 2305 (avec référence au message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 concernant une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 134), cf. aussi p. 2328; ATF 139 I 16 E. 4.3.2, p. 26, et E. 5.1, p. 29.

<sup>24</sup> Cf. par exemple ROGER NOBS, *Volksinitiative und Völkerrecht. Eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht*, Zurich/St-Gall 2006, p. 237.

## **2. Art. 139, 193 et 194 (droit international impératif)**

Selon l'UDC, le droit international impératif est l'unique réserve acceptable contre la primauté de la Constitution fédérale. Selon l'art. 139 al. 3 cst., l'Assemblée fédérale déclare partiellement ou totalement nulle une initiative populaire si elle viole "des dispositions impératives du droit international". Quatre variantes sont mises en discussion dans ce document de fond quant à cette limite matérielle imposée aux modifications constitutionnelles:

### **2.1 Variante 1: pas de réserve du droit international impératif**

La réserve des dispositions impératives du droit international en tant que limite à une modification constitutionnelle est en principe admise. Cependant, compte tenu de la priorité générale du droit international sur le droit national voulue par l'administration, la justice et la science du droit, il y a un danger concret à ce que la limite du "droit international impératif" soit déplacée et que l'interprétation soit élargie avec pour conséquence que le droit d'initiative, donc la possibilité donnée au peuple et aux cantons de modifier la Constitution, soit de plus en plus restreint.<sup>25</sup>

Les milieux, qui souhaitent soumettre la Suisse le plus largement possible au droit international, ont bien compris que la réserve du droit international impératif constitue pour eux un critère bienvenu: si la notion du droit international impératif est définie, puis interprétée de manière extensive et autonome par le Parlement, le Tribunal fédéral et la science du droit, une large primauté du droit international pourra également être justifiée par ce biais.

Pour ces raisons – et non pas parce que l'UDC refuse que la Suisse s'en tienne au droit international impératif admis au moment de la votation populaire sur la nouvelle Constitution (1999) – la suppression de la réserve en faveur du droit international impératif doit être mise en discussion.

### **2.2 Variante 2: énumération exhaustive restreinte des dispositions impératives du droit international**

En raison du risque d'une extension du "droit international impératif" par le Parlement, le Tribunal fédéral et la science du droit, il est proposé dans les variantes 2 et 4 de définir le droit international impératif par une énumération exhaustive de ses dispositions.

La liste proposée selon la variante 2 a été volontairement limitée à l'essentiel. Elle se fonde sur les états de fait constitutifs selon le droit pénal international. Cette énumération est exhaustive. Une interprétation autonome ou un développement dynamique des états de fait constitutifs est exclu.

---

<sup>25</sup> Cf. les indications figurant dans le rapport du Conseil fédéral "Le rapport entre le droit international et le droit national", FF 2010, p. 2263 ss., 2330 et chez HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8<sup>e</sup> édition, Zurich 2012, N. 1756a et 1800c.

### **2.3 Variante 3: définition générale du droit international impératif**

La troisième variante consiste en une définition générale, mais aussi précise que possible, du droit international impératif dans la Constitution. La formulation proposée s'inspire de la Convention de Vienne sur le droit contractuel<sup>26</sup> – un traité d'Etat sur les traités d'Etat – tout en adoptant une forme plus restrictive: on ne se réfère pas à la communauté internationale des Etats, une notion trop vague, mais à la concordance de tous les Etats. De plus, cette disposition précise qu'il y a lieu de se référer au droit international impératif en vigueur au moment de son acceptation dans le but d'éviter que le cercle des dispositions impératives du droit international soit élargi par des interprétations ultérieures.

### **2.4 Variante 4: énumération exhaustive étendue des dispositions impératives du droit international**

La variante 4 contient tout comme la variante 2 une énumération exhaustive des dispositions impératives du droit international impératif, mais la liste est plus complète: elle est conforme aux dispositions qui, en 1999 lors de la votation sur la nouvelle Constitution fédérale, étaient comprises comme du droit international impératif.

