

Université de Genève – Faculté de droit

La validité matérielle des initiatives populaires en droit fédéral

-

*Etude du droit actuel à la lumière de la pratique
récente, perspectives et opinions*

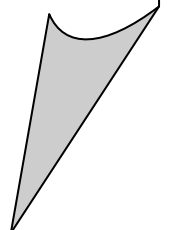
Julien MARQUIS

-

Mémoire en vue de l'obtention de la
Maîtrise en droit de l'action publique

-

Sous la direction du Professeur Michel HOTTELIER
Année académique 2008-2009



"C'est une erreur de croire que le salut public puisse commander une injustice."

Condorcet

Remerciements

Nous adressons nos sincères remerciements au Professeur Michel HOTTELIER ainsi qu'à Monsieur Frédéric BERNARD, assistant au Département de droit constitutionnel, pour leur encadrement durant ce travail de Mémoire.

Notre gratitude va également à Messieurs Martin GRAF, Secrétaire des Commissions des institutions politiques de l'Assemblée fédérale, et Luzius MADER, Vice-directeur de l'Office fédéral de la Justice, pour leur disponibilité, leur amabilité et leur contribution d'une valeur inestimable, ainsi qu'à Monsieur Christoph LANZ, Secrétaire général de l'Assemblée fédérale, qui nous a proposé l'audition de Monsieur Martin GRAF.

Note

La présente étude a dans un premier temps pris la forme d'un *Mémoire*, achevé en juin 2009. En vue de sa publication, un an plus tard, il nous a paru nécessaire de procéder à une mise à jour faisant état de développements récents survenus fin 2009 et début 2010.

Genève, mai 2010

Table des matières

Table des matières	IV	
Bibliographie	V	
Introduction	1	
Première partie	Les conditions de validité des initiatives populaires à la lumière de la pratique récente des autorités fédérales	2
I.	Généralités	2
II.	Les conditions de validité <i>de constitutione lata</i> : une liste exhaustive?	4
	A. La validité formelle	4
	1. <i>L'unité de la forme</i>	4
	2. <i>L'unité de la matière</i>	4
	B. La validité matérielle	5
	1. <i>La conformité aux règles impératives du droit international</i>	5
	2. <i>La problématique des limites "implicites"</i>	9
III.	La validité matérielle: ce que dit le Conseil fédéral et ce qu'il ne dit pas	12
	A. Analyse de la pratique récente	12
	1. <i>L'initiative "Pour une politique d'asile raisonnable"</i>	12
	2. <i>L'initiative "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés dangereux et non amendables"</i>	13
	3. <i>L'initiative "Pour des naturalisations démocratiques"</i>	14
	4. <i>L'initiative "Contre la construction de minarets"</i>	15
	5. <i>D'autres initiatives?</i>	17
	B. Synthèse	17
IV.	Le droit actuel et son application: un bilan insatisfaisant	18
Deuxième partie	Plaidoyer pour une démocratie directe plus respectueuse des garanties fondamentales du droit	20
I.	Propositions <i>de constitutione ferenda</i>	20
	A. La solution <i>interprétative</i>	20
	1. <i>Le cas du jus cogens</i>	20
	2. <i>Le cas des traités non dénonçables</i>	21
	B. La solution <i>démocratique</i>	22
II.	La problématique de la compétence	23
III.	Actualité et perspectives	24
Troisième partie	Enquête – la validité matérielle des initiatives populaires vue par des praticiens	26
I.	Objectif, méthode et présentation	26
II.	Entretien avec M. Martin GRAF	27
III.	Entretien avec M. Luzius MADER	28
VI.	Résultats	30
Conclusion		31

Bibliographie

- AUBERT Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz: Fassung von 1967, Neubearbeiter Nachtrag bis 1990, Volume I, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1991 [cité: Bundesstaatsrecht].
- AUBERT Jean-François, Réforme des droits populaires fédéraux, *in* AJP/PJA Pratique Juridique Actuelle, n°8/1995, p. 990-1003 [cité: Réforme].
- AUBERT Jean-François, Art. 139 Cst., *in* Petit commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 [AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, édit.], Zurich (Schulthess) 2003, p. 1088-1101 [cité: Art. 139 Cst.].
- AUER Andreas, La démocratie directe face à l'intégration européenne, *in* SJ La semaine judiciaire, 1991, p. 374-397 [cité: Démocratie].
- AUER Andreas, La souveraineté populaire et les limites du droit d'initiative, *in* Sans délais et sans limites? L'initiative populaire à la croisée des chemins [AUER Andreas, édit.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2001, p. 71-87 [cité: Limites].
- AUER Andreas/TORNAY Bénédicte, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative "Pour des naturalisations démocratiques", *in* AJP/PJA Pratique Juridique Actuelle, n°6/2007, p. 740-747.
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat, 2^e éd., Berne (Staempfli) 2006 [cité: Vol. I].
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 2^e éd., Berne (Staempfli) 2006 [cité: Vol. II].
- BAUMANN Robert, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, *in* ZBl Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, n°4/2007, p. 181-210.
- BIAGGINI Giovanni, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, *in* AJP/PJA Pratique Juridique Actuelle, n°6/1999, p. 722-729.
- COTTIER Thomas/HERTIG Maya, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, *in* Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft [ZIMMERLI Ulrich, édit.], Berne (Staempfli) 2000, p. 1-34.
- DE QUADROS Fausto, La Convention Européenne des Droits de l'Homme: un cas de jus cogens régional?, *in* Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt [BEYERLIN Ulrich/BOTHE Michael/HOFFMANN Rainer/PETERSMANN Ernst-Ulrich, édit.], Berlin (Springler) 1995, p. 555-562.
- EHRENZELLER Bernhard/NOBS Roger, Vorbemerkungen zu Art. 136-142 BV, *in* Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar [EHRENZELLER Bernhard/MASTRONARDI Philippe/VALLENDER Klaus A./SCHWEIZER Rainer J., édit.], 2^e éd., Zurich/St.-Gall (Dike/Schulthess) 2008, p. 2107-2124 [cité: Vorbemerkungen].
- EHRENZELLER Bernhard/NOBS Roger, Art. 139 (neu) BV, Entstehungsgeschichte, *in* Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar [EHRENZELLER Bernhard/MASTRONARDI Philippe/VALLENDER Klaus A./SCHWEIZER Rainer J., édit.], 2^e éd., Zurich/St.-Gall (Dike/Schulthess) 2008, p. 2151-2154 [cité: Art. 139 BV].
- GRISEL Etienne, Das Verhältnis zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Verträgen, *in* ZBl Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 1995, p. 437-450 [cité: Verhältnis].
- GRISEL Etienne, Initiative et référendum populaires, traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3^e éd., Berne (Staempfli) 2004, p. 255-259 [cité: Initiative et référendum].
- HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter/KELLER Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7^e éd., Zurich (Schulthess) 2008.

HANGARTNER Yvo, Art. 139 (neu) Abs. 2 BV, *in* Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar [EHRENZELLER Bernhard/MASTRONARDI Philippe/VALLENDER Klaus A./SCHWEIZER Rainer J., édité.], 2^e éd., Zurich/St.-Gall (Dike/Schulthess) 2008, p. 2159-2169.

HANGARTNER Yvo/KLEY Andreas, Die demokratischen Rechte im Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich (Schulthess) 2000.

KAYSER Martin, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung, Zurich (Schulthess) 2001.

KELLER Helen/LANTER Markus/FISCHER Andreas, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, *in* ZBl Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, n°3/2008, p. 121-154.

LOMBARDI Aldo, Volksrechte und Bundesbehörden, *in* AJP/PJA Pratique Juridique Actuelle, n°6/1999, p. 706-721.

MADER Luzius, Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder, *in* Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz [EPINEY Astrid/PAHUD DE MORTANGES René/BEYDOUN Khalil, édité.], Zurich (Schulthess) 2009, p. 93-109 [cité: Problemfelder].

NAY Giusep, Sollen Volksinitiativen ungültig sein, wenn sie nur gegen nichtzwingendes Völkerrecht verstossen?, *in* Plädoyer, n°3/2007, p. 29.

NGUYEN Quoc Dinh/ DAILLIER Patrick/PELLET Alain, Droit international public, 7^e éd., Paris (L.G.D.J.) 2002.

NOBS Roger, Volksinitiative und Völkerrecht: eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, Zurich/St.-Gall (Dike) 2006.

ODERMATT Luzian, Ungültigerklärung von Volksinitiativen, *in* AJP Pratique Juridique Actuelle, n°6/1996, p. 710-724.

RHINOW René, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrecht, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2003.

THÜRER Daniel, Verfassungsrecht und Völkerrecht, *in* Verfassungsrecht der Schweiz [THÜRER Daniel/AUBERT Jean-François/MÜLLER Jörg Paul, édité.], Zurich (Schulthess) 2001, p. 179-205.

TORNAY Bénédicte, La démocratie directe saisie par le juge: l'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, Genève (Schulthess) 2008.

TSCHANNEN Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Berne (Staempfli) 2007.

WILDHABER Luzius, Art. 118 aCst., *in* Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 [AUBERT Jean-François/EICHENBERGER Kurt/MÜLLER Jörg Paul/RHINOW René/SCHINDLER Dietrich, édité.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1987-1996 [cité: Art. 118 aCst.].

WILDHABER Luzius, Art. 121/122 aCst., *in* Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 [AUBERT Jean-François/EICHENBERGER Kurt/MÜLLER Jörg Paul/RHINOW René/SCHINDLER Dietrich, édité.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1987-1996, [cité: Art. 121/122 aCst.].

WILDHABER Luzius, Neues zur Gültigkeit von Initiativen, *in* De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François AUBERT [AUER Andreas/ZEN RUFFINEN Piermarco, édité.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1996, p. 293-299 [cité: Neues zur Gültigkeit].

ZIMMERMANN Tristan, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, *in* AJP/PJA Pratique Juridique Actuelle, n°6/2007, p. 748-760.

Introduction

- 1 Le 14 mars 1996, l'Assemblée fédérale a adopté un arrêté fédéral par lequel elle déclarait "nulle" l'initiative populaire "Pour une politique d'asile raisonnable"¹. En conséquence, cette dernière ne serait pas soumise au vote du peuple et des cantons. Pour la première fois si l'on excepte l'unique cas d'inexécutabilité², le Parlement, sur recommandation du Conseil fédéral, refusait de proposer une initiative au souverain pour une question de fond. Selon lui, l'initiative n'était pas conforme aux "règles impératives du droit international", nonobstant le silence de la Constitution fédérale du 24 mai 1874. Avec le recul qui est le nôtre au moment d'écrire cette *Introduction*, force est de constater que ce précédent a relancé un débat doctrinal dont l'intérêt pratique a longtemps fait défaut. La multiplication d'initiatives problématiques – souvent à plus d'un titre – explique en bonne partie le nombre croissant des contributions depuis une dizaine d'années. La présente étude ne fait pas exception: c'est le caractère particulièrement actuel et concret de cette thématique, touchant au délicat rapport entre droits populaires et droit international, qui a motivé notre choix.
- 2 Consacrée par la Constitution fédérale du 18 avril 1999 comme limite à la révision de la Constitution, la notion de *jus cogens* est au cœur des débats. Nous examinerons tout d'abord la question de la délimitation de ses contours, qui soulève d'importants et nombreux problèmes d'interprétation. Ce premier volet en appelle un second qui lui est intimement lié: l'énumération des conditions de validité des initiatives populaires, telle qu'elle ressort de l'art. 139 al. 3 Cst., est-elle exhaustive? Sur ces deux points, la doctrine est divisée. En pratique, les initiatives populaires ayant abouti se retrouvent entre les mains du Conseil fédéral, puis de l'Assemblée fédérale. Cette dernière décide de la validité des projets. Or, la pratique des autorités semble *prima facie* des plus restrictives: excepté l'initiative "Pour une politique d'asile raisonnable", aucun autre projet n'a depuis lors été invalidé en raison d'un vice matériel. La troisième interrogation sera donc, logiquement, celle de la pertinence et du bien-fondé de la pratique des autorités fédérales.
- 3 Le but de cette étude est triple. En premier lieu, nous tenterons de répondre aux trois questions – fondamentales – soulevées ci-dessus. Nous pourrions alors nous efforcer de montrer qu'il est possible de (ré)concilier un droit d'initiative populaire étendu et le respect inconditionnel des droits fondamentaux³, car si un commentaire minutieux du droit *tel qu'il est* s'avère nécessaire, c'est avant tout l'espoir d'un progrès qui nous anime. Enfin, la problématique revêtant selon nous bien plus qu'un intérêt académique, nous donnerons la parole à d'éminents praticiens pour étayer notre propos⁴.
- 4 Nous commencerons par une analyse de l'état du droit et de la doctrine en accordant une attention particulière à la pratique récente des autorités fédérales (Première partie). Nous ferons ensuite des propositions, tout en discutant les suggestions de la doctrine et sans négliger l'actualité parlementaire (Deuxième partie). Enfin, nous présenterons un compte rendu des entretiens avec deux praticiens, non sans avoir au préalable explicité notre démarche (Troisième partie).

¹ FF 1996 I 1305.

² Voir *infra* n° 36.

³ Nous parlerons indistinctement de "droits fondamentaux", de "droits de l'homme" ou encore de "garanties fondamentales" lorsque nous ferons allusion à des instruments internationaux.

⁴ Les références GRAF/MADER renvoient à des paragraphes de la *Troisième partie* de la présente étude.

Première partie Les conditions de validité des initiatives populaires à la lumière de la pratique récente des autorités fédérales

5 Après le nécessaire rappel de quelques notions d'ordre général (I), nous plongerons au cœur de la problématique en étudiant le droit actuel tel qu'il ressort de l'art. 139 al. 3 Cst. Notre ambition, modeste, est de donner au lecteur un aperçu des conditions de validité matérielle des initiatives populaires *de constitutione lata* et des diverses tendances doctrinales ayant trait à leur interprétation (II). Sur cette base, nous choisirons quelques exemples d'initiatives récentes pour illustrer les difficultés soulevées par l'application du droit telle que la conçoit le Conseil fédéral (III). Enfin, nous tenterons de tirer un bilan du régime constitutionnel en vigueur et de la pratique qui en découle (IV).

I. Généralités

6 La Constitution fédérale du 18 avril 1999 prévoit deux modes de révision, la révision totale et la révision partielle (art. 192 al. 1, 193 et 194 Cst.)⁵. Une révision de la Constitution, totale ou partielle, peut être proposée par le peuple ou décrétée par l'Assemblée fédérale (art. 193 al. 1 et 194 al. 1 Cst.). Les limites à la révision de la Constitution divergent non seulement selon le type de révision choisi, mais également selon l'organe duquel émane le projet (peuple ou Assemblée fédérale)⁶.

7 L'art. 194 al. 2 et 3 Cst. énonce trois conditions à la révision partielle: le respect de l'unité de la matière, de l'unité de la forme et des règles impératives du droit international. L'unité de la forme ne vaut cependant que pour les initiatives populaires (art. 194 al. 3 Cst., à lire avec l'art. 139 al. 2 et 3 Cst.). L'art. 193 al. 4 Cst. énonce une seule condition à la révision totale: le respect des règles impératives du droit international. Le principe de l'unité de la matière n'a, par définition, pas lieu de trouver application; pas plus que celui de la forme, qui concernerait les initiatives populaires, étant donné qu'une initiative tendant à la révision totale de la Constitution fédérale ne peut que revêtir la forme d'une proposition (art. 138 Cst.). Cette condition unique s'applique aux révisions proposées par le peuple, mais aussi à celles décrétées par l'Assemblée fédérale (art. 139 al. 3 et 193 al. 4 Cst.).

8 Le travail de révision totale de la Constitution fédérale est confié à l'Assemblée fédérale: peu importe que la proposition émane du peuple ou de l'Assemblée fédérale. Ainsi, une violation des règles impératives du droit international est peu probable dans ce cas de figure. Pour cette raison, nous nous concentrerons par la suite exclusivement sur les propositions tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale. Les révisions partielles décrétées par l'Assemblée fédérale doivent respecter les conditions prévues à l'art. 194 al. 2 Cst. La portée pratique de cette disposition est cependant plutôt faible⁷. Partant, ce sont les révisions partielles par voie d'initiative populaire sous forme de projet rédigé⁸, en d'autres termes

⁵ A propos des critères de distinction entre révision totale et partielle, voir notamment: AUBERT, Bundesstaatsrecht, n° 352-365; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, n° 1405-1407; WILDHABER, Art. 118 aCst., n° 5-22; Art. 121/122 aCst., n° 14-16.

