



JAAC 1/2012 du 1^{er} mai 2012

2012.4 (p. 72–89)

Conditions de validité des initiatives populaires et limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale

DFJP, Office fédéral de la justice

Rapport du 28 décembre 2006 à l'intention de la Commission des affaires juridiques du Conseil national

Mots clés: validité des initiatives populaires; limites matérielles à la révision de la Constitution; inexécutabilité; règles impératives du droit international

Stichwörter: Gültigkeit von Volksinitiativen; materielle Schranken der Verfassungsrevision; Undurchführbarkeit; zwingende Bestimmungen des Völkerrechts

Termini chiave: validità delle iniziative popolari; limiti materiali alla revisione della Costituzione; inattuabilità; regole cogenti del diritto internazionale

Regeste:

1. Analyse des conditions de validité des initiatives populaires au regard du droit en vigueur, de la pratique des autorités fédérales et de la doctrine.
2. Examen d'autres solutions, en particulier:
 - extension de la notion d'inexécutabilité ou de celle de règles impératives du droit international;
 - introduction d'une nouvelle limite matérielle concernant les traités non dénonçables ou certains traités spécifiques.

Regeste:

1. Analyse von Gültigkeitsgründen von Volksinitiativen in Bezug auf das geltende Recht, die Praxis der Bundesbehörden und der Lehre.
2. Untersuchung anderer Lösungen, insbesondere:
 - Ausweitung des Begriffs der Undurchführbarkeit oder der Regeln des zwingenden Völkerrechts
 - Einführung einer neuen materiellen Schranke für nicht kündbare Verträge oder einiger spezifischer Verträge

Regesto:

1. Analisi delle condizioni di validità delle iniziative popolari per quanto attiene al diritto in vigore, alla prassi delle autorità federali e alla dottrina.
 2. Ricerca di altre soluzioni, in particolare:
 - estensione della nozione di inattuabilità o di regole cogenti del diritto internazionale;
 - introduzione di un nuovo limite materiale concernente i trattati non denunciabili o taluni trattati specifici.
-

Base légales:

art. 139, al. 3, Cst. (correspond à l'art. 139, al. 2 Cst., selon le RO 2003 1953, cité dans le rapport)

Rechtliche Grundlagen:

Art. 139 Abs. 3 BV (entspricht dem im Bericht zitierten Art. 139 Abs. 2 BV gemäss AS 2003, 1953)

Base giuridica:

art. 139 cpv. 3 Cost. (corrisponde all'art. 139 cpv. 2 Cost., secondo la RU 2003 1953, citata nel rapporto)

1 Introduction et mandat

Dans le cadre de ses travaux relatifs à la mise en œuvre de l'initiative populaire pour l'internement à vie des délinquants très dangereux jugés non amendables (05.081), la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a donné à l'administration un mandat formulé comme suit:

L'administration est chargée de faire rapport à la commission sur la manière de traiter des initiatives qui violent le droit international conventionnel ou qui ne sont dans les faits ou juridiquement pas réalisables. Le rapport devra par ailleurs éclairer la thématique des limites matérielles à la modification de la constitution.

Le mandat est motivé, en résumé, par les considérations suivantes:

Selon le droit constitutionnel écrit actuel, seules les normes impératives du droit international (*jus cogens*) constituent une limite matérielle à la révision constitutionnelle. En revanche, la question de l'existence d'autres limites matérielles n'est pas réglée par la Constitution. La commission soulève en particulier le problème des initiatives populaires contraires au droit international non impératif, en s'appuyant sur l'exemple de l'initiative «internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables». A cet égard, elle fait valoir que la limite matérielle non écrite que constitue l'inexécutabilité d'une initiative pourrait fournir une solution, si ce critère était précisé de manière à inclure la violation de traités internationaux de portée importante et non dénonçables en fait ou en droit. La commission évoque encore la possibilité de reconnaître, en tant qu'autres limites matérielles à la révision de la Constitution, certaines normes constitutionnelles fondamentales, comme les droits fondamentaux, le fédéralisme, la démocratie et l'Etat de droit.

L'actualité des interrogations soulevées est soulignée par la décision du 24 novembre 2006 de la CAJ-N à propos de la mise en œuvre de l'initiative sur l'internement à vie des criminels très dangereux. La CAJ-N a en effet décidé de recommander au Conseil national de ne pas entrer en matière sur la modification du Code pénal destinée à mettre en œuvre l'initiative, au motif qu'il est impossible d'élaborer une législation qui soit conforme à la CEDH, et qu'il convient dès lors de laisser aux juges le soin d'appliquer directement la disposition constitutionnelle introduite par l'initiative, dans le respect de la CEDH.

Afin de répondre aux questions soulevées dans le mandat de la CAJ-N, le présent rapport sera articulé de la manière suivante:

Dans un premier temps, après avoir clarifié les relations existant entre les conditions de validité des initiatives populaires et les limites matérielles à la révision de la Constitution (point 2), nous établirons un panorama du droit actuel régissant la matière, soit en particulier les critères de l'inexécutabilité et de la contrariété avec les règles impératives du droit international (point 3), en étudiant tour à tour la pratique des autorités fédérales (point 3.2), puis les avis de la doctrine (point 3.3). Les autorités fédérales ont notamment exprimé leur opinion à l'occasion de la mise à jour de la Constitution fédérale et de la réforme des droits populaires (point 3.1), ainsi qu'à propos de nombreuses initiatives populaires, dont certaines ont finalement été invalidées (3.2). Après cette étude du droit positif, nous établirons une synthèse des solutions existantes ainsi que de celles proposées notamment par la doctrine pour faire face au problème des initiatives contraires au droit international non impératif (point 4). Enfin, nous présenterons notre appréciation des options envisageables et notre conclusion finale (point 5).