Comme la notion générale de droit international impératif, une liste aussi complète comporte le risque de voir le Parlement, le Tribunal fédéral et la science du droit interpréter plus largement les différents interdits. On peut par exemple songer à l'expulsion d'une personne dans un pays où elle serait contrainte d'effectuer du service civil, soit une forme de "travail forcé". Le risque d'une interprétation toujours plus extensive du "droit international impératif" ne serait pas réduit par l'énumération de toutes les normes qui sont mentionnées au titre du droit international impératif; bien au contraire, il serait agrandi. Cette variante d'une liste plus complète est néanmoins mise en discussion ici.

## **3. Art. 147a (adaptation au droit international)**

En vertu de l'art. 147a proposé, toutes les autorités de la Confédération ne peuvent adapter le droit suisse ou la pratique juridique suisse au droit international que si la Constitution, une loi fédérale ou un traité d'Etat soumis au référendum facultatif le prévoient. Cette disposition s'oppose à une internationalisation en cachette, rampante et ne reposant pas sur une base démocratique suffisante du droit suisse et, plus particulièrement, à l'eupéanisation du droit national. Elle n'exclut pas l'adaptation du droit suisse au droit international, mais elle exige que la délégation de compétences juridiques aux parties d'un traité d'Etat ou à des autorités et organisations internationales passe par une procédure législative. L'internationalisation du droit suisse doit, dans la mesure où la politique la souhaite, être transparente et se dérouler selon les principes de la démocratie.

---

<sup>26</sup> Selon l'art. 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit contractuel (RS 0.111), une norme impérative du droit international public est une "norme acceptée et reconnue par la totalité de la communauté des Etats en tant que norme dont on ne peut plus s'écarter et qui ne peut être modifiée que par une norme ultérieure du droit international général ayant la même nature juridique" (trad.).



Cette exigence s'adresse à toutes les autorités fédérales: premièrement, à l'Assemblée fédérale, deuxièmement au Conseil fédéral et à l'administration fédérale et, troisièmement, au Tribunal fédéral et d'autres autorités judiciaires. Ce principe est exprimé de manière hiérarchique à l'art. 147a dans les "Dispositions générales" (titre du premier chapitre) concernant les "autorités fédérales" (titre du 5<sup>e</sup> chapitre).

Cette exigence s'adresse aux autorités dans l'exercice de leurs activités et fonctions, soit principalement: à l'Assemblée fédérale lorsqu'elle édicte des lois; au Conseil fédéral et l'administration fédérale lorsqu'ils édictent des ordonnances, directives, instructions, etc.; au Tribunal fédéral lorsqu'il applique le droit national ou international et qu'il interprète et développe ses dispositions dans le cadre de sa fonction judiciaire.

Faute d'une base constitutionnelle, légale ou donnée par un traité d'Etat, la disposition proposée interdirait au Tribunal fédéral, contrairement à sa pratique actuelle, d'interpréter la loi sur les étrangers dans la perspective d'une adaptation à l'accord de libre circulation des personnes et, ce dernier accord, dans la perspective d'une adaptation à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Tribunal fédéral devrait interpréter et appliquer à nouveau la loi sur les étrangers comme une loi ordinaire suisse. Partant du même raisonnement, le Tribunal fédéral ne pourrait plus interpréter les dispositions de la Constitution fédérale (comme par exemple, l'article issu de l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels) et apprécier la question de la proportionnalité d'une restriction du droit dans la perspective d'une adaptation à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges de Lausanne seraient contraints d'interpréter et d'appliquer à nouveau les dispositions constitutionnelles concernées comme du droit constitutionnel suisse.