⁶ La notion de "limites à la révision de la Constitution" est plus large que celle de "conditions de validité des initiatives populaires", puisqu'elle englobe les deux types de révision et vaut quel que soit l'organe de l'Etat duquel émane la révision. Appliqués aux initiatives populaires, les termes "limites" et "conditions de validité" peuvent néanmoins être utilisés comme synonymes. Les commentaires concernant les limites *matérielles* valent pour tous les types de révision.

⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, n° 748, constatent que les autorités font peu de cas du principe de l'unité de la matière lorsqu'elles sont l'auteur d'un acte. En ce qui concerne les règles impératives du droit international, nous renvoyons aux développements sur la révision totale (*supra* n° 7).

⁸ Utilisée à dix reprises depuis 1891 et toujours en vain, la possibilité prévue à l'art. 139 al. 3 Cst. de faire une "proposition conçue en termes généraux" ne rencontre guère d'intérêt, car elle laisse le soin de la concrétisation à

l'"initiative populaire" (*Volksinitiative*) dans son sens courant, que nous soumettrons à l'analyse.

- 9 C'est à l'Assemblée fédérale qu'incombe le contrôle de la validité d'une initiative populaire ayant abouti (art. 173 al. 1 let. f Cst.). Sa décision, fondée sur l'art. 139 al. 3 Cst., repris aux art. 98 LParl et 75 al. 1 LDP, fait suite au rapport (message) et aux propositions du Conseil fédéral concernant la validité et l'opportunité de l'initiative (art. 97 LParl), mais intervient avant la prise de position officielle des Chambres sur l'opportunité (art. 100 LParl), qui logiquement n'a pas lieu d'être en cas d'invalidation. L'invalidation d'une initiative n'est pas forcément "totale", en ce sens que l'Assemblée fédérale peut la déclarer "totalement ou partiellement nulle" (art. 139 al. 3 Cst.).
- 10 On distingue tout d'abord les limites "formelles" des limites "matérielles". Les premières ont trait à la forme et à la structure, tandis que les secondes concernent le contenu d'une proposition. Les principes de l'unité de la matière et de l'unité de la forme comptent parmi les limites formelles (conditions de validité formelle), le respect des règles impératives du droit international étant une limite matérielle (condition de validité matérielle).
- 11 Une seconde distinction est opérée par la doctrine entre les limites matérielles "hétéronomes" et les limites matérielles "autonomes"⁹. Les premières présupposent l'existence d'un ordre juridique supérieur, d'un droit – au sens large – qui primerait la Constitution nationale. Pour la Suisse, de telles limites ne peuvent découler que du droit international¹⁰. Les règles impératives du droit international constituent une de ces limites. Quant aux limites autonomes, il s'agit des limites établies dans le droit interne par le constituant lui-même. Or, en Suisse, force est de constater que la Constitution fédérale n'énonce expressément que deux limites formelles, mais aucune limite matérielle autonome. Concrètement, cela signifie qu'une initiative populaire peut être contraire à une disposition de la Constitution déjà en vigueur: les deux normes sont en effet d'un même niveau normatif. Pour ainsi dire, c'est par définition qu'une initiative populaire est contraire à d'autres normes constitutionnelles, étant donné qu'elle tend précisément à les modifier.
- 12 Enfin, il nous faut dire un mot de la "Réforme des droits populaires". Le 6 juillet 1994, dans le cadre des travaux liés à la révision totale de la Constitution fédérale, une commission d'experts a été mise sur pied avec pour mission de mener une vaste réflexion sur les droits populaires et les réformes qui pourraient être entreprises dans ce domaine. La question de la validité matérielle des initiatives populaires a été abordée par la commission¹¹. Les Chambres ont tour à tour, en juin puis en août 1999, refusé d'entrer en matière sur le projet¹². Ce premier texte à peine rejeté, la Commission constitutionnelle du Conseil des Etats a proposé une mouture nettement plus consensuelle¹³. Avec succès, puisque la réforme a été acceptée par le peuple et les cantons le 9 février 2003.

une autorité, l'Assemblée fédérale (art. 139 al. 4 Cst.). Le projet rédigé, au contraire, permet aux initiants d'éviter efficacement les autorités et la lourdeur de la procédure législative (voir notamment l'art. 99 LParl).

⁹ Sur la question des limites autonomes, voir: AUBERT, *Bundesstaatsrecht*, n° 324-347; AUER/TORNAY, p. 742-743; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, n° 1398-1404; GRISEL, *Initiative et référendum*, n° 657; KAYSER, p. 8-9; NOBS, p. 103, 116; RHINOW, n° 432.

¹⁰ KAYSER, p. 9, mentionne l'éthique et le droit naturel comme "verfassungstranszendenten Schranken". Notre approche sera strictement juridique.

¹¹ AUBERT, *Réforme*, p. 994, 1002. Selon le projet, le Tribunal fédéral pouvait trancher la validité d'une initiative définitivement, pour autant que les deux Conseils expriment des "doutes". Une des causes de l'échec de la réforme a été la volonté de la Commission de porter le nombre de signatures requises de 100'000 à 200'000 pour l'initiative populaire sous forme de projet rédigé.

¹² BO 1999 CN, p. 1028; 1999 CE, p. 610.

¹³ FF 2001 4600 ss. Les deux propositions susmentionnées ont été abandonnées.

- 13 Depuis lors, la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles s'est avérée impossible, si bien que le 15 septembre 2006 déjà, la Commission des institutions politiques du Conseil national proposait tout simplement de renoncer à la réforme. Elle a rendu son rapport le 21 février 2008, et un arrêté fédéral a été adopté dans ce sens par l'Assemblée fédérale le 19 décembre 2008¹⁴. Ainsi, le peuple et les cantons ont été amenés à se prononcer sur la suppression d'une réforme mort-née, car jamais entrée en vigueur: un processus constitutionnel inédit! Le peuple et les cantons ont accepté la suppression de l'initiative populaire générale par 67.9 % de "oui" (tous les cantons) le 27 septembre 2009¹⁵.

II. Les conditions de validité de *constitutione lata*: une liste exhaustive?

- 14 Le texte de la Constitution ne mentionne que trois conditions de validité auxquelles sont soumises les initiatives populaires tendant à la révision partielle. Il faut donc nous demander si les conditions de validité sont énoncées de manière exhaustive par la Constitution, à savoir par l'art. 139 al. 3 Cst. Nous passerons brièvement en revue les conditions formelles (A), avant d'analyser les problématiques des "règles impératives du droit international" et des limites (ou conditions) dites "implicites" (B).

A. La validité formelle

1. L'unité de la forme

- 15 La première condition de validité formelle énoncée par l'art. 139 al. 3 Cst. est le respect du principe de l'unité de la forme (*Einheit der Form*). Cette exigence découle en réalité de l'alinéa 2 du même article, qui dispose que les initiatives populaires "peuvent revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé". Le texte clair de la Constitution indique qu'il est possible de choisir entre les deux formes, mais non de les combiner dans une même proposition (voir aussi l'art. 75 al. 3 LDP). La procédure, qui dépend de la forme choisie par les initiants, est la cause de cette première condition. C'est ainsi qu'il faut comprendre le principe de l'unité de la forme, dont l'importance pratique est pour ainsi dire nulle¹⁶.

2. L'unité de la matière

- 16 La deuxième condition de validité formelle énoncée par l'art. 139 al. 3 Cst. est le respect du principe de l'unité de la matière (*Einheit der Materie*). Ce dernier exige des initiants qu'il "existe un rapport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative" (art. 75 al. 2 LDP). Le Tribunal fédéral a précisé que ce principe permet d'assurer le respect de la liberté de vote des électeurs, en exigeant également une certaine "unité de but" entre les différentes propositions¹⁷.

¹⁴ FF 2008 2549; 2009 13.

¹⁵ FF 2009 7889.

¹⁶ AUBERT, Art. 139 Cst., p. 1092, est d'avis qu'en cas de proposition mixte, l'initiative devrait être traitée comme une initiative conçue en termes généraux, ce qui ménagerait le principe de proportionnalité. Voir également l'exposé de WILDHABER, Art. 121/122 aCst., n° 80-87.

¹⁷ Art. 34 al. 2 Cst.; ATF 121 I 141; 130 I 195 ASLOCA; 129 I 384 *Comité d'initiative 119*; 116 Ia 471 *Association contre l'aérodrome d'Etagnières*. Les électeurs doivent pouvoir former leur opinion "de la façon la plus libre et complète possible", de manière à ce que la récolte de signatures et le résultat de la votation traduisent "d'une manière fidèle et sûre la volonté librement exprimée du corps électoral".

- 17 Par exemple, une initiative demandant au premier alinéa l'adhésion de la Suisse à l'Union européenne et au second l'interdiction de construire des minarets ne respecterait pas le principe de l'unité de la matière. On conçoit aisément que dans un tel cas, le corps électoral puisse avoir une opinion divergente sur les deux questions. Une seule réponse étant possible, la liberté de vote serait mise à mal. En revanche, la notion de "rapport intrinsèque" n'est pas sans poser certains problèmes d'interprétation dans des cas moins limpides, surtout en matière de droits populaires cantonaux¹⁸. Au niveau fédéral, seules deux initiatives ont connu la mésaventure de l'invalidation pour cause de non respect du principe de l'unité de la matière¹⁹.

B. La validité matérielle

1. La conformité aux règles impératives du droit international

- 18 La troisième condition de validité des initiatives populaires énoncée par l'art. 139 al. 3 Cst. est le respect des "règles impératives du droit international". A la différence des deux conditions examinées sous A., celle-ci n'est ni formelle, ni autonome. Elle touche en effet au contenu du texte même de l'initiative, ce qui fonde sa nature matérielle, et à un ordre juridique supérieur, le droit international, ce qui en fait une limite hétéronome.
- 19 Par la formulation "règles impératives du droit international" (*zwingende Bestimmungen des Völkerrechts*), la Constitution fédérale du 18 avril 1999 fait référence au *jus cogens*, notion fondamentale du droit international public. A *contrario*, elle exclut le droit international général des limites à sa révision²⁰.
- 20 Ce "droit impératif" trouve ses origines dans le droit romain, puisqu'il correspond au *jus strictum*, qui s'opposait alors au *jus dispositivum*, le droit "dispositif" né de la volonté des parties. L'idée d'un *corpus* de normes fondamentales, supérieures à toutes les autres et liant la communauté internationale dans son entier, a traversé les siècles²¹ pour se trouver finalement consacrée expressément dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CVDT)²². Les art. 53 et 64 CVDT mentionnent *le jus cogens* comme cause de nullité des traités internationaux, qu'ils soient postérieurs ou antérieurs à la formation d'une norme impérative. Ainsi, la CVDT revendique la nature dynamique du *jus cogens*: la formation de nouvelles normes est possible (art. 64 CVDT, effet rétroactif du *jus cogens*), et celles-ci peuvent être modifiées, à la condition qu'il s'agisse d'une "nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère" (art. 53 CVDT). Dans tous les cas, les engagements des Etats sont frappés de nullité lorsqu'ils entrent en conflit avec une telle norme²³.

¹⁸ WILDHABER, Art. 121/122 aCst., n° 97-112; Neues zur Gültigkeit, p. 293-296 (liste de catégories de cas); HANGARTNER, n° 26-27; HANGARTNER/KLEY, n° 2490 ss.

¹⁹ Il s'agit des initiatives "Contre la vie chère et l'inflation" et "Pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix" (FF 1977 III 947; 1995 III 563). Sur le plan cantonal et en particulier à Genève, la pratique donne lieu à une jurisprudence abondante: voir notamment, pour le cas le plus récent, l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_289/2008 du 9 mars 2009.

²⁰ L'art. 139 al. 3 Cst. déroge donc aux art. 5 al. 4 et 35 al. 2 Cst. au titre de *lex specialis*. Pour le surplus, voir *infra* n° 33 et ZIMMERMANN, p. 756.

²¹ DE QUADROS, p. 555-556. L'auteur fait l'inventaire des apparitions de la notion de *jus cogens* international, de Grotius à 1969.

²² Entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 (RS 0.111).

²³ L'art. 71 CVDT traite en outre des conséquences de la nullité et l'art. 66 let. a CVDT – non coutumier – prévoit une possibilité de requête unilatérale à la Cour internationale de justice en cas de différend quant à l'application ou l'interprétation des art. 53 ou 64 CVDT.

- 21 Le *jus cogens*, contrairement à la coutume, n'est pas une source formelle du droit international, mais un attribut, une qualité conférée à une norme²⁴. S'il n'existe pas de hiérarchie entre les sources du droit international, la Convention en établit une entre les normes impératives et les autres normes du droit international²⁵. Ne naissant pas de la volonté des Etats, contrairement au droit conventionnel, le *jus cogens* n'a pas de base normative prédéterminée. Il peut émaner de la "mutation" d'une règle conventionnelle ou d'une coutume. Dans les deux cas cependant, c'est l'*opinio juris*, mariée à la pratique constante des Etats, qui est déterminante. Nous nous risquerons donc à affirmer qu'une norme du *jus cogens* est une forme de coutume qui se distingue par son caractère obligatoire *erga omnes*.
- 22 Au sens de l'art. 53 CVDT, une norme du *jus cogens* est "une norme impérative du droit international général", qui doit être "acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise". Tout en consacrant l'existence du *jus cogens*, la Convention renonce à en délimiter les contours. La question la plus délicate, celle du contenu, n'est donc pas abordée. Le texte ne cite en effet aucune norme qui serait à même de faire partie du *jus cogens*. De manière générale, il n'existe aucune liste exhaustive des règles du *jus cogens*. Or, c'est bien la réponse apportée à la question de l'étendue du *jus cogens* – quelles normes englobe-t-il? – qui déterminera le champ d'application de l'art. 139 al. 3 Cst. et, partant, quelles initiatives devront, le cas échéant, être invalidées par l'Assemblée fédérale.
- 23 L'existence même du *jus cogens* n'est plus guère contestée en Suisse. Seul Etienne GRISEL semble encore la nier, défendant à notre avis une conception passiviste de la relation entre droits fondamentaux et droits populaires²⁶. Quant au contenu, la Convention de Vienne n'institue aucune procédure d'élaboration du *jus cogens*. Autant dire que l'art. 53 CVDT ne nous est pas d'un grand secours dans notre démarche interprétative.
- 24 Nous choisirons comme point de départ la double ouverture offerte par la Convention de Vienne. D'une part, l'art. 64, nous l'avons déjà relevé, admet explicitement la formation de nouvelles règles impératives. Ce faisant, il définit le *jus cogens* comme une notion ouverte, et non comme un concept rigide et dogmatique. C'est un appui particulièrement important à nos yeux, le droit nous paraissant voué à une perpétuelle remise en question, dictée par l'évolution constante de la société, aussi bien internationale que nationale. D'autre part, la Convention, à la lumière des travaux préparatoires, semble admettre la formation d'une nouvelle norme de *jus cogens* sans exiger l'adhésion de l'unanimité des Etats ("la communauté internationale des Etats dans son ensemble")²⁷.
- 25 Au niveau international, la Commission du droit international (CDI) et la Cour internationale de Justice (CIJ) ont évoqué quelques exemples: interdiction de l'usage de la force, génocide, esclavage, torture, discrimination raciale. La CDI a toutefois déclaré expressément qu'il revenait aux Etats de se livrer à l'interprétation de la notion de *jus cogens* et d'en délimiter progressivement les contours²⁸. En d'autres termes, les Etats ne sont aucunement liés par une

²⁴ Art. 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, du 26 juin 1945, entré en vigueur pour la Suisse le 28 juillet 1948 (RS 0.193.501).

²⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 59-60, 125.

²⁶ GRISEL, Initiative et référendum, p. 255-259. Malgré l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale et l'évolution de la doctrine, l'auteur prônait en 2004 une initiative populaire sans limites et critique vivement l'invalidation, en 1996, de l'initiative "Pour une politique d'asile raisonnable.

²⁷ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 126.