2 Relation entre les conditions de validité des initiatives populaires et les limites matérielles à la révision de la Constitution

En vertu de la Constitution fédérale (art. 139, al. 2, Cst.), la validité d'une initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution est subordonnée à une seule condition matérielle: le respect des règles impératives du droit international¹.

A cette condition matérielle expresse s'en ajoute une seconde, non écrite, mais reconnue de longue date par la pratique des autorités ainsi que par la doctrine: celle de l'exécutabilité ou praticabilité.

¹ Nous n'examinerons pas ici les conditions formelles de validité des initiatives populaires, à savoir l'unité de la matière et l'unité de la forme.

Les initiatives populaires demandant la révision totale de la Constitution doivent elles aussi respecter ces critères de validité². Il en va de même lorsque l'initiative de la révision constitutionnelle, totale ou partielle, provient de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral (art. 194, al. 2 et 193, al. 4 Cst.).

Dès lors, les conditions de validité des initiatives populaires examinées dans ce rapport, à savoir l'exécutabilité et le respect des règles impératives du droit international, sont applicables, de manière générale, à toutes les révisions constitutionnelles. Elles constituent ainsi des limites matérielles à la révision de la Constitution.

3 Etat actuel du droit (*de lege lata*)

3.1 Mise à jour de la Constitution fédérale et réforme des droits populaires

3.1.1 Inexécutabilité

3.1.1.1 Avis du Conseil fédéral

Au sujet du critère de l'inexécutabilité, le Conseil fédéral a apporté, dans son message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (ci-après: message 1996), le commentaire suivant:

«Jusqu'à présent, seule l'inexécutabilité dans les faits d'une initiative était considérée comme une limite matérielle non écrite à la révision constitutionnelle, ce qui peut aller de soi»³. A titre d'exemple, le Conseil fédéral se référait à l'invalidation, en 1955, de l'«initiative Chevallier», laquelle «exigeait la réduction des dépenses pour les exercices comptables qui auraient déjà été écoulés après l'entrée en vigueur des dispositions»⁴. Nous reviendrons plus bas sur cette initiative.

On relèvera que, au vu des explications données par le Conseil fédéral dans le cadre de la mise à jour de la Constitution, l'inexécutabilité concernée est bien une inexécutabilité **dans les faits** (en allemand: *offensichtliche faktische Undurchführbarkeit*).

Un chapitre entier du commentaire du «Projet B – réforme des droits populaires», figurant également dans le message 1996, a par ailleurs été consacré à la question des limites matérielles à la révision de la Constitution.

Au sujet de l'inexécutabilité, on y trouve les considérations suivantes:

*«Les autorités fédérales ont longtemps considéré comme limites matérielles non écrites mises à la révision de la constitution uniquement le fait qu'une initiative était inexécutable dans la pratique [en allemand: *faktische Undurchführbarkeit*]. Si une initiative présente une demande qui est impossible et à laquelle il ne peut donc être donné suite, elle est matériellement sans objet et ne doit pas être soumise au vote du peuple»⁵.*

Le Conseil fédéral ajoutait ensuite que cette exigence de l'exécutabilité était tellement évidente qu'il n'était pas nécessaire de l'inscrire dans la Constitution.

3.1.1.2 Avis des Chambres fédérales

A l'occasion de l'adoption du projet de mise à jour de la Constitution, les Chambres fédérales se sont ralliées, sans discussions, à l'avis du Conseil fédéral à propos du critère de l'inexécutabilité des initiatives populaires.

² S'agissant du droit international impératif, le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, tiré à part, p. 440, précisait qu'il ne revêt pas une grande portée pour les initiatives populaires tendant à la révision totale, étant donné que celles-ci revêtent nécessairement la forme d'une proposition générale, si bien que l'Assemblée fédérale garde la possibilité d'élaborer la révision totale en conformité avec les règles impératives du droit international.

³ Message 1996, p. 441.

⁴ Idem, p. 441, note 11.

⁵ Message 1996, p. 453.

Ce sujet n'a plus été discuté par la suite. En particulier, il n'a pas été évoqué à l'occasion des travaux relatifs à l'initiative parlementaire «suppression de carences dans les droits populaires»⁶.

3.1.2 Règles impératives du droit international

3.1.2.1 Avis du Conseil fédéral

Dans le message relatif à la mise à jour de la Constitution, le Conseil fédéral a proposé d'inscrire explicitement dans le texte constitutionnel l'existence d'une limite matérielle à la révision constitutionnelle, à savoir les normes impératives du droit international (*jus cogens*). Dans sa motivation, le Conseil fédéral a exposé, en se référant à l'invalidation de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable», que cette introduction correspondait à la pratique la plus récente des autorités fédérales et qu'elle se justifiait par le fait que ces normes impératives du droit international revêtent une valeur absolue, de telle sorte qu'un Etat de droit est tenu de les respecter. La nature contraignante de ces normes résulte du fait qu'elles «participent des principes fondamentaux de l'attitude interétatique et s'avèrent indispensables à la coexistence pacifique des peuples et à leur dignité». Le commentaire précisait en particulier que «même en cas de dénonciation de traités internationaux qui les consacrent, le respect de ces normes perdurerait, en raison de leur caractère contraignant»⁷.