Si, par exemple, l'OCDE publie une nouvelle directive ou un nouveau commentaire concernant une directive existante, la disposition proposée n'exclut pas l'adaptation du droit suisse à cette directive. L'art. 147a cst. exigerait cependant que l'adaptation passe par l'adoption d'une loi fédérale et non pas seulement par une ordonnance du Conseil fédéral ou par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

La compétence législative et décisionnelle correspondante de l'administration fédérale ne peut être déléguée au Conseil fédéral selon l'art. 147a al. 2 cst. que si elle est limitée à un domaine concret précisément défini et si la loi fédérale concernée ou le traité de droit international concerné contient directement les dispositions importantes. Cela signifie que la loi ne peut pas autoriser le Conseil fédéral et, partant, un département fédéral à régler un certain domaine par une ordonnance, si bien que le Conseil fédéral édicte par la suite une ordonnance qui reprend le droit UE. Une telle adaptation du droit devrait, au niveau des dispositions importantes, avoir lieu directement dans la loi (au sens de l'art. 164 al. 1 cst.), l'objet et l'étendue de la délégation au Conseil fédéral devraient être clairement décrits. Le même principe vaut pour les traités d'Etat.

Un traité d'Etat, par lequel la Suisse s'engage à reprendre automatiquement, donc sans négociation entre les parties, un nouveau droit, ne serait possible que dans des limites étroites de l'article constitutionnel proposé: le nouveau droit repris par la Suisse devrait se limiter au domaine concret concerné par le traité

d'Etat et il ne permettrait en aucun cas de justifier de nouveaux droits ou obligations de personnes (cf. art. 164 al. 1 cst.).

Par "traité de droit international dont la décision d'approbation était soumise au référendum", il faut entendre ici, tout comme dans les autres articles constitutionnels proposés, un traité d'Etat pour lequel est prévu un référendum obligatoire selon l'art. 140 al. 1 ch. 1 cst. ou selon la pratique des autorités fédérales ou pour lequel un référendum facultatif est prévu selon l'art. 141 al. 1 lt. d cst. *Pour mémoire*: la CEDH n'était pas soumise au référendum; le fait qu'elle n'était pas soumise au référendum selon le droit de l'époque ne change rien au principe.

#### **4. Art. 189a (décisions des tribunaux ou autorités internationaux)**

Le projet d'article 189a cst. vise à empêcher que la Suisse se soumette à une juridiction unilatérale UE dans le cadre des négociations avec l'UE sur lesdites "questions institutionnelles" et qu'elle soit ainsi contrainte d'accepter et d'appliquer les décisions de la Cour de justice de l'UE (CJUE) concernant l'interprétation des accords bilatéraux. Il est hors de question que la Suisse accepte la juridiction et les éventuelles sanctions de l'autre partie à un contrat qui a été conclu entre partenaires ayant les mêmes droits. De ce point de vue, le vieil adage est toujours valable: "Pas de juges étrangers!"

Ce point de vue est partagé par le professeur DANIEL THÜRER dans son avis de droit remis au Conseil fédéral: "Une soumission unilatérale de la Suisse aux organes UE provoquerait (...) une dépendance unilatérale de la Suisse du développement (selon une dynamique propre) du droit de l'Union européenne." <sup>27</sup>

L'art. 189a cst. exige en plus que l'autorité internationale concernée – cette notion est utilisée ici comme notion générique incluant n'importe quelle instance ayant une fonction judiciaire ou qui s'en approche – applique le droit qui a été conclu dans le traité de droit international (dans la version originale ou selon un complément ultérieur approuvé pour la Suisse), donc le droit qui valait au moment où la Suisse a adhéré à l'organisation internationale concernée. Cela signifie également que cette autorité ne doit pas appliquer un droit étranger à la Suisse.

L'autorité internationale doit interpréter le droit tel qu'il valait lorsqu'il est entré en vigueur en Suisse. On évite ainsi que la Suisse soit contrainte de reconnaître et d'appliquer des décisions – notamment de la Cour européenne des droits de l'homme – reposant sur un développement du droit qui dépasse les limites de l'interprétation usuelle des traités de droit international.

Le fait que les décisions de l'autorité soient contraignantes en droit ou qu'elles ne constituent que des recommandations ou encore qu'elles doivent être reconnues et appliquées par une autorité nationale (comme dans le cas de la "solution

---

<sup>27</sup> DANIEL THÜRER, avis de droit [à l'intention du Conseil fédéral] sur les formes possibles de l'application des accords bilatéraux, 7 juillet 2011, p. 15. Et il ajoute (trad.): "Il se pourrait également qu'en raison du caractère supranational d'un tel modèle, on exige en Suisse, selon la portée du projet concret, l'application du référendum obligatoire du peuple et des cantons en matière de traités d'Etat (...) qui, à l'heure actuelle, aurait certainement une issue négative."