²⁸ "The Commission considered the right course to be to provide in general terms that a treaty is void if it conflicts with a rule of *jus cogens* and to leave the full content of this rule to be worked out in State practice and in the jurisprudence of international tribunals" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 248, 270). Voir aussi l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 5 février 1970 *Barcelona Traction*, Rec. 1970, p. 32.

interprétation restrictive calquée sur l'état du droit international: ils sont au contraire libres de reconnaître un ensemble plus large de règles internationales de nature impérative.

- 26 En Suisse, le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif au projet de nouvelle Constitution fédérale insiste également sur l'aspect casuistique: "les "règles impératives du droit international" ne peuvent être décrites en termes abstraits. Il incombe à la pratique (...) donc à l'Assemblée fédérale (...) de développer en l'occurrence une jurisprudence tenant compte de la doctrine et de clarifier au maximum la portée de cette notion"²⁹. Sur la liste exemplative du Conseil fédéral ne figurent en 1996 que "l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavagisme, les garanties de la CEDH qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité, les principes du droit humanitaire applicables en temps de guerre"³⁰.
- 27 Nous n'aborderons pas la jurisprudence du Tribunal fédéral. Compte tenu du rôle, ou plutôt de l'absence d'un quelconque rôle du pouvoir judiciaire dans la problématique de la validité des initiatives populaires en droit fédéral, l'absence de toute prise de position s'explique aisément³¹.
- 28 En revanche, la doctrine retiendra toute notre attention. Il faut dire qu'elle est loin d'être unanime sur la question du contenu du *jus cogens*. Plusieurs auteurs se sont d'ailleurs livrés à une analyse minutieuse ainsi qu'à la citation des divers avis doctrinaux³². Les courants présentés ci-dessous ne sont pas séparés pas des cloisons étanches: souvent, les conceptions se recoupent sur plus d'un point. Entre les auteurs qui traitent de toutes les difficultés d'interprétation sous le seul angle du *jus cogens* et ceux qui se posent en sus la question de la nature exhaustive ou non de l'art. 139 al. 3 Cst., il existe autant d'approches que l'on compte d'auteurs.
- 29 La conception que défendent certains experts est aussi restrictive que celle du Conseil fédéral, voire plus encore. Etienne GRISEL considère que le principe de non-refoulement n'est pas universellement reconnu (au sens de l'art. 53 CVDT), mettant ainsi en doute le bien-fondé de l'invalidation de l'initiative "Pour une politique d'asile raisonnable"³³. Fausto DE QUADROS considère plutôt que "si la norme établit comme limite maximale de son application territoriale les limites d'un espace régional[,] il est illogique d'exiger qu'elle soit acceptée par la Communauté Internationale universelle pour obtenir la qualification de *jus cogens*"³⁴. A notre sens, cette interprétation des termes "dans son ensemble" de l'art. 53 CVDT mérite la préférence. Elle est conforme à l'esprit de la Convention et fonde un point d'ancrage qui pourrait se révéler déterminant pour l'évolution de l'interprétation du *jus cogens*, notamment au niveau régional. En effet, elle correspond à la réalité de la société internationale, fragmentée et marquée par l'essor des organisations à vocation régionale. Par voie de conséquence, l'auteur conclut à l'absence de motifs juridiques s'opposant à la reconnaissance d'un *jus cogens* régional. Il donne comme exemple les droits et libertés de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950³⁵ reconnus par l'ensemble des Etats ayant souscrit à la Convention et dans la mesure du consensus existant quant à leur contenu. Ainsi, selon lui, la garantie de la propriété (art. 1 du

²⁹ FF 1997 I 454.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Pour le surplus, voir *infra* n° 87-90, ainsi que ZIMMERMANN, p. 753 et BAUMANN, p. 188.

³² ZIMMERMANN, p. 753 (note 40); NOBS, p. 106 ss et références; AUER/TORNAY, p. 745 (note 35); BAUMANN, p. 189.

³³ GRISEL, p. 258. Du même avis: NOBS, p. 107 (notes 568-569).

³⁴ DE QUADROS, p. 559. ZIMMERMANN, p. 758; NOBS, p. 107 (notes 568-569), 111; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, n° 309 et LOMBARDI, p. 709-710, semblent accueillir favorablement cette théorie. *Contra*: MADER, n° 107.

³⁵ Entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101).

Protocole n° 1) appartiendrait au *jus cogens*³⁶. Dans le même sens, l'interdiction de la peine de mort en toutes circonstances ferait un parfait exemple de *jus cogens* régional, puisque si elle n'est désormais plus contestée en Europe, elle reste largement ignorée à l'échelle mondiale³⁷.

- 30 Une partie de la doctrine, de plus en plus minoritaire toutefois, estime que l'art. 139 al. 3 Cst. renvoie simplement à l'état du développement du *jus cogens* international³⁸. Or, cette solution, qui a le mérite d'épargner aux autorités fédérales les difficultés liées à une interprétation spécifique et évolutive, est contraire à la nature dynamique du concept de *jus cogens* et aux positions prises par la CDI et par le Conseil fédéral lui-même³⁹. La Suisse n'est certes pas tenue de procéder à sa propre interprétation, mais elle y est autorisée. Il serait donc regrettable de s'en remettre aux seuls standards (minimaux) internationaux sans tenir compte du contexte régional et interne.
- 31 Ces auteurs, rejoints par d'autres qui ne se prononcent pas sur la question d'un hypothétique renvoi à l'état du droit international, sont d'avis que la notion de *jus cogens* ne peut de toute manière pas être interprétée de manière plus large qu'elle ne l'est par le Conseil fédéral⁴⁰. Ils réfutent toute nouvelle interprétation ainsi que l'élargissement aux traités non dénonçables. Ils se basent notamment sur la lettre de l'art. 139 al. 3 Cst. et sur l'échec de propositions lors de la révision totale de la Constitution et de la réforme des droits populaires⁴¹. Selon cette conception, le faible risque de conflit avec le droit international ne justifie pas une "restriction" des droits populaires. Le Conseil fédéral explique par exemple que quoiqu'il en soit, la "probabilité qu'une initiative populaire contraire au droit international soit adoptée par le peuple est minime". Dans le même sens, Thomas COTTIER et Maya HERTIG affirmaient, en 2000: "Erstens lässt sich ein Konflikt zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht meistens mit milderer politischen und juristischen Mitteln vermeiden als durch eine Ungültigkeitserklärung einer Volksinitiative"⁴². Il faut bien admettre que la *Realpolitik*, en particulier le "oui" à l'initiative "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables" en 2004 et à l'initiative "Contre la construction de minarets" en 2009, rend cette argumentation caduque. Plus récemment, Helen KELLER, Markus LANTER et Andreas FISCHER proposaient un argument d'un autre genre: la notion de *jus cogens* serait "fragile", si bien qu'une interprétation de la Suisse qui irait plus loin que le "consensus" international pourrait faire perdre ses contours au *jus cogens*⁴³. C'est à notre avis surestimer l'influence de la Suisse sur le droit international. Mais admettons. Serait-ce vraiment si "contre-productif" que la Suisse montre la voie?
- 32 Le courant des auteurs prônant une interprétation élargie du *jus cogens* semble avoir le vent en poupe⁴⁴. Toutefois, il faut reconnaître qu'il s'agit souvent plus de laisser "la porte ouverte" à une évolution que de défendre véritablement l'élévation par la pratique des autorités fédérales d'une norme bien précise au rang de *jus cogens*. René RHINOW mentionne

³⁶ DE QUADROS, p. 560.

³⁷ ZIMMERMANN, p. 758; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. II, n° 309; LOMBARDI, p. 709-710.

³⁸ TSCHANNEN, § 44, n° 24-25; HANGARTNER/KLEY, n° 554; BAUMANN, p. 205-206.

³⁹ Voir *supra* n° 25-26. Dans le même message, celui-ci affirme certes que les règles du *jus cogens* "participent des principes fondamentaux de l'attitude interétatique et s'avèrent indispensables à la coexistence pacifique des peuples et à leur dignité", mais aussi qu'il incombe à la pratique de l'Assemblée fédérale "de clarifier au maximum la portée de cette notion" (FF 1997 I 369, 454).

⁴⁰ AUER/TORNAY, p. 744; COTTIER/HERTIG, p. 21; AUBERT, Art. 139 Cst., n° 9; BAUMANN, p. 208; KELLER/LANTER/FISCHER, p. 142-143; GRAF, n° 101; MADER, n° 107. HANGARTNER, n° 29 et MADER, Problemfelder, p. 98-99, estiment que la problématique est d'ordre plus général (droit interne/droit international) et qu'une interprétation extensive de la notion de *jus cogens* n'est pas la solution adéquate.

⁴¹ FF 2001 4615 et *infra* note 53.

⁴² COTTIER/HERTIG, p. 21.

⁴³ KELLER/LANTER/FISCHER, p. 143.

⁴⁴ BIAGGINI, p. 728; RHINOW, n° 3187; HÄFELIN/HALLER/KELLER, n° 1756; THÜRER, § 11, n° 15; NOBS, p. 111; ZIMMERMANN, p. 758; NAY, p. 29.

l'interdiction des discriminations raciales, tandis que Ulrich HÄFELIN, Walter HALLER et Helen KELLER ajoutent les discriminations liées à la religion, à la nationalité, aux opinions politiques et à l'appartenance à un groupe social. Roger NOBS, sceptique quant au principe de non-refoulement, émet l'hypothèse de l'interdiction des discriminations raciales et du droit à l'aide d'urgence comme normes impératives. Il dit également son intérêt par rapport à l'existence d'un *jus cogens* régional. Daniel THÜRER rappelle la "téléologie" de la Constitution. Ce dernier auteur est d'avis qu'il ne faut pas perdre de vue que l'interprétation conforme de la Constitution au droit international doit prendre en compte de manière optimale les buts et valeurs fondamentaux de l'ordre juridique international. Tristan ZIMMERMANN propose de construire "une catégorie intermédiaire d'obligations internationales liant la Suisse". Pour cet auteur, certains droits fondamentaux auraient valeur de *jus cogens* et formeraient une catégorie d'obligations "intermédiaires" *sui generis*.

- 33 En dernier lieu, de rares auteurs interprètent la notion de *jus cogens* au sens de l'art. 139 al. 3 comme recouvrant le droit international coutumier, voire l'ensemble du droit international⁴⁵. Une interprétation aussi extensive perd à notre avis tout lien avec le texte constitutionnel, mentionnant les "règles impératives du droit international", et non le droit international général. De plus, elle vide de sa substance la notion de "règles impératives du droit international", qui n'aurait plus raison d'être si elle se confondait avec le droit international général.
- 34 Cette abondante doctrine est dans l'ensemble plus ouverte et progressiste que ne le sont les autorités fédérales. Elle développe nombre d'originalités qui, gageons-le, auront leur influence lors d'applications futures de l'art. 139 al. 3 Cst. Cependant, les controverses ne se limitent pas à la question du *jus cogens*. Contrairement à une partie de la doctrine, nous avons choisi d'examiner sous l'angle des limites "implicites" ce qui ne touche pas à l'interprétation du *jus cogens* au sens strict.

2. La problématique des limites "implicites"

- 35 D'emblée, il sied de mentionner une quatrième condition de validité *de constitutione lata*, celle de l'exécutabilité (*Durchführbarkeit*). Elle ne figure pas à l'art. 139 al. 3. Il s'agit en vérité d'un principe général du droit développé par le Tribunal fédéral et que le Conseil fédéral a expressément reconnu comme condition de validité matérielle des initiatives populaires⁴⁶. Le postulat sur lequel se fonde cette condition implicite, puisque non écrite, est que le peuple ne doit pas être amené à se prononcer sur un projet dont l'exécution est impossible⁴⁷.
- 36 Il est permis de s'interroger sur la qualité strictement juridique de cette condition. Concernant les infrastructures, le Tribunal fédéral considère que seul un "ouvrage en état d'achèvement" justifie une invalidation⁴⁸. Or, même dans un tel cas, on pourrait rétorquer qu'une infrastructure est toujours destructible. Sur le plan fédéral, l'initiative populaire dite "Chevallier" a été invalidée pour cause d'inexécutabilité⁴⁹. Le texte exigeait la réduction des dépenses militaires de moitié dans les deux ans. Le Conseil fédéral, jugeant qu'il était parfaitement impossible d'organiser la votation populaire assez tôt pour, le cas échéant, mettre en œuvre l'initiative dans le cadre du budget de 1956 (dernier délai), proposa aux Chambres l'invalidation pour cause d'inexécutabilité. Ici aussi, on ne voit pas où réside la véritable

⁴⁵ Voir les auteurs cités par AUER/TORNAY, p. 744 (note 35).

⁴⁶ FF 1997 I 441, 453.

⁴⁷ ATF 101 Ia 354; 128 I 202 Michel Rossetti.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ FF 1955 II 1522.

"impossibilité"⁵⁰. En résumé, il semble que le développement de cette condition ait eu pour cause la volonté de créer un garde-fou – politique? – évitant aux autorités de se retrouver dans des situations particulièrement peu confortables.

- 37 L'existence de la condition d'exécutabilité pourrait nous pousser à conclure au caractère non exhaustif de l'art. 139 al. 3 Cst. Ce serait toutefois méconnaître le fait qu'il s'agit d'un principe général du droit, et non d'une condition née de l'interprétation de l'art. 139 al. 3 Cst.⁵¹
- 38 Il est donc nécessaire d'étudier plus en profondeur la question de l'exhaustivité des conditions de validité. Le texte de l'art. 139 al. 3 Cst. est formulé de manière "définitive", eu égard à l'absence de l'adverbe "notamment". L'Assemblée fédérale n'a d'ailleurs pas non plus, en théorie, de liberté d'appréciation, puisqu'elle "déclare" (et non "peut déclarer") une initiative nulle lorsqu'une condition de validité n'est pas respectée.
- 39 Une interprétation historique laisse cependant apparaître que la formulation choisie n'exclut pas une évolution dans l'interprétation. Le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale est explicite: la réglementation relative aux limites "ne doit pas être comprise comme étant définitive; elle laisse au contraire la porte ouverte à une évolution dans ce domaine"⁵². D'un avis contraire, Roger NOBS s'appuie sur les conclusions de la Commission constitutionnelle du Conseil national, ayant renoncé à l'ajout d'une condition supplémentaire⁵³. Prétendre que l'échec d'une proposition parlementaire spécifique constitue un obstacle définitif à toute démarche interprétative ultérieure est peu convaincant: la procédure législative ne saurait en effet figer le droit *ad eternum*. Il faut également rappeler l'argumentation de Daniel THÜRER quant à l'esprit de la Constitution⁵⁴. En effet, considérer l'art. 139 al. 3 Cst. comme une *lex specialis* par rapport à l'art. 5 al. 4 Cst. ne doit pas servir de justification à une violation systématique du droit international par la voie de l'initiative populaire. Le principe reste le respect des droits fondamentaux et du droit international, l'exception l'art. 139 al. 3 Cst.
- 40 La question de l'exhaustivité de l'art. 139 al. 3 Cst. est sensible. Historiquement, la doctrine majoritaire défendait l'absence de limites matérielles à la révision de la Constitution. De toute façon, la question est longtemps restée purement théorique⁵⁵. Au cours des années 1990, elle a toutefois passablement évolué, allant jusqu'à applaudir unanimement l'invalidation de l'initiative "Pour une politique d'asile raisonnable" en 1996, dont la non-conformité au *jus cogens*, considéré alors comme une limite matérielle non écrite, était, il faut l'avouer, assez grossière⁵⁶. Il est aujourd'hui difficile d'identifier un courant majoritaire, mais la multiplication des initiatives problématiques semble grossir les rangs des auteurs qui considèrent la liste des conditions de l'art. 139 al. 3 Cst. comme n'étant pas exhaustive⁵⁷.

⁵⁰ Dans ce sens, AUBERT, Art. 139 Cst., n° 10; WILDHABER, Art. 118 aCst., n° 111.

⁵¹ NOBS, p. 114. *Contra*: BIAGGINI, p. 728 (note 38); MADER, n° 108.

⁵² FF 1997 I 455.

⁵³ NOBS, p. 115. Du même avis: MADER, n° 107. *Contra*: KAYSER, p. 192. La proposition rejetée visait les traités non dénonçables. Son défaut était de ne faire aucune distinction entre les traités majeurs (droits fondamentaux) et les traités de peu d'importance.

⁵⁴ Voir *supra* n° 32.