En d'autres termes, le Conseil fédéral a justifié l'introduction des normes impératives du droit international comme limite matérielle explicite à la révision constitutionnelle notamment par le fait que la Suisse ne pourrait se soustraire au respect de ces normes même en dénonçant les traités internationaux qui les consacrent.

Dans le chapitre du message 1996 consacré au «Projet B – réforme des droits populaires», le Conseil fédéral a fourni des explications plus développées au sujet des dispositions impératives du droit international en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle. Il a ainsi précisé que la confrontation entre le droit d'initiative et la primauté du droit international posait une question délicate. Dans ce cadre, la solution consistant à prévoir, comme limite à la révision constitutionnelle, uniquement les dispositions impératives du droit international, et non le droit international dans son ensemble, a été choisie afin de ménager autant que possible le droit d'initiative: «Cette position ménageant largement le droit d'initiative a été choisie compte tenu des nombreux moyens politiques et juridiques qui peuvent être utilisés pour empêcher un conflit de normes. On songera à l'interprétation conforme au droit international, à la possibilité de présenter un contre-projet ou une variante conformes au droit international, à une mise en œuvre de l'initiative conforme au droit international, à l'éventuelle dénonciation du traité international»⁸.

Le Conseil fédéral a donc délibérément renoncé à proposer, dans le contexte de la réforme des droits populaires, que des initiatives populaires puissent être invalidées pour contrariété avec le droit international non impératif, au motif entre autres que les traités concernés pourraient, le cas échéant, être dénoncés. Ce raisonnement ne résout cependant pas la question des traités internationaux non dénonçables.

Par ailleurs, tant dans le commentaire consacré à la mise à jour que dans celui consacré à la réforme des droits populaires, le Conseil fédéral a mentionné un certain nombre de dispositions comme faisant partie des «normes de jus cogens incontestées». Il s'agissait des interdictions de l'agression, du génocide, de la torture et de l'esclavage, des «garanties de la CEDH qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité», et des principes du droit humanitaire applicables en temps de guerre⁹.

Le Conseil fédéral a en outre précisé que «les «règles impératives du droit international» ne peuvent être décrites en des termes abstraits. Il incombe à la pratique – selon les propositions de réforme donc à l'Assemblée fédérale et au Tribunal fédéral – de développer en l'occurrence une jurisprudence tenant compte de la doctrine et de clarifier au maximum la portée de cette notion»¹⁰. Le Conseil fédé-

⁶ Dans son rapport relatif à l'initiative parlementaire «suppression de carences dans les droits populaires» FF 2001 4590, la CIP-E n'a pas consacré de commentaire particulier à la question de l'inexécutabilité des initiatives populaires. Cette problématique est également absente de l'avis du Conseil fédéral relatif au même sujet, FF 2001 5783.

⁷ Message 1996, p. 369 et 441s.

⁸ Message 1996, p. 453, note 17.

⁹ Message 1996, pp. 369, 441 et 454.

¹⁰ Message 1996, p. 454.

ral a donc laissé la porte ouverte à une évolution de la pratique en matière de limites matérielles à la révision de la Constitution, à condition toutefois de rester dans les limites du *jus cogens*.

Le Conseil fédéral a également évoqué la possibilité que d'autres limites matérielles à la révision constitutionnelle soient, à l'avenir introduites: «Enfin, il faut observer que la réglementation relative aux limites présentée, qui ne retient que les dispositions impératives du droit international en tant que limite matérielle à la révision de la constitution, traduit l'état actuel du droit. Elle ne doit pas être comprise comme étant définitive; elle laisse au contraire la porte ouverte à une évolution dans ce domaine»¹¹.

En 1996, le Conseil fédéral n'excluait donc pas que d'autres catégories de limites matérielles puissent être introduites, sans toutefois préciser de quelle nature elles pourraient être.

3.1.2.2 Avis des Chambres fédérales

L'introduction dans le texte constitutionnel, à l'occasion de la mise à jour, des règles impératives du droit international en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle, a fait l'objet de discussions étendues au sein de la sous-commission de la révision constitutionnelle du Conseil national (CRC-N Sub.1). Ces discussions ont principalement porté sur le contenu de la notion de «règles impératives du droit international» ainsi que sur la nécessité et l'opportunité de prévoir que les traités internationaux non dénonçables constituent également une limite matérielle à la révision constitutionnelle.

Au sujet du contenu de la notion de «règles impératives du droit international», les membres de la CRC-N se sont, au terme de ses débats, ainsi que de ceux de la CRC-N Sub. 1, accordés sur le fait qu'elle incluait en tout cas le *jus cogens* international; que le contenu de celui-ci était déterminé par la communauté internationale des Etats dans son ensemble et présentait en tant que tel un caractère évolutif; qu'au moment de la discussion, un nombre limité de dispositions pouvaient être considérées avec certitude comme faisant partie du *jus cogens*, à savoir la prohibition du recours à la force et à l'agression entre Etats, la prohibition du génocide, de la torture, de l'esclavage, du meurtre gratuit et de l'exécution sommaire ainsi que le principe du non-refoulement. Ces obligations internationales correspondent à celles mentionnées dans le message 1996. Celui-ci mentionnait encore, comme faisant partie du *jus cogens*, les droits de l'homme inaliénables, autrement dit les garanties de la CEDH ou du Pacte II des Nations Unies qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité. A ce sujet, les discussions au sein de la CRC-N ont précisé qu'il s'agit en particulier des garanties mentionnées à l'art. 15 CEDH, à savoir le droit à la vie, l'interdiction de la torture, de l'esclavage, des exécutions arbitraires, du principe «pas de peine sans loi», et du principe «ne bis in idem». Les conventions de Genève pour la protection du droit international humanitaire contiennent également des droits qui s'appliquent même en temps de guerre, désignés comme «noyau dur du droit international humanitaire». La CRC-N Sub. 1 puis la CRC-N se sont rangées à l'idée que ces garanties étaient incluses dans la notion de «règles impératives du droit international» contenue dans le message de 1996¹². Sur le contenu de la notion de «règles impératives du droit international», la CRC-N s'est donc ralliée à l'avis du Conseil fédéral.