CJUE" actuellement débattue) ne joue aucun rôle: les exigences auxquelles doit répondre une autorité internationale et qui sont mentionnées aux alinéas a et b de l'art. 189a cst., doivent être satisfaites même s'il s'agit de décisions n'ayant qu'un effet contraignant factuel parce que prises à la suite d'une contrainte politique intérieure ou extérieure ("en droit ou dans les faits"). Il s'agit même d'une caractéristique de nombreux organes internationaux d'opérer non pas par des interventions ayant un caractère légal contraignant, mais de procéder par des dites "soft laws", des incitations, des listes noires, des critiques ou des reproches dans des rapports nationaux, etc. Ce type de contrainte est également concerné par l'art. 189a cst.

Le projet d'article 189a cst. complète l'art. 147a cst (adaptation au droit international): l'art. 189a cst. concerne des décisions sur des cas individuels d'une autorité internationale alors que l'adaptation du droit suisse ou l'interprétation de traités de droit international selon la pratique de l'autorité internationale concerné sont réglées par l'art. 147a cst. (exigence d'une base constitutionnelle, légale ou formée par un traité de droit international soumis au référendum).

Il va de soi que la disposition proposée concernant les décisions d'autorités internationales ne s'applique pas seulement à une éventuelle réglementation des "questions institutionnelles" avec l'UE ou aux jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle touche également, par exemple, les "décisions" du Conseil des droits de l'homme de l'ONU.

## **5. Art. 184 al. 2 et Art. 190 (lois fédérales et traités d'Etat)**

### **5.1 Le rapport entre lois fédérales et traités d'Etat (art. 184 al. 2 et art. 190 al. 2)**

Le complément proposé à l'art. 184 al. 2 cst. a trait à la compétence du Conseil fédéral en politique extérieure et indique au gouvernement la voie à suivre quand un traité de droit international contredit la Constitution fédérale ou une loi fédérale entrée en vigueur ultérieurement (donc, dans quels cas le droit national est prioritaire conformément à l'art. 5 al. 1 cst. pour la Constitution et à l'art. 190 al. 2 cst. pour les lois fédérales): le Conseil fédéral doit donc modifier le traité ou, s'il n'y parvient pas, le résilier.

La conséquence de cette réglementation est que la Suisse ne peut plus conclure des traités de droit international non résiliables en droit ou dans les faits.

La procédure à suivre est différente lorsqu'un traité d'Etat soumis au référendum est approuvé *après* l'entrée en vigueur d'une loi fédérale. Dans ce cas, le traité d'Etat est bien entendu prioritaire (art. 190 al. 2 cst.) et l'Assemblée fédérale doit éliminer la contradiction et adaptant la loi fédérale (art. 184 al. 2 cst.).

Les dispositions proposées mettent donc en place une solution simple et logique pour régler le rapport entre traités d'Etat et lois fédérales: s'il y a conflit entre deux réglementations du même niveau, le nouveau droit prime l'ancien et la contradiction est éliminée par l'adaptation de l'ancien droit au nouveau (dans la mesure où cela est possible avec des traités d'Etat) en conformité avec le principe

"*lex posterior derogat legi priori*".<sup>28</sup> Dans cette procédure cependant, seuls des traités d'Etat soumis au référendum se placent au même niveau que des lois fédérales. Un récent traité d'Etat, qui n'était pas soumis au référendum, ne saurait avoir la primauté sur une loi fédérale plus ancienne.