⁵⁵ En 1988, WILDHABER, Art. 118 aCst., n° 24, notait avec amusement qu'il était "rare (...) que la pratique se soit si peu préoccupée d'une querelle théorique comme elle l'a fait de celle-ci". Seule l'initiative dite de "Rheinau" et celle "Contre la limitation du droit de vote lors de la conclusion de traités avec l'étranger" firent l'objet d'un débat. Toutes deux furent soumises au peuple, qui les refusa (FF 1955 I 61; 1977 II 194).

⁵⁶ FF 1994 III 1482 et les nombreuses références à la doctrine. On relèvera à titre d'exemple la position de Jean-François AUBERT, reconnaissant en 1991 le *jus cogens* comme limite matérielle mais considérant en 2003 que les conditions de validité sont énumérées exhaustivement à l'art. 139 al. 3 Cst. (Bundesstaatsrecht, p. 449; Art. 139 Cst., n° 9).

⁵⁷ Les défenseurs de l'interprétation classique sont AUBERT, Art. 139 Cst., n° 9; HANGARTNER/KLEY, n° 557-561; HANGARTNER, n° 30; NOBS, p. 112-116; BAUMANN, p. 205-210; TSCHANNEN, § 44, n° 26b-28; GRAF, n° 102-104; MADER, n° 108. AUER/TORNAY, p. 743-745, s'opposent à la "réponse classique" mais n'adhèrent pas

- 41 A notre avis, deux arguments principaux plaident en faveur de la doctrine progressiste. D'une part, l'importance prise par le tissu d'instruments de protection des droits de l'homme qui lient désormais la Suisse semble confier aux archives du 20^{ème} siècle la théorie des droits populaires "sans limites". L'idée que le constituant de demain ne doit pas être lié par celui d'aujourd'hui est certes fondamentale⁵⁸, mais elle ne doit à notre avis pas être comprise comme imposant une vision figée du rapport entre droits populaires et droits fondamentaux. D'autre part, la doctrine, suivie par le Conseil fédéral et les Chambres, a admis en 1996 l'existence d'une condition de validité matérielle non écrite. Nous ne voyons donc pas pour quelle raison l'on ne pourrait plus raisonner de la sorte aujourd'hui et, partant, pourquoi l'idée même de limites implicites serait définitivement bannie.
- 42 Si l'on admet que des conditions de validité matérielle implicites sont envisageables outre celle de l'exécutabilité matérielle, encore faut-il réussir à les déterminer précisément. La doctrine semble peu à peu se concentrer sur la problématique des traités non dénonçables consacrant des droits fondamentaux⁵⁹. La CEDH n'en étant pas un (art. 58 CEDH), seuls les deux Pactes de l'ONU du 16 décembre 1966⁶⁰ rentrent dans cette catégorie. Si une dénonciation de la CEDH est juridiquement possible, la réalité politique et la dignité de notre démocratie ne nous autoriseraient guère un tel coup d'éclat. Elle est donc formellement dénonçable, mais *de facto* non dénonçable. Luzius WILDHABER, à l'origine de ce courant, imagine donc comme double (nouvelle) condition de validité matérielle, non écrite, les "unkundbare Verträge von erheblicher Tragweite" ainsi que les "nur noch formal kündbare Verträge von erheblicher Tragweite, die aber faktisch unkündbar geworden sind"⁶¹.
- 43 Le cas d'une hypothétique adhésion à l'Union européenne (UE) retient également l'attention de la doctrine. Si l'on considère d'une part que les Traités sur la Communauté européenne (TCE) et sur l'Union européenne (TUE) ne sont pas dénonçables et d'autre part que les art. 230 ss TCE permettent d'attaquer devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) des normes internes contraires au droit de l'Union directement applicable et primant le droit des Etats membres, la Suisse se trouverait dans une situation analogue face au *jus cogens* et face au droit communautaire. Les initiatives contraires à ce dernier devraient donc être invalidées, afin de respecter le principe de primauté⁶². Ainsi, le droit communautaire formerait *per se* une condition de validité matérielle supplémentaire.
- 44 Les développements qui précèdent témoignent d'une activité intense et d'un nombre croissant de contributions sur le sujet de la part de la doctrine ces dix dernières années. Nous verrons

pour autant à la "réponse progressiste". Enfin, les partisans d'une énumération non exhaustive sont RHINOW, n° 3191; BIAGINNI, p. 728; WILDHABER, Neues zur Gültigkeit, n° 17-19; KAYSER, p. 192, 194-199; THÜRER, § 11, n° 15. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, n° 1301, incluent les Pactes de l'ONU et la CEDH dans l'interprétation du *jus cogens* et n'en font donc pas formellement des conditions supplémentaires. ZIMMERMANN, p. 755, 758-759, affirme que la seule limite matérielle réside actuellement dans le *jus cogens* et que les traités non dénonçables "ne peuvent entrer sous cette catégorie de normes", avant de déclarer finalement que la notion de normes impératives "inclurait également les traités non dénonçables". KELLER/LANTER/FISCHER, p. 144, imaginent un examen préalable devant déterminer si la Suisse risque un dommage irréparable. Dans la négative, l'initiative serait à soumettre au souverain. NAY, p. 29, est d'avis que les initiatives contraires au droit international non impératif, mais inexécutables car leur application aboutirait nécessairement à une condamnation par la CEDH, doivent être invalidées.

⁵⁸ AUBERT, Bundesstaatsrecht, p. 149; AUER, Limites, p. 84; WILDHABER, Art. 118 aCst., n° 29-35.

⁵⁹ Avant 1996, la doctrine et les députés alléguaient toutes sortes de limites matérielles (langues, fédéralisme, Etat de droit, etc.). Voir l'impressionnant inventaire dressé par WILDHABER, Art. 118 aCst., n° 39-64.

⁶⁰ Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (RS 0.103.1); Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2). Entrés en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.

⁶¹ WILDHABER, Neues zur Gültigkeit, n° 17-19. Voir *supra* note 53. Cette proposition a le mérite d'opérer une distinction entre les traités de peu d'importance et ceux d'une "erheblicher Tragweite", dignes d'être érigés en condition de validité matérielle.

⁶² HANGARTNER, n° 31; ZIMMERMANN, p. 755; AUER, Démocratie, n° 25-29. Pour le surplus, nous renvoyons aux commentaires précis de NOBS, p. 388-397.

dans les paragraphes qui suivent si et dans quelle mesure le Conseil fédéral s'inspire, en pratique, des opinions doctrinales évoquées.

III. La validité matérielle: ce que dit le Conseil fédéral et ce qu'il ne dit pas

- 45 Après avoir passé en revue la doctrine, il convient d'analyser la pratique récente des autorités fédérales en matière d'initiatives populaires. Le Conseil fédéral joue un rôle clé dans la procédure de traitement des initiatives populaires. C'est en effet à lui que revient la tâche d'effectuer l'analyse préalable du projet au regard des conditions de validité. Il soumet à l'Assemblée fédérale "un projet d'arrêté fédéral accompagné d'un message" (art. 97 al. 1 let. a LParl). Ce document du Conseil fédéral passe en revue les conditions de validité et contient les propositions adressées à l'Assemblée fédérale quant à la validité et à l'opportunité d'une initiative. Il est publié dans la Feuille fédérale. Par la suite, la phase parlementaire est régie par les art. 97 ss LParl.
- 46 Pour nous livrer à l'analyse, nous avons sélectionné quelques initiatives récentes. Nos commentaires porteront principalement sur les messages du Conseil fédéral, mais il sera fait également mention des débats parlementaires (A). Nous tenterons ensuite de dégager les grandes lignes de cette pratique (B).

A. Analyse de la pratique récente

1. L'initiative "Pour une politique d'asile raisonnable"

- 47 Le 27 août 1992, l'initiative lancée par les Démocrates suisses (DS), dont il a déjà été fait mention à plusieurs reprises ci-dessus, a abouti⁶³. Rappelons au préalable que la Constitution fédérale du 24 mai 1874 ne connaissait que deux conditions de validité formelle: l'unité de la forme (art. 121 al. 4 aCst.) et l'unité de la matière (art. 121 al. 3 aCst.). Il était donc correct, jusqu'alors, de qualifier l'initiative populaire en droit fédéral d'instrument de démocratie directe sans limites quant à son contenu, sous réserve de la condition implicite d'exécutabilité et des propositions de la doctrine. Le constituant du 18 avril 1999, quant à lui, a consacré formellement à l'art. 139 al. 3 Cst. la conformité au *jus cogens* comme condition de validité matérielle des initiatives populaires.
- 48 En 1990, les Démocrates suisses décident de jouer la carte de l'initiative populaire pour se profiler sur le thème sensible du droit d'asile. Parmi les dispositions du projet rédigé, l'art. 69^{quater} al. 4 aCst. avait la teneur suivante: "Les requérants d'asile qui sont entrés illégalement en Suisse et ceux dont la demande a été rejetée de manière définitive sont renvoyés immédiatement; ils ne peuvent faire recours."⁶⁴. Pour tout juriste, la proposition paraît d'emblée choquante: pas de recours et un renvoi "immédiat" sans aménagements ni exceptions. Or, au regard de ce qui précède concernant le droit d'initiative sous le régime de la Constitution de 1874, la solution n'allait pas de soi: comment faire pour éviter que le peuple suisse ne se prononce sur un texte contraire à la dignité humaine, nonobstant le silence de la Constitution? Dans son message du 22 juin 1994, le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale de déclarer nulle l'initiative⁶⁵, ce qu'elle a fait le 14 mars 1996⁶⁶.
- 49 L'analyse est sévère: le Conseil fédéral met en évidence différentes violations du droit

⁶³ FF 1992 V 835.

⁶⁴ FF 1991 I 102.

⁶⁵ FF 1994 III 1471.

⁶⁶ FF 1996 I 1305.

international conventionnel et s'appuie sur la doctrine suisse, quasi unanime, qu'il cite abondamment. La question principale est celle du non-respect des obligations de non-refoulement qui découlent de nombreux instruments internationaux liant la Suisse (CEDH, Pacte II, Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés⁶⁷, etc.). En résumé, ce principe interdit à un Etat de renvoyer un requérant s'il risque des persécutions. Or, le principe de non-refoulement n'est pas seulement de type conventionnel, auquel cas il ne pourrait constituer aux yeux du Conseil fédéral une limite au droit d'initiative: il découle "du droit international coutumier à caractère contraignant (dit *jus cogens*)"⁶⁸. Ce point de vue étant partagé par la doctrine, le Tribunal fédéral ainsi que par de nombreux Etats, le Conseil fédéral n'a donc pas pris de risque démesuré en affirmant que pour cause de non-conformité au principe de non-refoulement, l'initiative des Démocrates suisses devait être déclarée nulle (invalidée).

- 50 Les conclusions du Conseil fédéral, dont la détermination en l'espèce est à saluer, méritent citation: "Avec l'entrée en vigueur des dispositions constitutionnelles en question, la Suisse serait obligée, soit de ne pas les appliquer, soit de violer les principes les plus élémentaires du droit international public; c'est une alternative inacceptable pour un Etat de droit.". En conséquence, "une votation populaire sur les dispositions en question représenterait une perversion de l'ordre démocratique de notre pays et ferait tourner à la farce l'exercice des droits populaires"⁶⁹.

2. L'initiative "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables"

- 51 Cette initiative est la première cristallisation en Suisse d'un phénomène qui a pris une ampleur considérable dans toute l'Europe: la criminalisation accrue des agressions sexuelles. Profitant d'un climat politico-médiatique des plus favorables, l'initiative a rassemblé 194'300 signatures⁷⁰ puis a été soumise au peuple et aux cantons, qui l'ont acceptée par 56.2 % de "oui" (24 cantons) le 8 février 2004⁷¹. Le texte proposé, en vigueur à l'art. 123a Cst., instaure une mesure d'internement à vie sans possibilité de mise en liberté conditionnelle, sous réserve de l'apparition de "nouvelles connaissances scientifiques". Dans son message du 4 avril 2001, le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale de soumettre l'initiative au peuple et aux cantons en leur recommandant de la rejeter⁷², ce qu'elle a fait, en vain, le 20 juin 2003⁷³.
- 52 L'absence de toute possibilité de recours devant un tribunal durant la détention est clairement contraire aux art. 5 § 4 CEDH et 9 § 4 du Pacte II. Nous sommes d'avis que l'initiative viole également l'art. 3 CEDH, dans la mesure où elle exige la création d'une forme de peine (au sens de l'art. 7 § 1 CEDH) *de jure* ou *de facto* incompressible⁷⁴.
- 53 L'analyse du Conseil fédéral est décevante. En effet, le message n'aborde pas la question du contenu du *jus cogens*. Il ne cite qu'à titre exemplatif "les garanties de la CEDH et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, auxquelles on ne peut déroger", concluant rapidement qu'il n'y a en l'espèce aucun conflit "avec les garanties susmentionnées"⁷⁵. Le Conseil fédéral pense même pouvoir interpréter l'initiative de manière conforme à l'art. 5 § 4 CEDH, en considérant que la notion de "nouvelles connaissances scientifiques" comprend

⁶⁷ Entrée en vigueur pour la Suisse le 21 avril 1955 (RS 0.142.30).

⁶⁸ FF 1994 III 1486.

⁶⁹ FF 1994 III 1487.

⁷⁰ FF 2000 3124.

⁷¹ FF 2004 2045.

⁷² FF 2001 3265.

⁷³ FF 2003 3979.

⁷⁴ ACEDH *Léger* du 11 avril 2006, § 90-94; *Kafkaris* du 12 février 2008, § 116-119.

⁷⁵ FF 2001 3270.

"une modification de la situation personnelle du délinquant"⁷⁶. La volonté des initiants est alors méconnue, puisque le but du texte est précisément d'exclure toute forme de libération conditionnelle. Le message ne fait aucune allusion à la doctrine des traités non dénonçables, ni à celle qui voit en la CEDH un exemple de *jus cogens* régional. Enfin, il est silencieux sur la question des potentielles difficultés de mise en œuvre au regard des exigences de la CEDH.

- 54 Or, c'est ce dernier point qu'illustre parfaitement cette initiative. Depuis le plébiscite de l'art. 123a Cst., il a fallu quatre ans et demi pour que des dispositions de mise en œuvre entrent enfin en vigueur, le 1 août 2008⁷⁷. Refusant une première fois en 2006 d'entrer en matière sur un texte qu'elle jugeait contraire à la CEDH, la Commission des affaires juridiques du Conseil national y a été contrainte le 17 septembre 2007 après un vif débat, certains députés étant conscients d'être confrontés à un dilemme⁷⁸. En effet, une première possibilité consiste à ne pas appliquer l'initiative, ou à la mettre en œuvre en se conformant à la Convention, ce qui revient alors à ignorer la volonté du peuple. L'alternative, respectueuse de la volonté du souverain, consiste à rédiger un texte légal contraire à la CEDH, ouvrant la voie du recours à la Cour, prémisse d'une condamnation irrémédiable aux conséquences douloureuses.
- 55 Quoiqu'il en soit, l'initiative et les dispositions pénales y relatives n'ont à ce jour, à notre connaissance, jamais été appliquées. Une interprétation restrictive de l'art. 139 al. 3 Cst. conduit à une impasse dont la démocratie directe ne sort pas grandie. Pis, le peuple est le dindon de la farce: il est l'otage des groupes politiques pour lesquels le droit d'initiative n'est plus la faculté de proposer un projet de société, mais seulement celle de soulever les polémiques, sans faire de cas de la praticabilité du projet. Curieusement, l'on s'aperçoit que les conclusions philosophico-juridiques du Conseil fédéral de 1994 sont transposables à cette initiative, alors même que l'analyse des conditions de validité aboutit à un résultat différent en 2001 (CEDH violée, *jus cogens* non violé)⁷⁹. Le droit constitutionnel ne se doit-il pas de tenter de résoudre cette contradiction révélée au grand jour par l'exercice du droit d'initiative?