La CRC-N Sub.1 a également abordé la question de savoir s'il fallait ériger les traités internationaux non dénonçables en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle. La sous-commission a finalement formulé une proposition dans ce sens, aux termes de laquelle la disposition consacrée, dans la mise à jour, à la validité des initiatives populaires devrait indiquer, au titre de limites matérielles, non seulement les règles impératives du droit international, mais également les traités internationaux non dénonçables. Cette adjonction était motivée par les arguments suivants. D'une part, il s'agissait de régler le problème que poserait l'adoption d'une initiative contraire à un traité international non dénonçable, compte tenu de l'obligation d'appliquer le droit international contenue à l'art. 113 al. 3 Cst. (maintenant art. 191 Cst.). D'autre part, les traités internationaux non dénonçables sont soumis au référendum facultatif; de ce fait, le peuple a la possibilité de prendre position en étant conscient du caractère «éternel» des obligations contractées¹³.

La CRC-N a cependant décidé, conformément à l'avis du Conseil fédéral, de ne pas reprendre cette proposition dans le projet de mise à jour, au motif qu'il ne s'agissait, justement, plus d'une mise à jour,

¹¹ Message 1996, p. 455.

¹² CRC-N Sub. 1, séance du 14.5.1997, p. 5ss; CRC-N, séance du 7.7.1997, p. 10.

¹³ CRC-N Sub. 1, séance du 14.5.1997, p. 6ss.

mais de l'introduction d'une nouveauté, et que celle-ci ne serait au surplus pas justifiée, dès lors qu'un traité non dénonçable peut concerner des sujets mineurs et techniques, qui ne sauraient être érigés en limites des droits populaires¹⁴. La CRC-E Sub 1 s'est également prononcée à l'encontre de l'inscription dans la Constitution des traités internationaux non dénonçables en tant que seconde catégorie de limites matérielles à la révision constitutionnelle. A notamment été invoquée à l'appui de cette décision négative la difficulté de déterminer le caractère non dénonçable d'un traité, compte tenu de l'existence de traités non dénonçables en droit et d'autres traités non dénonçables en fait¹⁵.

La question des limites matérielles à la révision constitutionnelle n'a plus fait l'objet de discussions au plénum dans le cadre de l'adoption de la mise à jour de la Constitution. Les Chambres fédérales se sont ralliées sans autres au projet du Conseil fédéral.

En revanche, la question a été reprise dans le cadre du projet «allégé» de réforme des droits populaires lancé par la CRC-E.

En effet, l'un des arguments ayant motivé le dépôt, par la CRC-E, de son initiative «suppression de carences dans les droits populaires», était un manque de clarté du droit en vigueur «*sur la marche à suivre lorsqu'une initiative populaire vise un but incompatible avec les engagements pris par la Suisse sur le plan international*»¹⁶. La CRC-E a d'ailleurs développé une proposition concrète dans ce sens, selon laquelle l'art. 173 Cst. aurait dû être complété par la phrase suivante: «*Lorsqu'une initiative populaire acceptée est totalement ou partiellement contraire aux obligations internationales de la Suisse, l'Assemblée fédérale décide quelles mesures doivent être prises*». Selon les indications fournies dans le rapport relatif à l'initiative «suppression de carences dans les droits populaires», la CRC-E estimait donc qu'il appartenait aux autorités politiques de réagir si une initiative populaire contraire au droit international était adoptée, «*et qu'une réaction se justifierait, voire s'imposerait notamment si l'adoption d'une initiative populaire devait entraîner la dénonciation d'un traité international. Il pourrait arriver cependant que l'Assemblée fédérale parvienne à la conclusion que des dispositions contraires au droit international peuvent être tolérées, les conséquences en découlant étant supportables*»¹⁷. Il ne s'agissait donc pas d'invalider une initiative contraire au droit international, mais de laisser l'Assemblée fédérale décider des mesures à prendre, celles-ci pouvant comporter, cas échéant, la dénonciation d'un traité international.

Toutefois, la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E) a, au moment de la concrétisation de cette initiative parlementaire, renoncé à reprendre cette proposition, se ralliant ainsi à l'opinion du Conseil fédéral, selon lequel il ne serait pas souhaitable qu'un débat ait lieu au sein de l'Assemblée fédérale lorsqu'une initiative populaire contraire au droit international est adoptée, dès lors que le peuple pourrait avoir l'impression que ses décisions ne sont pas prises au sérieux. La CIP-E a notamment motivé son choix en faveur du statu quo par l'argument que le cas de figure d'une initiative populaire incompatible avec le droit international ne s'était présenté que rarement jusqu'alors, et qu'il y avait «*peu de chances qu'il se présente plus souvent à l'avenir*»¹⁸. Ce choix n'a pas été remis en cause lors des débats au plénum relatifs à l'initiative parlementaire «suppression de carences dans les droits populaires».