La priorité de lois fédérales récentes sur des traités de droit international conclus ou approuvés précédemment se fonde sur ladite pratique Schubert.<sup>29</sup> La réglementation proposée ici précise ce principe, mais s'en écarte aussi. Selon cette pratique, un traité de droit international prime une loi fédérale, à moins que le législateur n'ait sciemment passé outre au traité d'Etat au moment d'approuver la loi. La consistance et la signification de cette pratique sont cependant incertaines. Ainsi, le Tribunal fédéral a imposé dans plusieurs jugements la priorité générale du droit international sans mentionner la réserve de la pratique Schubert.<sup>30</sup> Il a par ailleurs recouru à diverses reprises à des formulations vagues et ambiguës laissant ouverte la question de l'application ou non du principe Schubert<sup>31</sup>. Enfin, la pratique Schubert ne vaut de toute manière pas ou ne vaut plus quand il s'agit de conflits avec un traité de droit international touchant à la protection des droits de l'homme. Pareilles normes bénéficient d'une priorité générale sur le droit national<sup>32</sup>. Pour le reste, la signification de la pratique Schubert, dans la mesure où elle est consistante, est imprécise en exigeant que le législateur se soit écarté *consciemment* du traité d'Etat. Elle est donc plus restrictive que le principe d'une priorité générale de loi fédérale récente par rapport à des traités de droit international anciens.

Compte tenu de ces insécurités du droit, il y a lieu d'inscrire dans la Constitution fédérale la priorité générale des lois fédérales récentes par rapport aux traités de droit international précédents – sans les restrictions liées à la pratique Schubert (exigence d'une mise à l'écart consciente du traité d'Etat, réserve en faveur de traité d'Etat touchant à la protection des droits de l'homme), mais avec l'obligation faite au Conseil fédéral de renégocier, voire si nécessaire de résilier les traités d'Etat concernés.

## 5.2 La force contraignante du droit fédéral (art. 190 al. 1)

L'art. 190 cst. stipule ce qui suit dans sa version actuelle: "Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international." Le fait que le droit international soit mentionné à l'art. 190 cst. ne dit cependant rien, selon un avis largement partagé, de son rang au sein du régime juridique suisse et de sa position hiérarchique en cas de conflit avec une loi fédérale ou la Constitution fédérale. Dans la pratique cependant, cette mention du droit international dans la même phrase que le droit national joue un rôle important. L'art. 190 a contribué à ce que le Tribunal fédéral, l'administration et la science du droit osent aujourd'hui évoquer une priorité générale du droit interna-

---

<sup>28</sup> Le Tribunal fédéral a cependant affirmé que la règle "*lex posterior*" ne s'appliquait pas au rapport entre le droit national et le droit international (ATF 139 I 16 E. 5.1, p. 29).

<sup>29</sup> ATF 99 Ib 39 E. 3, p. 43.

<sup>30</sup> Voir aussi par exemple ATF 136 II 241 E. 16.1, p. 255.

<sup>31</sup> Voir uniquement par exemple ATF 139 I 16 E. 5.1, p. 28 f.

<sup>32</sup> Voir indications dans ATF 139 I 16 E. 5.1, p. 28 f.

tional sur le droit national.<sup>33</sup> L'objectif de donner à la Constitution fédérale la primauté sur le droit international (avec une réserve en faveur du droit international impératif) pourrait avoir pour conséquence que la mention du droit international dans l'art. 190 cst. soit biffée.

Une telle suppression aurait cependant des inconvénients. Elle signifierait que les autorités judiciaires ne devraient certes pas appliquer le droit international dans tous les cas, mais il en résulterait sans doute que des parties fassent valoir devant tout tribunal et devant toute autorité une contradiction entre une disposition de droit international et la Constitution. La suppression de la mention du droit international introduirait donc une juridiction constitutionnelle en rapport avec le droit international.

Dans la mesure où les traités concernés de droit international *n'étaient pas* soumis au référendum, cette conséquence serait en accord avec l'idée de fond de l'art. 190 cst., c'est-à-dire qu'un tribunal ne peut pas, en se référant à la Constitution, refuser d'appliquer un texte de loi adopté dans le cadre d'une procédure législative démocratique. Les traités d'Etat non soumis au référendum devraient donc être examinés du point de vue de leur constitutionnalité. En revanche, si un traité d'Etat était soumis au référendum, on pourrait, en cas de suppression de la mention du droit international à l'art. 190 cst., faire valoir devant un tribunal ou une autre autorité que ce traité est en contradiction avec la Constitution fédérale. Contrairement à l'idée de base de l'art. 190 cst., un tribunal déciderait ainsi de l'application d'un texte de loi approuvé dans le cadre d'une procédure législative. Partant de ce raisonnement, il est proposé ici de continuer de considérer les traités de droit international, qui étaient soumis au référendum, comme contraignants au sens de l'art. 190 cst.