3. L'initiative "Pour des naturalisations démocratiques"

- 56 L'initiative de l'Union démocratique du centre (UDC), qui a abouti le 9 janvier 2006⁸⁰, fait suite à deux arrêts du Tribunal fédéral du 9 juillet 2003⁸¹. Ces décisions sonnent le glas des naturalisations par les urnes. Elles sont jugées contraires à l'art. 29 al. 2 Cst., car elles ne permettent aucune motivation, mais également, en toile de fond, à l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.). Le but visé par le Tribunal fédéral est d'empêcher à l'avenir que le peuple ne soit amené à être l'auteur de grossières discriminations par le biais des urnes, comme cela a été le cas à Emmen⁸². Le texte des initiants, sans le mentionner expressément, vise donc à faire machine arrière et à ôter toute portée juridique aux arrêts du Tribunal fédéral, en autorisant à nouveau ce que nous qualifierons de "scrutins de la honte". Dans son message du 25 octobre 2006, le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale de soumettre l'initiative au peuple et aux cantons en leur recommandant de la rejeter⁸³, ce qu'elle a fait le 5 octobre 2007⁸⁴. Le peuple et les cantons ont refusé le projet de l'UDC par 63.8 % de "non" (25 cantons) le 1^{er} juin 2008⁸⁵.

⁷⁶ FF 2001 3288; 2006 869.

⁷⁷ RO 2008 2961.

⁷⁸ BO 2007 CN, p. 1185 ss.

⁷⁹ Voir *supra* n° 50.

⁸⁰ FF 2006 835. On notera avec amusement que les chiffres de l'UDC étaient erronés, ce qui a conduit à un deuxième décompte, constatant l'aboutissement avec 100 038 signatures!

⁸¹ ATF 129 I 232 *Initiative SVP*, SJ 2003 I 513; 129 I 217 *Emmen*, SJ 2004 I 181.

⁸² AUER/TORNAY, p. 741-742 (note 18).

⁸³ FF 2006 8481.

⁸⁴ FF 2007 6553.

⁸⁵ FF 2008 5559.

- 57 Cette initiative nous paraît digne d'intérêt, car elle touche – indirectement – à l'interdiction des discriminations. Ce droit fondamental revêt une importance particulière qui pose la question du contenu du *jus cogens*. Certains auteurs, nous l'avons vu, considèrent que l'interdiction des discriminations a qualité de norme impérative du droit international, même si la question est loin d'être tranchée, notamment en ce qui concerne les motifs de discrimination⁸⁶.
- 58 Le Conseil fédéral admet sans réserve que l'initiative est contraire à l'art. 6 de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁸⁷. Il l'estime également contraire à l'art. 2 § 3 du Pacte II et à l'art. 13 (en rapport avec l'art. 8) CEDH⁸⁸. Citant sa liste habituelle et restreinte de normes du *jus cogens*, une phrase lui suffit pour conclure que les droits violés "ne font pas partie du droit international impératif"⁸⁹. La motivation est à chercher dans un message du 7 juin 2004 relatif à l'initiative "Oui à la protection des animaux!"⁹⁰. Cette dernière est contraire à la CEDH, au Pacte II ainsi qu'aux engagements de la Suisse pris à l'OMC. Le Conseil fédéral en profite pour prendre position par rapport à la théorie des règles considérées comme impératives car contenues dans des traités non dénonçables *de facto*. Il reconnaît que "ces traités ont, dans la hiérarchie des conventions, un rang qui rend leur dénonciation de fait impossible", mais estime qu'il "faut éviter à tout prix d'introduire dans la Constitution de nouveaux motifs de nullité qui n'y figurent pas", car "on ne saurait déroger à ce droit [d'initiative] que dans les cas d'absolue nécessité"⁹¹. Insistant sur les lourdes mesures de rétorsion auxquelles la Suisse s'exposerait en cas d'acceptation de l'initiative – condamnation par la CEDH et même par le comité de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, contraintes politiques et économiques – , il révèle la solution pour ne pas tomber dans l'impasse déjà décrite⁹²: "attirer l'attention des Chambres fédérales sur les conséquences d'une éventuelle acceptation de l'initiative"⁹³. Cet optimisme affiché du haut d'une tour d'ivoire méconnaît une réalité, qui est celle des exemples précédent et suivant: s'en remettre à la seule sagesse du Parlement devant valider l'initiative mais recommander le rejet du texte, et donc indirectement au peuple pour qu'il s'exécute, a tout d'un alibi tendant à cacher une retenue excessive dans l'examen de la validité matérielle de l'initiative.

4. L'initiative "Contre la construction de minarets"

- 59 Ayant abouti le 28 juillet 2008⁹⁴, l'initiative "anti-minarets" de l'UDC ne cesse de défrayer la chronique. Avec les "crimes sexuels" et "les étrangers", un troisième thème semble être devenu incontournable en politique ces dernières années: l'islamophobie. Une nouvelle disposition, venant compléter l'art. 72 Cst. traitant de la répartition des compétences concernant les rapports entre Eglise et Etat, aurait la teneur suivante: "La construction de minarets est interdite."⁹⁵. Dans son message du 27 août 2008, le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale de soumettre l'initiative au peuple et aux cantons en leur recommandant de la rejeter⁹⁶, ce qu'elle a fait le 12 juin 2009⁹⁷. Contre toute attente, le peuple et les cantons ont accepté le projet de l'UDC par 57.5 % de "oui" (17 cantons et cinq demi-cantons) le 29 novembre 2009.

⁸⁶ Voir *supra* n° 32.

⁸⁷ Entrée en vigueur pour la Suisse le 29 novembre 1994 (RS 0.104).

⁸⁸ FF 2006 8486-8490.

⁸⁹ FF 2006 8490.

⁹⁰ FF 2004 3077.

⁹¹ FF 2004 3088.

⁹² Voir *supra* n° 50, 54-55.

⁹³ FF 2004 3089.

⁹⁴ FF 2008 6259.

⁹⁵ FF 2007 3045.

⁹⁶ FF 2008 6923.

⁹⁷ FF 2009 3903.

- 60 Le Conseil fédéral divise son analyse en deux parties: la première traite de la validité au regard de l'art. 139 al. 3 Cst., la seconde de la compatibilité avec le droit international. Dans sa première partie, concise, le Conseil fédéral rappelle sa pratique et s'en tient à une interprétation restrictive du *jus cogens*: seules les garanties qui ne souffrent aucune dérogation, au sens des art. 15 § 2 CEDH et 4 § 1 du Pacte II ont la faveur du gouvernement. Il se borne ainsi à constater que les art. 9 (dans sa dimension extérieure) et 14 CEDH ainsi que 2, 18 et 27 du Pacte II ne figurent pas parmi les garanties auxquelles il n'est pas possible de déroger⁹⁸. Dans sa deuxième partie, le Conseil fédéral est prolixe, pour une raison bien simple: il ne s'agit pour lui que d'une "appréciation" sur l'opportunité, et non d'un examen complémentaire de la validité. Ainsi, pas moins de dix pages sont consacrées aux art. 9 et 14 CEDH. L'initiative est déclarée contraire à ces deux normes fondamentales: il est impossible d'identifier une justification légitime à l'interdiction exigée, qui par ailleurs est disproportionnée. En cas d'acceptation de l'initiative, "il est hautement vraisemblable que la Cour européenne des droits de l'homme condamnerait la Suisse"⁹⁹, est-il précisé. Concernant le Pacte II, les conclusions sont sans appel: l'initiative viole toutes les dispositions précitées, sans exception. En outre, l'initiative est contraire à l'art. 1 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La Suisse pourrait donc faire l'objet d'une communication individuelle, puisqu'elle a reconnu la compétence du comité en 2003¹⁰⁰.
- 61 Face à un projet pourtant contraire aux garanties les plus fondamentales de notre ordre juridique et de la société européenne et internationale, le Conseil fédéral procède à un découpage malheureux. Il règle en quelques lignes la question de la validité, puis, un peu plus loin, s'étend sur les mêmes questions de droit international, cette fois-ci sous l'angle de la pure opportunité, déclarant non sans une certaine désinvolture que si l'initiative était acceptée, "le Conseil fédéral et le Parlement devraient décider de quelle manière il conviendrait de résoudre ce conflit"¹⁰¹. Or, en réalité, il ne s'agirait pas de résoudre un "conflit", mais bien plutôt de subir les foudres des instances supranationales: quoiqu'en dise le Conseil fédéral, la CEDH n'est pas plus dénonçable que ne l'est le Pacte II, ce dernier étant rappelons-le non dénonçable *de jure*. Il nous paraît donc choquant que le Conseil fédéral puisse envisager, ne serait-ce que théoriquement, la renonciation à la CEDH et au Pacte II¹⁰².
- 62 Les Chambres fédérales ont sagement suivi les recommandations du Conseil fédéral. Dans un premier temps, le Conseil national, après une journée de débat et l'intervention de dizaines d'orateurs le 4 mars 2009, non sans avoir au préalable rejeté une proposition d'invalidation par 128 voix contre 53. Dans un second temps, le Conseil des Etats, rejetant une proposition semblable par 24 voix contre 16. Une minorité de députés a tenté de mettre en évidence l'"opportuniste politique" du Conseil fédéral dans son interprétation discutable de la notion de *jus cogens* et a proposé, en vain, que la liberté religieuse soit considérée comme partie intégrante de cette notion du point de vue de la Suisse¹⁰³. La validation du texte s'est donc jouée à 5 voix près au Conseil des Etats.
- 63 Le peuple, quant à lui, n'a pas suivi les recommandations officielles. A vrai dire, rien ni personne ne l'y obligeait. Ont suivi de nombreuses réactions politiques, indignées ou ravies. L'on a même parlé de vote néfaste pour l'économie suisse. Nous nous en tiendrons au

⁹⁸ FF 2008 6931-6932.

⁹⁹ FF 2008 6957.

¹⁰⁰ Voir également *supra* n° 58.

¹⁰¹ FF 2008 6963.

¹⁰² Toutes les autres parties au Pacte II devraient donner leur accord (FF 2008 6964).

¹⁰³ Les débats peuvent être consultés à l'adresse suivante: http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4807/290457/f_n_4807_290457_290626.htm.

contexte juridique¹⁰⁴. Dans ce cadre, les développements ci-dessus relatifs à l'initiative "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables" revêtent une pertinence accrue, en particulier quant aux difficultés de mise en œuvre du texte constitutionnel. Le "oui" à l'interdiction des minarets est en effet le deuxième cas d'initiative contraire à des droits de l'homme acceptée par le peuple et les cantons.

5. D'autres initiatives?

- 64 La liste d'initiatives particulièrement problématiques mais validées par l'Assemblée fédérale sur recommandation du Conseil fédéral pourrait bien s'allonger dans un avenir proche. Rien ne semble en effet pouvoir arrêter la prolifération de projets contraires aux droits fondamentaux, ceux-ci faisant systématiquement l'objet d'une impressionnante couverture médiatique, motivation première de certains initiants.
- 65 Nous mentionnerons l'initiative de l'UDC "Pour le renvoi des étrangers criminels", qui a abouti le 7 mars 2008¹⁰⁵. Dans son message du 24 juin 2009, le Conseil fédéral propose à l'Assemblée fédérale de soumettre l'initiative au peuple et aux cantons en leur recommandant de la rejeter¹⁰⁶, tout en présentant au Parlement un contre-projet indirect, dont le nom – "Expulsion des criminels étrangers *dans le respect de la Constitution*" – suggère que le texte des initiants ne la respecte pas. L'initiative a pourtant été déclarée valide par 34 voix contre 6 au Conseil des Etats, le Conseil national devant encore se prononcer¹⁰⁷. Selon le Conseil fédéral, le principe de non-refoulement n'est pas violé, ce qui laisse songeur, l'esprit de l'initiative n'étant pas différent de celui du projet invalidé en 1996. Le Conseil fédéral se raccroche en particulier au principe de l'interprétation conforme, à tel point que l'on ne voit plus très bien dans quel cas viendrait à s'appliquer à l'avenir l'art. 139 al. 3 Cst., si (même) cette nouvelle initiative sur le renvoi est déclarée valide¹⁰⁸.

B. Synthèse

- 66 Depuis l'unique invalidation d'une initiative populaire en 1996, le Conseil fédéral a eu l'occasion de rédiger de nombreux messages relatifs à des initiatives posant différents problèmes de conformité aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Les quelques exemples traités ci-dessus permettent d'esquisser les grandes lignes de la pratique du Conseil fédéral.
- 67 Tout d'abord, la détermination qui ressort du message de 1994 relatif à l'initiative "Pour une politique d'asile raisonnable" fait cruellement défaut dans les textes postérieurs. Pourtant, nous l'avons vu, la praticabilité d'une initiative est tout aussi douteuse en cas de violation du *jus cogens* tel qu'interprété par le Conseil fédéral qu'en cas de non-respect des obligations découlant de la CEDH et du Pacte II. Pour cette raison, la pratique récente consistant à réserver à ces dernières un traitement spécifique sous l'angle de la systématique également, au titre de l'"appréciation" de l'initiative, nous semble quelque peu artificielle.

¹⁰⁴ Les articles parus depuis le 29 novembre sont légion. Pour des tribunes de qualité, lire en particulier Andreas AUER et Claudia SCHOCH dans la *Neue Zürcher Zeitung* (archives consultables à l'adresse suivante: <http://www.nzz.ch/>).

¹⁰⁵ FF 2008 1745.

¹⁰⁶ FF 2009 4605.

¹⁰⁷ Les débats peuvent être consultés à l'adresse suivante: http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4813/324289/f_s_4813_324289_324369.htm.

¹⁰⁸ FF 2009 4576-4587. Pour la distinction entre validité et opportunité, voir *supra* n° 60-61. Lire aussi MADER, n° 110.

- 68 Deuxièmement, il est remarquable que le Conseil fédéral ait référencé son analyse de 1994 d'une manière des plus scientifiques qu'il soit, en citant abondamment doctrine et jurisprudence. Depuis lors, l'analyse au regard de l'art. 139 al. 3 Cst. se veut bien plus concise. Parfois, la définition et les origines du *jus cogens* sont rappelées, ainsi que la courte liste des règles en faisant partie aux yeux du Conseil fédéral¹⁰⁹. Le message de 2004 relatif à l'initiative "Oui à la protection des animaux!" exprime un net désaccord quant à l'opportunité de considérer comme impératives les règles figurant dans des traités non dénonçables *de facto*. Il faut d'ailleurs déduire de cette pratique que cette opinion est valable pour les traités non dénonçables *de jure* (Pactes I et II). En revanche, le Conseil fédéral semble avoir oublié ses formules du message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, selon lesquelles la pratique doit "tenir compte de la doctrine" et la réglementation relative aux limites "ne doit pas être comprise comme étant définitive; elle laisse au contraire la porte ouverte à une évolution dans ce domaine"¹¹⁰. Aucune évolution n'a été observée. Jamais le Conseil fédéral ne s'interroge sur la possibilité d'une ouverture du *jus cogens* à l'interdiction des discriminations et à la liberté religieuse par exemple. Jamais non plus il ne fait mention de la théorie postulant l'existence d'un *jus cogens* régional. Il n'est donc pas exagéré de dire qu'aujourd'hui, la pratique du Conseil fédéral et *a fortiori* celle du Parlement, ne sont plus conformes à l'état de la doctrine.
- 69 Troisièmement, les messages du Conseil fédéral font fi des conséquences pratiques. Accepter des initiatives contraires aux droits fondamentaux serait susceptible de créer un "conflit" entre la Suisse et la communauté internationale, conflit qu'il conviendrait de résoudre en dernier recours par la dénonciation de traités. Pour éviter d'en arriver là, le Parlement et le souverain sont donc priés de suivre les recommandations qui lui sont faites. Il faut manquer de clairvoyance pour déclarer s'en remettre à la bonne volonté des Chambres fédérales et du souverain. Ce dernier n'a d'ailleurs aucune raison de suivre le mot d'ordre officiel: il n'est pas responsable (*accountable*) de ses choix. Nous préférons donc penser que c'est par commodité politique que le Conseil fédéral évite d'adopter la posture inverse, qui consisterait notamment à reconnaître que l'acceptation d'une initiative contraire à la CEDH mène à une impasse, et qu'il convient donc d'épargner au peuple et aux cantons l'humiliation consistant à organiser un scrutin populaire qui ne débouchera sur rien, quel qu'en soit le résultat.
- 70 Enfin, la pratique du Conseil fédéral est constante et n'a été mise à mal ni par la révision totale de la Constitution, ni par la réforme des droits populaires. A court terme, un revirement semble peu probable sans impulsion politique, la doctrine n'étant pas unanime. L'interprétation restrictive et rigide ne tient toutefois qu'à un fil, ou plutôt deux: la non-application par les juges des dispositions pénales sur l'internement à vie et du nouvel article constitutionnel interdisant la construction de minarets, et l'irrecevabilité de la vague de requêtes dirigées directement (dans le but d'un contrôle abstrait) contre la norme votée le 29 novembre. En cas de condamnation de la Suisse par la CEDH, il serait intéressant de voir quelle serait la réaction des autorités, désavouées une première fois lors de l'acceptation même de l'initiative.