Dès lors, le résultat des discussions à propos de la réforme des droits populaires a confirmé les options prises à l'occasion de la mise à jour: alors même que le problème des initiatives populaires contraires au droit international était présent à l'esprit des autorités fédérales, celles-ci ont réitéré leur choix de ne consacrer que les règles impératives du droit international en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle.

3.1.3 Autres limites

Dans son commentaire relatif à la mise à jour de la Constitution et à la réforme des droits populaires, le Conseil fédéral n'est pas entré en matière sur la reconnaissance, en sus du *jus cogens* et de l'inexécutabilité, d'autres limites matérielles à la révision constitutionnelle, de telles limites ne pouvant se fonder ni sur la tradition constitutionnelle ni sur la pratique¹⁹.

¹⁴ CRC-N, séance du 7.7.1997, p. 10s.

¹⁵ CRC-E Sub. 1, séance du 20.5.1997, p. 5s.

¹⁶ Rapport de la CIP-E (*ci-après*: Rapport CIP-E), FF 2001 4590, 4596.

¹⁷ Rapport CIP-E, p. 4615.

¹⁸ Rapport CIP-E, p. 4599.

¹⁹ Message 1996, p. 441 et 453.

3.1.4 Invalidité partielle

Enfin, la mise à jour de la Constitution a permis d'ancrer explicitement la possibilité de n'invalider que partiellement une initiative populaire fédérale (art. 139, al. 2, Cst.). Cette réglementation a été introduite à l'initiative de la CRC-N et de la CRC-E afin de résoudre une question juridique qui, jusqu'alors, était controversée²⁰.

3.2 Pratique en matière d'invalidation d'initiatives populaires

3.2.1 Inexécutabilité

3.2.1.1 Initiative invalidée

A ce jour, l'Assemblée fédérale n'a invalidé qu'une seule initiative populaire sur la base du critère de l'inexécutabilité. Il s'agissait de l'initiative «pour la réduction temporaire des dépenses militaires», plus connue maintenant sous le nom d'«initiative Chevallier». Cette initiative demandait notamment *«que le budget ordinaire de la Confédération, au chapitre des dépenses militaires, soit l'objet pour l'année 1955 (ou au plus tard 1956) d'une réduction massive de l'ordre de 50 %»*, et que les économies ainsi réalisées soient affectées à la protection de l'enfance, la construction de logements à loyers modestes, ainsi qu'à des actions de reconstruction de régions dévastées par la guerre.

Dans son rapport à l'Assemblée fédérale du 8 août 1955²¹, le Conseil fédéral, après avoir émis de sérieux doutes quant au respect de l'unité de la matière, a néanmoins conclu à la validité de l'initiative sous cet angle. Il a en revanche jugé que, *«eu égard au temps à disposition et pour des considérations d'ordre matériel»*, il n'était pas possible d'exécuter l'initiative. En effet, la votation populaire ne pouvait être organisée, au plus tôt, que pour la fin 1955; or, à cette date, il n'était plus possible de prendre en compte, dans le budget de 1956, la réduction des dépenses demandée par l'initiative. Dès lors, au moment de la votation, l'initiative serait *«pratiquement inexécutable»*, compte tenu du temps nécessaire pour l'adoption et la mise en vigueur des dispositions d'exécution indispensables. Au surplus, le Conseil fédéral a considéré que l'initiative était également irréalisable matériellement puisque, compte tenu des dépenses fixes émergeant au budget militaire, il était de fait impossible de réduire celui-ci de 50 %, du moins de manière temporaire et à court terme, ainsi que le proposait l'initiative. Le Conseil fédéral a donc recommandé à l'Assemblée fédérale de déclarer nulle l'initiative en cause, ce qu'elle fit le 15 décembre 1955.

Depuis cette date, aucune autre initiative populaire n'a été invalidée pour des motifs d'inexécutabilité. Ce critère continue cependant d'être examiné systématiquement lors de l'examen de validité des initiatives populaires. Les messages du Conseil fédéral lui consacrent généralement un développement plus ou moins étendu, susceptibles de fournir des indications quant à la portée de ce critère, comme étudié ci-dessous.

3.2.1.2 Autres initiatives

Dans la plupart de ses messages concernant des initiatives populaires, le Conseil fédéral se réfère à la notion de «praticabilité de fait»²².

²⁰ Intervention Leuba (rapporteur), BO N 1998, tiré à part, p. 51; interventions Frick (rapporteur) et Koller (Conseiller fédéral), BO E 1998, tiré à part, p. 120s.

²¹ FF 1955 II 333.