La Suisse n'a pas et ne veut pas de juridiction constitutionnelle concernant les lois fédérales. Le Tribunal fédéral a ignoré dans les faits ce principe constitutionnel (cf. art. 190 cst.) en commençant à vérifier la compatibilité de lois fédérales avec la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Critiquée de presque toutes parts, cette pratique, selon laquelle le Tribunal fédéral vérifie la compatibilité de lois avec la CEDH, mais non pas avec la Constitution, ne doit cependant pas être corrigée par une extension de la juridiction constitutionnelle concernant les lois fédérales, mais par l'exclusion de l'examen de la conformité des lois fédérales avec la CEDH. Les dispositions constitutionnelles proposées ici y veillent doublement: la CEDH n'a pas la priorité sur une loi fédérale (ni sur une récente, ni sur une ancienne) parce qu'elle n'était pas soumise au référendum (art. 190 al. 2 cst.). Pour la même raison, la CEDH n'est pas déterminante pour les autorités appliquant le droit (art. 190 al. 1 cst.). A l'inverse, on pourrait faire valoir qu'une décision fondée sur la CEDH est en contradiction avec une loi fédérale ou la Constitution.

La restriction apportée à la notion de droit international à l'art. 190 cst. ne signifie pas que les autres normes de droit international contraignantes pour la Suisse et immédiatement applicables ne fassent plus partie du droit suisse. Elles le font déjà sur la base de l'art. 5 al. 1 cst.

---

<sup>33</sup> Le Tribunal fédéral se réfère à l'art. 190 cst. à deux endroits dans l'ATF 139 I 16 ss. (E. 4.3.4, p. 28, et E. 5.3, p. 31).

L'article 190 al. 1 cst. proposé ne s'exprime pas sur la question de savoir quelle norme est prioritaire en cas de conflit entre un traité d'Etat non soumis au référendum et la Constitution fédérale. La réponse à cette question est donnée par le nouvel art. 5 al. 1 cst: la primauté de la Constitution fédérale par rapport droit international résulte du fait que la Constitution est prioritaire et que la norme de droit international qui la contredit ne doit pas être appliquée.

Le rapport entre la Constitution fédérale et les lois fédérales n'est pas touché: toutes les autorités appliquant le droit sont "tenues de respecter les lois fédérales".

#### **IV. Conclusion et perspective**

Le but de ce document de fond est de lancer une large discussion publique sur le rapport entre le droit national et le droit international en Suisse.

La sauvegarde de la souveraineté légale est un objectif central, surtout dans un monde globalisé comme le nôtre. La Suisse possède, grâce au régime légal qu'elle a choisi elle-même, diverses caractéristiques et divers avantages par rapport aux autres Etats auxquels elle ne doit pas renoncer volontairement. Le Conseil fédéral, l'administration, le Tribunal fédéral et la science du droit s'apprêtent cependant à abandonner ces caractéristiques et avantages par leur attitude "ouverte" face au droit international. La Suisse serait cependant mieux inspirée, dans l'intérêt de sa prospérité et de la conservation de ses avantages par rapport aux autres pays, européens notamment, de reconnaître le principe "Le droit national avant le droit international" et de sauvegarder ainsi sa liberté d'action.

Ce document de fond offre également quelques idées permettant de clarifier diverses questions ouvertes concernant le rapport entre le droit national et le droit international. Ces imprécisions ont nui au système politique suisse ces dernières années (par exemple, la non-application d'initiatives populaires approuvées) et elles ont eu pour effet que le droit international s'est imposé en cachette et par petites étapes pour prendre une place de plus en plus grande sans que le peuple et les cantons n'aient jamais pu se prononcer à ce sujet.