IV. Le droit actuel et son application: un bilan insatisfaisant

- 71 Notre courte analyse du droit *de constitutione lata*, éclairée par quelques exemples récents, nous permet de tirer un bilan relativement clair de la situation juridique dans le domaine du droit d'initiative et plus précisément des conditions de validité matérielle des initiatives populaires. Malgré ses efforts, la doctrine progressiste peine encore à se faire entendre par le

¹⁰⁹ Voir *supra* n° 26, 53, 60.

¹¹⁰ FF 1997 I 454-455. Voir *supra* n° 26, 39.

Conseil fédéral et par le Parlement. C'est une interprétation restrictive de l'art. 139 al. 3 Cst. qui prédomine et semble solidement établie. En conséquence, des initiatives contraires aux garanties fondamentales des droits de l'homme peuvent être soumises au vote du peuple et des cantons.

- 72 Cette pratique, peu satisfaisante, pourra difficilement être maintenue. Il s'agit à notre avis d'une faille dans l'édifice institutionnel pourtant solide érigé par la Constitution fédérale. Le développement des instruments européens et internationaux de protection des droits fondamentaux et le climat politique en ce début de millénaire l'ont révélée au grand jour. Certains groupes politiques ont d'ailleurs bien compris tout l'intérêt qu'il pouvait y avoir à l'exploiter.
- 73 Nous ne contestons pas qu'une initiative populaire puisse déployer de nombreux effets indirects¹¹¹ et serve de vecteur au débat public. Pourtant, les droits populaires ne sont pas un simple instrument de propagande politique: ce sont avant tout des *droits*, qui méritent la plus haute considération. Nous sommes convaincus qu'un ajustement des conditions de validité matérielle est inévitable. Il ne s'agirait pas d'une "restriction" des droits populaires, mais bien de leur renforcement. En effet, si un Etat de droit autorise le souverain à violer les droits fondamentaux lorsqu'il exerce ses compétences, c'est le principe même de Démocratie qui est atteint.

¹¹¹ Moyen d'existence politique, forte publicité, débat national, prémisse d'autres projets à divers niveaux, etc. A ce propos, voir GRAF, n° 102.

Deuxième partie Plaidoyer pour une démocratie directe plus respectueuse des garanties fondamentales du droit

74 Le constat établi au terme de la première partie appelle une réflexion quant aux solutions qui pourraient être envisagées pour faire disparaître la faille sur laquelle nous avons tenté d'attirer l'attention. En effet, un instrument de démocratie directe dont l'usage est conforme aux droits fondamentaux nous semble devoir nécessairement bonifier l'ordre juridique dont il participe. Certaines pistes ont déjà été évoquées, lorsqu'il a fallu faire l'inventaire de la doctrine et montrer la position du Conseil fédéral. Nous présenterons brièvement, *de constitutione ferenda*, les propositions qui nous semblent les plus pertinentes, en mentionnant et en critiquant les suggestions de la doctrine (I). Puis, nous examinerons une problématique directement liée aux précédentes: celle de la compétence de traiter de la validité des initiatives populaires fédérales. Nous verrons si une modification de la répartition des compétences est souhaitable (II). Enfin, nous nous plongerons un court instant dans l'actualité du Parlement fédéral pour faire le point sur les impulsions politiques et apprécier les perspectives de progrès à court et moyen terme (III).

I. Propositions de *constitutione ferenda*

75 Comme déjà relevé ci-dessus, les auteurs sont de plus en plus nombreux à admettre la nécessité d'aménager le droit actuel. En revanche, ils sont loin d'être unanimes lorsqu'il s'agit de proposer le chemin à suivre pour parvenir à des solutions. Chacun propose une démarche qui lui est propre, si bien que même la systématique des propositions diffère entre les diverses contributions. Nous ne ferons pas exception à la règle et proposerons notre schéma. Ainsi, nous distinguerons les propositions fondées sur l'interprétation de l'actuel art. 139 al. 3 Cst. (A) de celles ayant trait à une révision formelle de la Constitution (B).

A. La solution *interprétative*

1. *Le cas du jus cogens*

76 Les contours du *jus cogens* n'étant pas délimités avec précision, c'est l'interprétation de cette notion qui s'avère déterminante. Celle du Conseil fédéral, qui fonde la pratique actuelle, est la plus restrictive¹¹². Certains auteurs, proches de cette position, se contentent de considérer l'art. 139 al. 3 Cst. comme renvoyant au contenu du *jus cogens* international et nient d'une manière générale que de nouvelles règles puissent venir renforcer les garanties ayant à l'heure actuelle la qualité de normes impératives¹¹³.

77 Cette approche restrictive, minimaliste et rigide n'est plus à même de résoudre les difficultés juridiques et pratiques que présentent désormais les initiatives populaires. Elle méconnaît en outre les fondements théoriques du *jus cogens*: cette notion a été conçue pour évoluer et renforcer la protection des droits fondamentaux, non pour recevoir des contours définitivement gravés dans le marbre constitutionnel des Etats. Cette conception est celle de la Convention de Vienne, de la CDI, de la Cour internationale de Justice et de nombreux auteurs contemporains. C'était aussi celle du Conseil fédéral, dont l'attitude est désormais parfaitement contradictoire, puisque après avoir affirmé que l'Assemblée fédérale (sur recommandations de sa part) devrait clarifier la portée de cette notion dans une jurisprudence

¹¹² Voir *supra* n° 26.

¹¹³ Voir *supra* notes 38 et 40.

"tenant compte de la doctrine" et que la réglementation "laisse au contraire la porte ouverte à une évolution dans ce domaine"¹¹⁴, il a fait sienne une pratique des plus conservatrices.

- 78 Notre préférence va donc à une interprétation dynamique du *jus cogens*, reconnaissant aux Etats la faculté d'en délimiter des contours plus larges à la lumière de leur propre pratique. Dans cette optique, on ne voit pas quelle raison s'opposerait à inclure dans un premier temps l'interdiction des discriminations, raciales au moins, ainsi que la liberté religieuse¹¹⁵, dans le cercle des règles impératives du droit international au sens de l'art. 139 al. 3 Cst. La doctrine sceptique rétorque que l'interdiction des discriminations notamment est loin de faire l'unanimité de la communauté internationale, et que par conséquent elle ne saurait avoir valeur impérative¹¹⁶. Cet argument peut être écarté en s'appuyant sur l'existence d'un *jus cogens* régional¹¹⁷. Il suffit en effet de rappeler que l'art. 14 CEDH vaut pour les 47 Etats du Conseil de l'Europe et que le non-respect de celui-ci conduit à des condamnations avec effets obligatoires. Rien ne s'oppose donc à ce que la Suisse interprète plus largement la notion de *jus cogens*, de manière à augmenter la protection des droits fondamentaux au sein de son ordre juridique.

2. Le cas des traités non dénonçables

- 79 Dans un second temps, nous avons traité de la problématique des limites implicites, qui est elle aussi liée à l'interprétation de l'art. 139 al. 3 Cst. La proposition déjà citée de la sous-commission n° 1 de la Commission constitutionnelle du Conseil national présentait un défaut majeur: proposer comme nouvelle condition de validité matérielle l'ensemble des traités non dénonçables. C'est donc sans surprise qu'elle n'a pas été retenue par la Commission constitutionnelle¹¹⁸. En revanche, les propositions plus récentes tiennent compte de ce refus et contiennent toutes un critère permettant d'éliminer les traités de peu d'importance¹¹⁹. Par conséquent, l'argument consistant à se baser sur cette décision pour justifier le caractère exhaustif de l'art. 139 al. 3 Cst. n'est plus pertinent. Quoiqu'il en soit, nous avons montré qu'il n'était pas convaincant et que les travaux préparatoires soulignent la nature ouverte de la "réglementation" des conditions de validité matérielle¹²⁰. D'une manière générale, nous avons également mis en évidence les arguments qui plaident en faveur de la doctrine progressiste¹²¹.
- 80 Nous proposons donc de retenir que la liste de conditions prévue à l'art. 139 al. 3 Cst. n'est pas exhaustive. Cela ne revient évidemment pas à dire que n'importe quelle nouvelle condition pourrait être "adoptée" par le Conseil fédéral. Toute interprétation extensive doit garder un lien étroit avec la lettre de la Constitution et respecter son esprit, c'est-à-dire le respect par l'ordre juridique suisse des garanties fondamentales du droit international. De ce fait, nous sommes d'avis que les traités non dénonçables *de jure* ou *de facto* doivent constituer une limite à la révision de la Constitution, pour autant qu'ils protègent des droits fondamentaux. A ce propos, les auteurs parlent de "traités garantissant des droits fondamentaux à l'échelon international"¹²², de "Verträge von erheblicher Tragweite"¹²³, de "Staatsverträge von

¹¹⁴ FF 1997 I 454-455.

¹¹⁵ Son noyau dur ne pouvant faire l'objet de restrictions (FF 2008 6231), la nouveauté concernerait la dimension extérieure de cette liberté, sous réserve d'une restriction justifiée.

¹¹⁶ Voir notamment: AUER/TORNAY, p. 744.

¹¹⁷ Voir *supra* n°29. ZIMMERMANN, p. 758, appuie la thèse de DE QUADROS en l'illustrant par la question de l'interdiction de la peine de mort. Il conclut qu'"il serait surprenant que l'Assemblée fédérale n'invalide pas une initiative populaire demandant la réintroduction de la peine de mort au motif qu'elle ne contrevient pas aux règles impératives du droit international". *Contra*: GRAF, n° 103.

¹¹⁸ Voir *supra* note 53.

¹¹⁹ Voir *infra* n° 80.

¹²⁰ Voir *supra* n° 39.

¹²¹ Voir *supra* n° 41.

¹²² ZIMMERMANN, p. 758. *Idem*: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. I, n° 1301.

besonderer Wichtigkeit"¹²⁴, de "Völkerrechtsnormen (...) von inhaltlich weittragender Bedeutung"¹²⁵, ou encore de "völkerrechtliche Verpflichtungen von grundlegender Bedeutung"¹²⁶. Il n'existe donc pas (encore) de notion bien arrêtée, mais l'on peut aisément déduire de ces éléments qu'il s'agit bien de prendre en compte les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, à l'exclusion de tout autre traité, fût-il non dénonçable *de jure*.

- 81 Concrètement, c'est au cas par cas qu'il faudra trancher la question, car établir abstraitement une liste de traités paraît être un exercice périlleux. Seraient visés notamment la CEDH, les deux Pactes de l'ONU (non dénonçables *de jure*), mais également la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹²⁷ et tout autre traité *de facto* non dénonçable. Nous pensons qu'une interprétation englobant la CEDH et les deux Pactes de l'ONU permettrait en pratique d'éviter de soumettre au peuple et aux cantons les initiatives contraires aux droits fondamentaux. Cependant, il n'existe aucune raison d'exclure d'emblée les autres conventions, qui pourraient le cas échéant trouver application en tant que limite matérielle afin de combler les lacunes des conventions de portée générale. Quant au droit de l'Union européenne, il formerait nécessairement, en cas d'adhésion, une condition de validité matérielle. Il tomberait donc lui aussi, implicitement, sous le coup de l'art. 139 al. 3 Cst.¹²⁸ Le contrôle serait par ailleurs analogue à celui de la conformité des initiatives cantonales au droit fédéral.

B. La solution *démocratique*

- 82 Outre le fait d'interpréter plus largement le texte constitutionnel existant, il est bien sûr possible de réviser formellement la Constitution pour y inclure en toutes lettres une ou plusieurs nouvelles conditions de validité matérielle. Les auteurs défavorables aux propositions touchant à l'interprétation sont divisés: certains d'entre eux sont contre l'ajout de toute nouvelle condition, quelle que soit la méthode utilisée pour y parvenir. D'autres en revanche sont conscients que des aménagements sont nécessaires mais sont convaincus qu'ils ne doivent être entrepris que par la voie de la révision constitutionnelle¹²⁹. Quant aux auteurs favorables à la solution interprétative, il ne fait aucun doute qu'ils se réjouiraient du succès d'un projet de révision de l'art. 139 al. 3 Cst.¹³⁰
- 83 Parmi les auteurs les plus réticents à une évolution, certains soutiennent qu'il revient tout simplement aux autorités, en cas d'initiative contraire à la CEDH et aux Pactes de l'ONU acceptée par le peuple, de prendre toutes les mesures nécessaires pour en atténuer les conséquences néfastes pour la Suisse¹³¹. Nous l'avons déjà montré à maintes reprises: il semble particulièrement insatisfaisant de laisser sans autre le souverain jouer un bien mauvais rôle, celui d'un organe de l'Etat violant les droits fondamentaux, pour ensuite tenter de réparer les pots cassés. En outre, il nous paraît injuste de déplacer le problème et de faire supporter aux autorités d'application la responsabilité, politique et juridique, de manipuler des textes contraires aux droits fondamentaux.

¹²³ WILDHABER, Neues zur Gültigkeit, n° 19.

¹²⁴ KAYSER, p. 194.

¹²⁵ THÜRER, § 11, n° 15.

¹²⁶ RHINOW, n° 3191.

¹²⁷ Entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987 (RS 0.105).

¹²⁸ Voir *supra* n° 43 et note 62.

¹²⁹ HANGARTNER, n° 42; KELLER/LANTER/FISCHER, p. 145 ss.

¹³⁰ Voir notamment les prises de position de KAYSER, p. 192-196, 270, et *supra* note 57.

¹³¹ NOBS, p. 121; HANGARTNER/KLEY, n° 561, COTTIER/HERTIG, p. 21-22, AUER/TORNAY, p. 745-746; MADER, n° 111; Problemfelder, p. 108.

- 84 La révision formelle de la Constitution fédérale présente un double avantage. D'une part, elle permettrait au constituant de se prononcer sur l'aménagement de son droit populaire "favori", ce que ne permet pas la solution interprétative. Autrement dit, la création de nouvelles limites matérielles gagnerait en légitimité. D'autre part, elle offrirait l'occasion de mettre un terme aux controverses liées à l'interprétation, en définissant précisément dans le texte de l'art. 139 al. 3 Cst. quels traités doivent constituer une condition de validité matérielle des initiatives populaires. La formulation suivante pourrait être adoptée par le constituant: "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, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 mai 1950 et ses protocoles ou les Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques sociaux et culturels du 16 décembre 1966, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.". Il est possible de préférer une formulation plus ouverte, en se contentant d'ajouter aux "règles impératives du droit international" le corps de phrase suivant: "ou un traité international protégeant des droits fondamentaux"¹³².
- 85 La première formule a l'avantage d'être précise. En revanche, elle exclut les autres traités, comme les accords de l'OMC, de l'OIT, les accords bilatéraux ou les conventions régionales et internationales protégeant des droits fondamentaux¹³³. La seconde, plus ouverte, règle la question des traités non dénonçables *de facto* ou *de jure*, puisqu'elle vise tous les traités protégeant des droits fondamentaux. Par contre, c'est par l'interprétation, de cas en cas, qu'il conviendrait de déterminer quels traités tomberaient sous le coup de cette nouvelle notion. Les travaux préparatoires, mais surtout la pratique, seraient déterminants.
- 86 Quoiqu'il en soit, nous sommes d'avis que la solution *interprétative* et celle, plus *démocratique*, d'une révision de la Constitution, ne s'excluent pas. Au contraire, elles se complètent, notamment dans une perspective temporelle. A court terme, un changement de pratique des autorités se basant sur une interprétation nouvelle de l'art. 139 al. 3 Cst. est plus probable que la réussite d'une révision formelle de ce même article. Ainsi, l'interprétation, la construction de principes constitutionnels non écrits, pourrait précéder la codification, et ce dans le respect de la plus pure tradition fédérale: c'est en effet de cette manière que les termes "règles impératives du droit international" de l'art. 139 al. 3 Cst. ont vu le jour, tout comme de nombreuses dispositions de la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

II. La problématique de la compétence

- 87 Le contrôle des initiatives populaires est exercé par l'Assemblée fédérale. C'est à elle qu'il incombe de statuer sur la validité des initiatives qui ont abouti (art. 173 al. 1 let. f Cst.). Le message que lui soumet le Conseil fédéral la guide assurément, mais ne la lie pas. Elle est juridiquement seule compétente pour procéder à l'analyse du respect de la validité des initiatives populaires au regard de l'art. 139 al. 3 Cst. En d'autres termes, un organe par définition politique (le pouvoir législatif) est chargé d'une mission strictement juridique. Nous voyons là une incohérence majeure, qui résulte de la volonté d'éviter que les projets du peuple ne soient pris en otage par quelques juges. Bien que mal fondées, du moins dans l'ordre juridique suisse, les craintes d'un "gouvernement des juges" n'ont pas disparu.