²² Voir notamment les messages relatifs à l'initiative «pour des naturalisations démocratiques», FF 2006 8481; à l'initiative «pour quatre dimanches par année sans voitures», FF 2000 461; à l'initiative «Rues pour tous», FF 2000 2725. Dans son message du 29 octobre 1997 relatif à l'initiative populaire «pour une réduction de moitié du trafic routier motorisé» (FF 1998 205ss, 210), le Conseil fédéral, au chapitre «Praticabilité», a précisé que depuis l'invalidation de l'initiative Chevallier, *«les initiatives problématiques sont également examinées sous l'angle de leur praticabilité de fait»*. Il a ensuite émis les considérations suivantes: *«Les obstacles à une invalidation pour cause d'impraticabilité sont élevés. Si l'on s'en réfère tant à la jurisprudence qu'à la pratique du Conseil fédéral [...], la décision relative à une initiative ne peut être soustraite au vote du peuple lorsque l'on peut, sur la base des règles reconnues de l'interprétation, attribuer au texte de l'initiative en question une signification qui ne permet pas de la considérer de toute évidence et sans aucun doute possible comme impraticable»* (références omises). Le Conseil fédéral a notamment constaté que l'initiative en cause posait de nombreux problèmes de mise en pratique, notamment s'agissant de la délimitation des compétences de mise en œuvre, de la discrimination, des capacités insuffisantes des transports publics ainsi que des graves répercussions économiques et sociales qu'elle entraînerait, mais que ces difficultés ne changeaient rien à sa praticabilité de fond: *«La question de savoir si la Suisse est prête à assumer ces difficultés et ces répercussions doit être réglée dans le cadre du débat politique»*.

A certaines occasions, le Conseil fédéral a cependant fait usage d'une définition un peu différente du concept de praticabilité, en introduisant la notion d'«impossibilité juridique»²³. S'agissant de ce critère d'impossibilité juridique, le Conseil fédéral a précisé sa pensée notamment dans le message relatif aux initiatives «Moratoire-plus – Pour la prolongation du moratoire dans la construction de centrales nucléaires et la limitation du risque nucléaire» et «Sortir du nucléaire», dans lequel il a fourni, au regard du critère d'applicabilité ou praticabilité, les explications suivantes: «une pratique constante veut qu'une initiative soit irréalisable si elle est manifestement impossible à mettre en œuvre non seulement du point de vue juridique et temporel mais aussi au plan matériel» [en allemand: «Nach konstanter Praxis ist eine Initiative dann undurchführbar, wenn sie nicht nur rechtlich und zeitlich, sondern auch materiell offensichtlich undurchführbar ist»]²⁴.

Il ressort de ces messages qu'une impossibilité juridique ne suffit pas à rendre une initiative inexécutable au sens de la pratique des autorités fédérales. Au contraire, il faut non seulement que l'initiative soit inexécutable d'un point de vue juridique et temporel, mais également d'un point de vue matériel. On peut dès lors conclure qu'une impossibilité juridique d'exécuter une initiative n'est, en tout cas, pas suffisante à elle seule pour conclure à une inexécutabilité entraînant l'invalidité de l'initiative.

S'agissant plus particulièrement du rapport entre l'inexécutabilité et la violation de traités internationaux, le cas échéant non dénonçables, le Conseil fédéral s'est exprimé à ce propos dans son message relatif à l'initiative populaire «pour une politique d'asile raisonnable»²⁵. On rappellera que cette initiative a finalement été invalidée par les Chambres pour contrariété avec le droit international impératif (voir ci-dessous). Au sujet de l'exécutabilité de l'initiative, le Conseil fédéral, a procédé au raisonnement suivant.

Il a tout d'abord constaté que l'initiative contrevenait à des dispositions de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, de la Convention des Nations-Unies contre la torture, de la CEDH et du Pacte II des Nations-Unies. Il a ensuite relevé que ces traités pouvaient être dénoncés, à l'exception du Pacte II, lequel n'était muni d'aucune clause de résiliation, ce qui rendait inévitable une violation du droit des traités en cas d'acceptation de l'initiative. Il a ensuite ajouté les considérations suivantes:

«Néanmoins, on ne peut nier que l'initiative soit réalisable de fait puisqu'en fin de compte, chaque Etat peut agir en contradiction avec le droit international public s'il est disposé à en supporter les conséquences. Mais le Conseil fédéral souligne que si l'initiative devait être acceptée, les conséquences seraient si graves que la Suisse se trouverait isolée sur le plan de la politique étrangère dans le domaine du droit des réfugiés et des droits de l'homme; elle serait stigmatisée par la communauté internationale et son statut d'Etat fondé sur le droit serait remis en question».

A l'époque, le Conseil fédéral a donc considéré que la violation de traités, même importants et même non dénonçables, n'avait pas pour résultat une inexécutabilité de l'initiative au sens de la pratique des autorités fédérales.

En l'état actuel de la pratique des autorités fédérales, le critère de l'exécutabilité en tant que condition de validité d'une initiative populaire ne concerne donc que l'inexécutabilité dans les faits, et non l'inexécutabilité juridique. La contrariété avec un traité international non dénonçable ne constitue en particulier pas un motif suffisant pour conclure à l'inexécutabilité d'une initiative.

²³ Ainsi, dans son message concernant l'initiative «pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix» (qui sera, par la suite, déclarée nulle par les Chambres fédérales, en raison du non respect du principe d'unité de la matière), le Conseil fédéral a remarqué, au chapitre consacré à la réalisation de l'initiative, que l'«on ne saurait justifier la nullité de la présente initiative en faisant valoir une impossibilité d'ordre juridique ou matériel» (FF 1994 III 1181, 1184).

²⁴ FF 2001 2529ss. De même, on trouve à propos de l'initiative «pour des coûts hospitaliers moins élevés» le commentaire suivant (FF 1999 9005ss): «Une pratique constante veut que seules les initiatives à l'évidence inapplicables soient soustraites au verdict populaire. L'impossibilité de concrétiser une initiative d'un point de vue juridique, ou des difficultés pratiques dans son application, ne suffisent pas pour déclarer l'initiative non valable en raison de son inapplicabilité» (on retrouve la même formule dans le message relatif à l'initiative «la santé à des prix abordables, FF 2000 3931).