¹³² KELLER/LANTER/FISCHER, p. 149, proposent une solution vague et peu juridique: la notion d'obligations internationales "von vitaler Bedeutung" pour la Suisse. Très critique: MADER, n° 112; Problemfelder, p. 107.

¹³³ AUER/TORNAY, p. 745, relèvent que la définition d'une nouvelle limite n'est pas aisée. ZIMMERMANN, p. 755, recommande également de faire preuve d'une "grande prudence".

- 88 La doctrine ne cache pas ses doutes quant à la capacité de l'Assemblée fédérale à mener une analyse juridique rigoureuse¹³⁴. Ce n'est à l'évidence pas son rôle, tant ses décisions sont influencées par les jeux de pouvoir. Ne pas associer au traitement des initiatives l'autorité judiciaire suprême de la Confédération, à savoir le Tribunal fédéral, témoigne en vérité de la présence d'une lacune dans la protection juridictionnelle des droits populaires¹³⁵. Un autre argument allant dans ce sens, déterminant à notre avis, est que le Tribunal fédéral connaît déjà des recours contre les initiatives populaires cantonales et juge donc de leur validité, décidant régulièrement qu'une initiative ne sera pas soumise au vote du peuple dans un canton donné (art. 189 al. 1 let. f Cst. et 82 let. c LTF)¹³⁶.
- 89 La première réforme des droits populaires, qui s'acheva en 1999 par un net refus des Chambres, envisageait déjà d'octroyer une compétence subsidiaire au Tribunal fédéral, en cas de doute du Parlement¹³⁷. La seconde y a renoncé. L'on estimait alors que "la validité d'une initiative populaire était une décision politique qui devait être prise par l'Assemblée fédérale seule"¹³⁸. Quoique malheureusement conforme à la pratique actuelle, le point de vue est selon nous erroné, puisqu'il s'agit incontestablement, faut-il le rappeler, d'une vérification du respect des conditions qui découlent de l'art. 139 al. 3 Cst., la Constitution étant jusqu'à preuve du contraire une norme juridique. Depuis, une autre proposition a été rejetée¹³⁹.
- 90 En conclusion, il faut reconnaître que le succès d'un transfert de compétences de l'Assemblée fédérale au Tribunal fédéral semble plus improbable encore qu'un changement de pratique ou qu'une révision de la Constitution ayant trait à la validité matérielle des initiatives. Il touche à un point plus sensible encore que celui du rapport entre droits populaires et droits fondamentaux: la répartition des compétences entre le Législatif (représentant peuple et cantons) et le Judiciaire. Qu'à cela ne tienne: nous soutenons l'idée d'une compétence exclusive d'office du Tribunal fédéral¹⁴⁰. L'art. 173 al. 1 let. f Cst. serait dans ce cas abrogé. Sa teneur serait conservée, mais transférée au Chapitre 4 du Titre 5, de manière à rédiger un alinéa complémentaire à l'art. 189 Cst.: "Il statue sur la validité des initiatives populaires ayant abouti.". L'Assemblée fédérale, quant à elle, continuerait à se prononcer sur l'opportunité politique des initiatives¹⁴¹.

III. Actualité et perspectives

- 91 L'actualité se rapportant à l'objet de cette étude est plutôt chargée: lancement d'initiatives et récolte des signatures, aboutissement de certaines d'entre elles, publication des messages du Conseil fédéral, controverses doctrinales, débats parlementaires sur la validité et l'opportunité des initiatives et surtout campagnes référendaires très animées quatre fois par an, l'exercice du droit d'initiative alimente le débat politique au niveau national de façon intense et permanente.

¹³⁴ AUBERT, Art. 139 Cst., n° 17; Réforme, p. 994; ZIMMERMANN, p. 749; AUER/TORNAY, p. 745; GRISEL, Verhältnis, p. 449; KELLER/LANTER/FISCHER, p. 145. Voir en particulier les analyses détaillées de KAYSER, p. 287-301 et références, et de TORNAY, p. 135-139. *Contra*: GRAF, n° 105. MADER, n° 112, estime que l'opportunité d'un transfert de cette compétence dépend de l'introduction d'une juridiction constitutionnelle.

¹³⁵ TORNAY, p. 138.

¹³⁶ Voir *supra* notes 17, 19 et 47.

¹³⁷ FF 1997 I 490. Voir également *supra* note 11, et TORNAY, p. 137-139, *ad* art. 177a AP Cst. 1996.

¹³⁸ FF 2001 4618.

¹³⁹ BO 2002 CN, p. 407-408.

¹⁴⁰ KELLER/LANTER/FISCHER, p. 151-152, partagent notre enthousiasme. Les auteurs pensent non seulement au Tribunal fédéral, mais aussi à un Comité ou à une consultation de plusieurs experts. Le Comité devrait être permanent et fonderait sa propre pratique, dans une optique non seulement Suisse, mais également internationale, afin que les autorités supranationales puissent en cas de violation des droits de l'homme mieux comprendre les motivations de la Suisse. Voir aussi *infra* note 147 (rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010).

¹⁴¹ Du même avis: TORNAY, p. 136.

- 92 Sur le plan politique au niveau du Parlement, mis à part le traitement des initiatives, l'actualité concerne principalement une initiative parlementaire déposée le 5 octobre 2007 par le Conseiller national zurichois Daniel VISCHER¹⁴². En substance, cette proposition tend à ce que la Constitution fédérale soit modifiée afin que soit déclarée nulle une initiative qui "contrevient aux dispositions du droit international public régissant les droits fondamentaux et les garanties de procédure"¹⁴³. Tomberaient en tout cas sous le coup de cette formulation très ouverte la CEDH et les deux Pactes de l'ONU, ce que confirme le bref exposé des motifs. Rien ne permet d'exclure à ce stade qu'entrent dans le champ d'application d'autres conventions, régionales notamment.
- 93 Au vu des majorités constituées lors des élections fédérales du 21 octobre 2007, l'on pouvait *a priori* douter des chances de succès d'un texte aussi progressiste, pour ne pas dire avant-gardiste. Toutefois, le 21 août 2008, la Commission des institutions politiques du Conseil national a décidé d'approuver l'initiative par 10 voix contre 10, grâce à la voix prépondérante du Président! Plus surprenant encore, la Commission explique même que "la question se pose de savoir si le Tribunal fédéral ne devrait pas pouvoir contrôler aussi les modifications constitutionnelles et les lois fédérales lors de l'application du droit"¹⁴⁴. Par 6 voix contre 3, la Commission du Conseil des Etats a cependant refusé l'initiative le 15 octobre 2008. Le 21 novembre 2008, la Commission du Conseil national a tenu bon et confirmé son vote du 21 août par 12 voix contre 11 et une abstention. Sur sa lancée, elle a aussi décidé de soumettre un postulat au Conseil fédéral, afin d'obtenir un rapport détaillé, en particulier sur la question de savoir quelles seraient les conséquences de l'élargissement de la notion de "règles impératives du droit international" à celle de "règles importantes de la CEDH"¹⁴⁵.
- 94 Conformément à l'art. 109 al. 3 LParl, la Commission a alors proposé au Conseil national de donner suite à l'initiative, ce qu'il a fait le 11 mars 2009 par 96 voix contre 72. Le postulat a lui aussi été accepté et envoyé au Conseil fédéral, qui a lui-même donné un avis favorable. La Conseillère fédérale Eveline WIDMER-SCHLUMPF a d'ailleurs déclaré au cours des débats: "Das Postulat spricht in diesem Sinn ein aktuelles Problem an, eine aktuelle Fragestellung, die wir jetzt klären müssen"¹⁴⁶. Le Conseil fédéral l'a traité conjointement à un autre postulat sur le rapport entre droit interne et droit international. Rapport a été rendu le 5 mars 2010¹⁴⁷.
- 95 Pour la courageuse proposition de Daniel VISCHER, la procédure parlementaire est encore longue. Le vote du Conseil national et le rapport du 5 mars laissent toutefois entrevoir une prise de conscience, venant conforter notre optimisme¹⁴⁸. Idéalement, le peuple et les cantons pourraient être appelés aux urnes sur cette question dans les deux ou trois ans à venir. Seule une proposition rassemblant l'ensemble des groupes politiques progressistes serait alors capable d'obtenir la double majorité nécessaire à la modification de l'art. 139 al. 3 Cst.

¹⁴² Pour un aperçu des autres interventions, voir MADER, Problemfelder, p. 97-98. Le 28 avril 2009, le Conseil national a décidé par 80 voix contre 67 de donner suite à une initiative parlementaire "Studer" (Iv.pa. 05.445) proposant l'introduction d'une juridiction constitutionnelle.

¹⁴³ Iv.pa. 07.477.

¹⁴⁴ Le communiqué de presse CIP-N, du 21 août 2008, peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.parlament.ch/f/mm/2008/Pages/mm-spk-n-2008-08-21.aspx>.

¹⁴⁵ Po. 08.3765.

¹⁴⁶ Les débats peuvent être consultés à l'adresse suivante: http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4807/292787/f_n_4807_292787_292967.htm.

¹⁴⁷ Po. 07.3764; FF 2010 2067. Le rapport passe en revue les éventuelles solutions au problème, jugé "épineux". Le Conseil fédéral souhaite une étude plus en détails, et "chargera donc l'Office fédéral de la justice, la Direction du droit international public et la Chancellerie fédérale d'examiner cette option [*i.e.* étendre les limites matérielles]", avant de conclure que "La force d'un petit Etat, c'est avant tout son bon droit".

¹⁴⁸ Plus sceptiques: GRAF, n° 106; MADER, n° 113.

Troisième partie Enquête – la validité matérielle des initiatives populaires vue par des praticiens

96 En droit, les termes "mener une enquête" pourraient être qualifiés de "notion juridique indéterminée". Qu'on ne s'y trompe pas: loin de nous la prétention de réaliser une véritable enquête d'opinion au sens socio- ou politologique du terme; nous nous essayons à un modeste exercice consistant à donner la parole à des praticiens. Nous commencerons par quelques considérations préliminaires (I), avant de présenter les opinions de M. GRAF (II), puis celles de M. MADER (III) et de conclure par un bref résumé de la substance qui s'est dégagée des entretiens (IV).

I. Objectif, méthode et présentation des contributeurs

97 En parallèle de l'analyse juridique et des propositions concrètes *de constitutione ferenda*, qui constituent le cœur de notre étude, nous nous proposons d'adjoindre une troisième partie ayant pour objectif d'enrichir le propos en donnant la parole à des praticiens expérimentés évoluant hors du cadre strictement académique. Ce travail "de terrain" a été rendu possible grâce au concours de MM. Martin GRAF et Luzius MADER. Qu'ils soient chaleureusement remerciés de leur aimable contribution, enthousiaste et fort instructive. Notre démarche visait à obtenir au moins deux opinions, provenant idéalement de deux "milieux" différents. C'est chose faite, puisque nous avons le plaisir de pouvoir présenter une première opinion émanant des Services du Parlement, et une seconde de l'Administration.

98 La méthode que nous avons retenue pour cette "enquête" ne s'embarrasse guère d'un formalisme qui conviendrait mal à la thématique étudiée. Concrètement, nous avons soumis à MM. GRAF et MADER, lors du premier contact par courriel, une liste des points centraux que nous désirions aborder lors de l'entretien. Il s'agit ni plus ni moins, dans un ordre identique, des points constitutifs de notre *Table des matières*. Nous étions en effet convaincus qu'une discussion au cadre souple serait l'approche la plus intéressante pour nous imprégner au mieux du savoir des experts interrogés. Les entretiens ont clairement confirmé cet *a priori* et validé notre méthode. Les discussions se sont déroulées le 29 avril 2009 à Berne, en langue allemande avec M. GRAF et en langue française avec M. MADER. Nous avons enregistré les conversations, qui ont duré 47 et 56 minutes respectivement. Conformément à la méthode choisie, la retranscription prend la forme d'un bref compte rendu des discussions, et non celle d'une *interview* sous forme de questions/réponses. Enfin, précisons que les opinions des contributeurs sont citées dans les deux premières parties à chaque fois que cela s'avère pertinent. Les citations renvoient à la présente partie, afin de rendre la lecture plus dynamique et de pouvoir profiter aisément des éclairages des praticiens lors de la consultation des chapitres théoriques.

99 Martin GRAF est né en 1954 à Berne. Il étudie l'histoire à Berne, Berlin et Marbourg puis devient membre des comités de la "Studentenschaft Bern" et de l'Union des Etudiants de Suisse (UNES). Il travaille ensuite à l'Office fédéral des migrations (1985-1987), puis aux Services du Parlement dès 1987. Il devient Secrétaire des Commissions des institutions politiques en 1991, fonction qu'il exerce aujourd'hui encore. Il est également Secrétaire des Commissions constitutionnelles lors de la révision totale ayant donné naissance à la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

100 Luzius MADER est né en 1953 dans le canton de Saint-Gall. Il étudie le droit à l'Université de Genève de 1974 à 1977, avant d'entreprendre des études à la London School of Economics, où il obtient un diplôme de Master en 1978. Il est ensuite assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève jusqu'en 1984, date à laquelle il soutient sa thèse, avant d'être engagé

comme collaborateur à l'Office fédéral de la Justice. Il est actuellement Vice-directeur de l'Office, dont il dirige le domaine de direction du droit public, ainsi que Professeur extraordinaire à l'Institut de Hautes Etudes en Administration Publique (IDHEAP) à Lausanne.

II. Entretien avec M. Martin GRAF

- 101 La discussion s'ouvre sur la question du *jus cogens* et de son interprétation. M. GRAF explique tout d'abord, au vu de son expérience dans ce domaine depuis 20 ans et en particulier de sa fonction de Secrétaire des Commissions constitutionnelles, qu'un élargissement de la notion de *jus cogens*, dix ans seulement après son introduction formelle dans la Constitution et par la seule voie de l'interprétation, lui paraît "particulièrement problématique". Il dit approuver la conception du Conseil fédéral. Nous rappelons alors les termes de ce dernier, quant à la nature ouverte et évolutive du *jus cogens*. M. GRAF objecte qu'un élargissement est un "long processus", qui requiert un "large consensus", et que cette compétence fait en quelque sorte partie des "droits du constituant". Il rappelle que l'introduction même de la condition du respect du *jus cogens* n'était pas sans poser problème d'un point de vue historique, puisque le constituant d'hier a imposé une limite nouvelle au constituant d'aujourd'hui, ce qui ne correspond pas selon lui à la tradition constitutionnelle suisse. Il pense, sous un angle plus philosophique, qu'"imaginer une situation paradisiaque dans laquelle certaines normes de droit ne peuvent plus être remises en question ne serait pas souhaitable".
- 102 Concernant la nature exhaustive ou non de l'art. 139 al. 3 Cst., M. GRAF admet volontiers que la réglementation est amenée à évoluer. Il pense toutefois que cette disposition renvoie à un "noyau dur" de garanties, de "valeurs", qui font l'objet d'une "large acceptation", ce qui n'est pas le cas pour les garanties qui posent problème dans le cas de l'initiative "Contre la construction de minarets" par exemple, l'interprétation de la liberté religieuse étant "controversée". Une forte minorité ne peut pas être négligée, c'est pourquoi le peuple doit pouvoir trancher: "ôter au peuple son droit par rapport à certaines questions qui ne font pas l'unanimité conduirait à une désintégration de notre système juridique". Nous mentionnons alors le risque d'impasse dans laquelle peut conduire un vote sur un texte contraire aux droits fondamentaux, comme dans le cas de l'initiative sur l'internement à vie. M. GRAF reconnaît que c'est un argument qu'il entend fréquemment. Il estime toutefois que prétendre qu'elle ne déploie aucun effet est une approche purement juridique qui omet les influences qu'une initiative peut avoir sur la manière dont les autorités d'exécution procèdent. Selon lui, c'est l'effet le plus important d'une initiative. Il regrette que certains juristes voient parfois les choses "en noir ou en blanc" uniquement et oublient les effets politiques sur la société que peuvent avoir des textes lors de leur mise en œuvre.
- 103 Interrogé sur une hypothétique atteinte au principe même de Démocratie lors de la tenue de scrutins ayant pour objet des projets violant la CEDH notamment, M. GRAF indique s'en remettre aux "décisions raisonnables du peuple", qui devraient pouvoir éviter l'acceptation desdits projets. Prenant l'exemple d'une initiative exigeant la réintroduction de la peine de mort, il estime que le système démocratique "ne serait plus tenable" si le peuple ne pouvait pas se prononcer. La seule solution est selon lui "de convaincre le peuple de ce qui est juste". Il pense que les problèmes créés par les initiatives contraires aux droits fondamentaux sont moins graves qu'une "construction juridique qui ôterait au peuple le droit de trancher ces questions". Dans le cas de la peine de mort, le peuple "refuserait certainement, car l'interdiction est suffisamment ancrée dans l'opinion publique".
- 104 En règle générale, M. GRAF pense que le système doit s'accommoder de certaines contradictions et qu'il faudrait envisager une meilleure information du peuple sur les

conséquences qu'entraînerait un "oui", en ce qui concerne l'initiative anti-minarets par exemple. Il se dit enfin opposé à une révision de la Constitution qui inclurait la CEDH comme nouvelle condition de validité matérielle. Il pense au contraire que ne pas réviser la Constitution serait profitable à la Convention elle-même, car cela nous obligerait à convaincre le peuple de la valeur des droits qu'elle protège; ainsi, on ne lui interdirait pas purement et simplement de la violer.

- 105 Sur la question de la compétence, M. GRAF pense que seule l'Assemblée fédérale dispose de la légitimité démocratique suffisante pour décider de la validité d'une initiative. Etant donné qu'il existe une marge d'appréciation dans l'interprétation des critères, ce travail revêt un caractère politique. Dans un tel cas, on ne peut pas séparer droit et politique: établir des catégories bien distinctes relève de la réflexion académique, mais ne correspond pas à la réalité de la société.
- 106 Enfin, M. GRAF est d'avis que l'initiative "Vischer" est pour l'instant utilisée comme "instrument" dans le débat politique, en particulier à l'encontre de l'UDC. Les discussions lui paraissent peu convaincantes, avant tout au Conseil national. Il n'exclut toutefois pas "qu'il se passe quelque chose dans le sens d'un élargissement des conditions de validité". Quant à l'introduction d'une juridiction constitutionnelle, il estime que le Conseil des Etats "n'acceptera jamais".

III. Entretien avec M. Luzius MADER

- 107 M. MADER nous remet tout d'abord un article à paraître dont il est l'auteur, intitulé "Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder", et qui reflète son opinion personnelle quant à cette problématique. Ensuite, s'agissant de la notion de *jus cogens*, il précise en premier lieu que c'est "un concept de droit constitutionnel" devant être défini par notre ordre juridique. Il admet cependant que l'interprétation des autorités aboutit à une définition des règles du *jus cogens* "très proche, mais pas identique" à celle qui prévaut en droit international public: le Conseil fédéral se réfère en effet aux garanties de la CEDH auxquelles on ne peut pas déroger. Troisièmement, il reconnaît que "les autorités font preuve d'une attitude restrictive". Quatrièmement, il estime que le concept de *jus cogens* n'est pas "cimenté", qu'il est susceptible d'évoluer. Dans une cinquième remarque, M. MADER affirme cependant que si l'on voulait "élargir notablement la portée de ce concept", il faudrait réviser la Constitution. Nous lui soumettons l'exemple de l'interdiction des discriminations en rapport avec la théorie d'un *jus cogens* régional, dans le but de savoir si ce serait là, selon lui, une modification "notable" de la portée de la notion de *jus cogens*. Il pense que la théorie d'un *jus cogens* régional mériterait d'être discutée, mais il a pour sa part "beaucoup de difficulté à admettre une telle idée", car la CEDH comporte des normes conventionnelles "difficilement conciliables avec l'essence de la notion de *jus cogens*". Il pourrait en revanche imaginer une décision du constituant étendant la portée de l'art. 139 al. 3 Cst. aux garanties de la CEDH. Une évolution par la seule voie interprétative exprimerait une "certaine audace des autorités", contraire à la "retenue [qu'il] souhaiterait pour toute modification opérée sans légitimation démocratique formelle". Il ajoute que la notion de "discrimination" est très générale, et qu'il faudrait alors se poser la question des discriminations en matière commerciale: inclure le tout dans la notion de *jus cogens* irait selon lui "beaucoup trop loin".
- 108 M. MADER estime que l'art. 139 al. 3 Cst. a "très clairement" un caractère non exhaustif, au motif que la condition d'exécutabilité n'est pas mentionnée. Concernant la théorie des traités non dénonçables comme limite matérielle implicite, il estime que c'est une "argumentation logique", mais contraire aux travaux préparatoires qui ont défini le critère d'exécutabilité comme "un critère se rapportant aux faits, et non pas à des aspects juridiques". Cette théorie

consiste en un élargissement considérable de la portée de l'art. 139 al. 3 Cst., qui ne pourrait pas être opéré dans le cadre d'un changement de pratique. Il précise qu'"en elle-même, l'idée ne [lui] paraît pas dépourvue de toute pertinence, étant donné que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral se rapportant aux initiatives cantonales, l'inexécutabilité peut être de fait ou de droit". Le seul critère d'inexécutabilité ne suffirait pas: il faudrait le "préciser", en rapport avec l'importance des traités en cause.

- 109 Interrogé sur l'impasse dans laquelle ont conduit la validation et l'acceptation de l'initiative sur l'internement à vie, M. MADER déclare qu'ils sont "en train de résoudre les problèmes". Il se demande "pourquoi priver l'organe suprême de l'Etat de la possibilité de décider lui-même si, oui ou non, il veut respecter le droit international". C'est pour lui la question fondamentale. L'argument le plus convaincant à ses yeux est qu'"il faudrait éviter par respect pour les institutions de démocratie directe que le constituant vote sur un objet en sachant que le résultat ne peut pas avoir de conséquences pratiques". Il pense qu'une initiative qui pose "quelques problèmes de compatibilité" n'est pas comparable à cette situation.
- 110 M. MADER se demande quelle est l'utilité d'élargir la notion de *jus cogens* et les conditions de validité si l'on résout tous les problèmes par le biais du principe de l'interprétation conforme. La récente initiative sur l'expulsion des étrangers lui paraît être un exemple "classique": il "ne voit pas de différence fondamentale" entre ce texte et l'initiative déclarée nulle en 1996. Il estime que l'interprétation conforme va "très, très loin. Si on avait appliqué les mêmes critères dans les années 1990, on serait aussi arrivé à la conclusion que l'initiative était valide". Il affirme que "la pratique est plus restrictive qu'en 1996, ce qui est une situation assez bizarre, parce qu'on constate qu'à partir du moment où on a consacré formellement la condition du respect du *jus cogens*, on a commencé à ne pas l'appliquer". Il ajoute que "l'introduction de ce critère était un lapsus, une décision erratique non suivie d'effets. On essaie par tous les moyens d'éviter d'en faire usage".
- 111 Dans des cas de conflits, au demeurant "très, très rares", M. MADER estime qu'il faut déplacer le problème vers l'application. C'est à ce moment-là qu'une solution pourra être trouvée, notamment par le biais des voies de droit existantes. Il désire ajouter un autre élément: la sanction de nullité n'existe que pour les initiatives, et non pour les autres modes de révision de la Constitution fédérale, ce qui est un problème. Nous objectons cependant qu'au moment de l'application la sanction est la même, ce que M. MADER reconnaît également.
- 112 Quant à la question de la compétence, M. MADER estime qu'en l'absence d'une juridiction constitutionnelle, il "ne voit vraiment pas pourquoi on devrait confier à un organe juridictionnel le soin de juger de la compatibilité d'une initiative populaire avec le droit international: si le Parlement a la responsabilité de juger du respect de la Constitution par les lois en cours d'élaboration, il peut aussi avoir celle de juger de la compatibilité d'une initiative avec le droit international". M. MADER désire mentionner un autre élément, qui concerne les propositions d'élargissement des conditions de validité: le Professeur Helen KELLER propose le critère des "intérêts vitaux du pays". Face à un critère aussi large, ouvert et politique, il doute qu'un tribunal soit mieux à même de trancher que le Parlement. Il pense même que c'est le contraire. Nous rappelons l'apparition d'un contrôle de "conventionalité" dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui pourrait selon nous justifier le contrôle par ce tribunal de la conventionalité des initiatives populaires. M. MADER souligne toutefois que le contrôle de la conventionalité des lois intervient uniquement lors d'un cas d'application. Il n'y a donc pas de contradiction à séparer la compétence du contrôle de conventionalité des lois de celle du contrôle des initiatives populaires.
- 113 Par rapport à l'actualité parlementaire et à l'initiative "Vischer", M. MADER est d'avis que le débat est jusqu'à présent "d'un niveau assez médiocre". Il se dit "prudent", et "ne se fierait pas aux positions prises pour l'instant", de nombreux députés se positionnant politiquement.

VI. Résultats

- 114 Tout d'abord, il nous faut constater que cette étude ne serait pas tout à fait la même sans les contributions de MM. GRAF et MADER. Nous avons choisi de ne pas remanier nos deux premières parties suite aux entretiens. Nous nous contentons en effet de renvoyer à ces dernières pages: les divergences d'opinions sont ainsi parfaitement apparentes et les faiblesses et imperfections de nos raisonnements deviennent identifiables. M. GRAF nous a essentiellement apporté une vision philosophico-historique et pratique du problème. M. MADER a quant à lui développé des arguments juridiques, sans négliger l'aspect par définition pluridisciplinaire des problématiques de droit constitutionnel.
- 115 En substance, les opinions exprimées par MM. GRAF et MADER sont fidèles à la ligne de conduite adoptée et rigoureusement suivie par les autorités fédérales. Si M. GRAF se dit opposé à toute condition supplémentaire qui viendrait restreindre le droit du peuple de décider lui-même si oui ou non il désire violer les droits fondamentaux, M. MADER se montre plus nuancé. Ce dernier laisse subsister la possibilité d'une interprétation élargie de l'art. 139 al. 3 Cst., pour autant qu'elle ne soit pas "substantielle". Il resterait alors à déterminer quelle nouvelle interprétation serait susceptible d'entrer dans cette catégorie. Les deux intervenants reconnaissent la nature ouverte et évolutive des notions discutées: *jus cogens* et non exhaustivité de l'art. 139 al. 3 Cst. Ce nonobstant, ils affirment tout deux que la seule voie de l'interprétation n'est pas adéquate et qu'une révision formelle de la Constitution serait nécessaire. A ce propos, M. MADER estime qu'elle serait inutile, si l'on ne cesse pas au préalable de tout entreprendre pour ne pas appliquer les critères figurant déjà dans la Constitution. Quant à la question de la compétence du contrôle de la validité des initiatives, les opinions de MM. GRAF et MADER se rejoignent lorsqu'il s'agit d'appliquer des critères vagues et peu juridiques: dans ce cas, seule l'Assemblée fédérale est à même de décider. En revanche, M. MADER estime que si un contrôle de constitutionnalité était introduit et que l'analyse pouvait porter sur des critères juridiques ("droits fondamentaux" et non "intérêts vitaux", par exemple), il ne serait pas opposé à ce que les initiatives populaires soient également contrôlées par le Tribunal fédéral. Enfin, les deux intervenants partagent les mêmes doutes par rapport à l'initiative parlementaire "Vischer", aux véritables motivations des députés et aux chances de ce texte devant le Conseil des Etats.
- 116 Nous avons été frappés par la sagesse de MM. GRAF et MADER. Nos opinions d'étudiant inexpérimenté, empruntes d'audace et d'un certain idéalisme, ont été confrontées à des conceptions faisant état d'une grande retenue et de la plus haute considération des droits du souverain: le rôle de l'Autorité n'est pas de rêver, ni d'imaginer des constructions juridiques inédites. Elle doit plutôt veiller, avec prudence et réalisme, à ménager les minorités, à résoudre les "inévitables" conflits et à accorder la préférence aux droits populaires.

Conclusion

- 117 Cette aventure en Suisse dans les contrées des droits populaires touche à sa fin. Nous avons tenté d'explorer tous les recoins d'une forteresse qui de l'extérieur ne laisse transparaître aucune faiblesse: l'initiative populaire en droit fédéral s'apparente à un symbole inaltérable, intouchable, entouré d'une aura protectrice alimentée par la ferveur intarissable de chaque citoyen. Pourtant, autour de ce rempart, les sociétés humaines évoluent. Le temps passe. Le monde change. En permanence, le droit se transforme.
- 118 Le concept de "règles impératives du droit international" consacré à l'art. 139 al. 3 Cst. est, depuis dix ans, interprété de telle sorte qu'aucune évolution n'est perceptible. Pis, il semble même que la pratique soit plus restrictive aujourd'hui qu'hier. La perspective de nouvelles limites implicites, prometteuse à en croire la doctrine, ne trouve pas grâce aux yeux des autorités fédérales. La fracture entre le monde académique, le microcosme de la doctrine juridique, et celui des praticiens confrontés directement au traitement des initiatives et aux aléas de la vie politique, apparaît au grand jour. Tous les éléments semblent indiquer qu'il n'est aucun espoir de changement, si bien que l'on en vient à se demander si modifier le régime constitutionnel actuel et la manière dont il est appliqué en vaut la peine.
- 119 A notre avis, il convient de répondre par l'affirmative. Et si les solutions se trouvaient quelque part entre les conceptions prudentes, parfois dogmatiques, et celles plus audacieuses et progressistes, mais non moins respectueuses de nos institutions? Nous sommes convaincus que la Démocratie a tout à gagner d'une évolution du droit d'initiative en parallèle de celle de la société suisse, européenne et mondiale. Les garanties fondamentales du droit ne peuvent plus être ignorées. En vérité, il n'est même plus question d'être "pour" ou "contre" un droit international des droits de l'homme ôtant aux Etats une petite part de leur souveraineté: c'est désormais une réalité dont il faut s'accommoder. Est-il donc bien raisonnable de se complaire, au prix de graves violations des droits fondamentaux, à bercer indéfiniment le peuple suisse dans l'illusion que sa voix est encore celle de Dieu? En l'état actuel du droit, une décision du souverain peut conduire à un résultat de fait parfaitement identique, qu'il réponde "oui" ou "non" à la question qui lui est posée lors d'un scrutin.
- 120 En cas de "non", la Constitution n'est pas modifiée, et le processus démocratique prend fin. En cas de "oui", le peuple est en droit d'exiger une mise en œuvre des nouvelles dispositions. Or, nous l'avons vu, toute tentative allant dans ce sens est vouée à l'échec. Autrement dit, les normes nouvellement adoptées restent lettre morte. Pour le citoyen, le résultat est donc bel et bien identique: refusée ou acceptée, une initiative populaire violant la CEDH ne déploie aucun effet tangible. Choquant, il justifie selon nous une adaptation du droit en vigueur: par la voie de l'interprétation dans un premier temps, en ménageant les divers intérêts en cause et les droits populaires; par la voie de la révision formelle de la Constitution ensuite, afin d'obtenir le consentement du souverain à la célébration d'un mariage d'amour entre droits populaires et respect des droits fondamentaux: loin de s'opposer, ils ne peuvent que se compléter et renforcer l'Etat de droit.
- 121 Cette étude nous a permis de nous immerger dans une problématique passionnante illustrant la richesse du droit constitutionnel suisse contemporain. D'actualité, la thématique choisie nous a gardés en haleine tout au long d'un semestre à travers une abondante littérature, en passant par la capitale fédérale et jusqu'au moment d'écrire ces dernières lignes, non sans une certaine tristesse d'ailleurs. Nous dirons enfin que si le réalisme n'autorise guère à envisager un progrès rapide, la confiance en nos institutions, la créativité de la doctrine, la sagesse des autorités et la force des idées gardent intact notre optimisme.