²⁵ FF 1994 III 1471ss

3.2.2 Règles impératives du droit international

3.2.2.1 Initiative invalidée

Jusqu'à ce jour, une seule initiative populaire a été déclarée nulle par l'Assemblée fédérale pour contrariété avec le droit international impératif. Il s'agit de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable», déclarée nulle le 14 mars 1996²⁶, en raison de la violation du principe du non-refoulement.

Dans son message relatif à cette initiative, le Conseil fédéral proposait déjà de déclarer celle-ci nulle, non pas, comme remarqué ci-dessus, en raison de l'inexécutabilité de l'initiative, mais à cause de sa contrariété avec une norme impérative du droit international. Dans ses explications à ce sujet, le Conseil fédéral a consacré un long développement aux rapports entre le droit international et le droit interne, et à la question de savoir si la primauté du droit international avait pour effet d'ériger les obligations de droit international en limites matérielles à la révision constitutionnelle. A cet égard, le Conseil fédéral a observé que jusqu'alors, aucune initiative populaire n'avait été déclarée nulle en raison de la contrariété au droit international, mais que les quelques cas dans lesquels la question aurait pu se poser n'avaient concerné que «*des obligations découlant du droit international conventionnel, obligations dont la Suisse aurait pu se dégager moyennant la résiliation d'un traité ou une déclaration unilatérale*»²⁷. Il a ensuite relevé que la solution consistant à dénoncer les accords internationaux contraires au texte de l'initiative n'était pas possible lorsque l'initiative viole des obligations contraignantes du droit international public, puisque celles-ci, en raison de leur importance fondamentale pour l'ordre juridique international, s'imposent aux Etats indépendamment de leur source (droit international coutumier ou conventionnel). Autrement dit, s'agissant du *jus cogens*, «*l'élément déterminant est qu'il comporte des règles auxquelles les Etats ne sauraient se soustraire, même s'ils résiliaient les accords internationaux qui les consacrent*». L'admission du droit international impératif en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle correspondait du reste, à l'époque, à l'opinion de la doctrine majoritaire. Le Conseil fédéral a également remarqué que quelques auteurs, minoritaires, considéraient de façon générale le droit international public, contraignant ou dispositif, comme limite au droit constitutionnel. Il a cependant choisi de se rallier à la doctrine majoritaire, et non à cette opinion minoritaire.

Les Chambres fédérales ont ensuite suivi le Conseil fédéral dans son raisonnement: elles ont accepté que les règles impératives du droit international constituent une limite matérielle à la révision constitutionnelle, et ont constaté que l'initiative concernée violait l'une de ces normes puisqu'elle ne permettait pas le respect du principe de non-refoulement, ce qui entraînait sa nullité²⁸.

3.2.2.2 Autres initiatives

Dès avant l'invalidation de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable» pour cause de contrariété avec le *jus cogens* international, le Conseil fédéral avait été confronté, à propos de plusieurs initiatives, à la question de leur contrariété au droit international conventionnel²⁹. Toutefois, à aucun moment le Conseil fédéral n'a laissé entendre que la violation d'obligations internationales pourrait affecter la validité des initiatives en cause.

Depuis l'invalidation de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable», le Conseil fédéral a, plusieurs fois, réaffirmé que seul le *jus cogens* international constituait une limite à la révision constitutionnelle, à l'exclusion du droit international non impératif³⁰.

²⁶ FF 1996 I 1305.

²⁷ FF 1994 III 1471, 1481.

²⁸ BO E 1995, 334 et BO N 1996, 303.

²⁹ Ainsi, à propos de l'initiative «pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit», le Conseil fédéral avait notamment relevé que les mesures prévues par l'initiative étaient en contradiction avec de nombreux accords internationaux bilatéraux, qui devraient alors être dénoncés, ainsi qu'avec l'accord sur le transit conclu avec la CE (FF 1992 II 865, 892ss).

³⁰ Ainsi, à propos de l'initiative «pour la réduction du trafic», le Conseil fédéral a exposé que l'initiative ne violait aucune disposition impérative du droit international, mais qu'elle était en revanche contraire à plusieurs accords internationaux. Ceux-ci ne pouvaient toutefois pas être invoqués pour invalider l'initiative, «*d'une part parce que, dans la pratique, les organes fédéraux n'ont jusqu'à présent pas tenu compte des obstacles que le droit des traités oppose à la révision constitutionnelle. D'autre part parce que l'ensemble des accords bilatéraux ou multilatéraux dans le champ desquels entre la présente initiative sont dénonçables ou ont été conclus pour une durée limitée [...]*» (FF 1998 205, 210).

La question de la marche à suivre lorsque l'initiative se heurte à des dispositions internationales non dénonçables s'est posée à propos de deux initiatives récentes³¹.

A propos de l'initiative «Oui à la protection des animaux!», le Conseil fédéral a constaté en substance que l'interdiction d'importer des animaux et des produits d'origine animale détenus ou obtenus à l'étranger de façon contraire aux principes de la législation suisse constituait une violation des accords du GATT/OMC, de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte II des Nations Unies. Or, de l'avis du Conseil fédéral, «ces traités ont, dans la hiérarchie des conventions, un rang qui rend leur dénonciation de fait impossible»³². Au sujet de la CEDH, il relevait qu'une dénonciation, théoriquement possible, aurait des «conséquences politiques très graves»; quant, à l'OMC, un éventuel retrait de la Suisse était qualifié de peu réaliste, eu égard aux «graves conséquences pour l'économie suisse» qu'il entraînerait. Il se posait alors la question de savoir si les dispositions de ces traités pouvaient être considérées comme faisant partie des «règles impératives du droit international» au sens de la Constitution. Une partie de la doctrine défend en effet l'idée qu'il existe des «normes internationales impératives de facto», qui correspondent aux engagements de droit international public qui revêtent une importance telle pour la Suisse qu'elle ne saurait les annuler³³.

Le Conseil fédéral a cependant expressément renoncé à considérer de telles normes comme constituant du droit international impératif au sens de l'art. 139, al. 2, Cst., au motif qu'il ne peut être dérogé au droit des électeurs de se prononcer sur les modifications constitutionnelles proposées qu'en cas d'absolue nécessité. Pour cette raison, le Conseil fédéral a conclu qu'«il faut éviter à tout prix d'introduire dans la Constitution de nouveaux motifs de nullité qui n'y figurent pas»³⁴.

Cette position a été confirmée très récemment, dans le message relatif à l'initiative «pour des naturalisations démocratiques»³⁵. A propos de la compatibilité de l'initiative avec le droit international, le Conseil fédéral a estimé que l'absence de recours à l'encontre des décisions de naturalisation, préconisée par l'initiative, violerait plusieurs traités internationaux importants, en particulier la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Pacte II des Nations Unies, ainsi que la CEDH. Se fondant sur la position adoptée dans le message à propos de l'initiative sur les animaux, le Conseil fédéral a rappelé qu'il s'opposait «à l'assimilation au droit international impératif des normes figurant dans les engagements de droit international public, même si elles revêtent une importance telle pour la Suisse qu'il est hors de question de les dénoncer». Dès lors, «bien que le Pacte II ne soit pas dénonçable et que la CEDH ait un rang élevé dans la hiérarchie des conventions, ils ne constituent pas du droit international impératif au sens de l'art. 139 [...], al. 3, Cst.»³⁶.

Il faut bien sûr excepter les garanties de la CEDH et du Pacte II auxquelles il ne peut être dérogé même en état de nécessité, lesquelles sont incluses, depuis le début, dans la définition du droit international impératif donnée par le Conseil fédéral.

3.2.3 Initiative sur l'internement à vie

Dans son message concernant l'initiative «internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion que l'initiative n'était pas contraire au droit international, spécialement à la CEDH et au Pacte II, étant donné qu'elle pouvait faire l'objet d'une interprétation conforme à ces traités, en particulier en interprétant de manière extensive la notion de «nouvelle connaissance scientifique»³⁷.

C'est notamment en raison des problèmes d'interprétation suscités par l'initiative et la nécessité d'interpréter celle-ci conformément au droit international que le Conseil fédéral a décidé de proposer

³¹ La question s'était déjà posée notamment au sujet de l'«initiative des dimanches». Toutefois, le texte de l'initiative laissait au Conseil fédéral la possibilité de prévoir des dérogations dans l'intérêt public, ce qui aurait permis à celui-ci de contourner l'obstacle du droit international en insérant, au nombre des dérogations, les obligations de la Suisse relevant du droit international (FF 2000 461, 466).

³² FF 2004 3077, 3088.

³³ Yvo Hangartner, *Art. 139, al. 3 Cst.*, in: St. Galler Kommentar, Zurich/Basel/Genève 2002, n° 29; Luzius Wildhaber, *Neues zur Gültigkeit von Initiativen*, in: De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 293ss, 299.

³⁴ FF 2004 3077, 3088.

³⁵ FF 2006 8481.

³⁶ FF 2006 8481, 8490.

³⁷ FF 2001 3265, 3287ss.

une législation de mise en œuvre³⁸. Le Conseil des Etats l'a suivi dans son raisonnement et approuvé, à quelques détails près, la révision proposée de la partie générale du Code pénal³⁹.

En revanche, la CAJ-N s'est, par décision du 24 novembre 2006, prononcée contre l'entrée en matière sur cette révision du Code pénal. La majorité de la CAJ-N est en effet parvenue à la conclusion que la modification législative proposée ne suffisait pas à assurer le respect de la CEDH, si bien qu'elle a préféré laisser aux juges le soin d'appliquer directement le nouvel art. 123a Cst. et de trouver, si possible, une solution compatible avec le droit international.

Une telle solution est défendable lorsque, de par sa teneur, l'initiative est directement applicable. Dans ce cas, le rejet d'une législation d'application n'empêche pas sa mise en œuvre par les tribunaux. La situation est différente lorsque la formulation de l'initiative populaire ne permet pas de lui reconnaître un effet direct.

3.3 Doctrine

3.3.1 Inexécutabilité

Au sujet de l'inexécutabilité des initiatives, Yvo Hangartner précise que ce critère n'est rempli que lorsque la réglementation se heurte à une «impossibilité physique». En revanche, une impossibilité juridique, comme la violation du droit international, ne rend pas l'initiative inexécutable⁴⁰. Cet avis est partagé par la plupart des auteurs actuels⁴¹. L'opinion inverse est cependant défendue par André Grisel, selon lequel une initiative populaire contrevenant au droit international devrait être déclarée nulle en raison de son inexécutabilité juridique⁴².

3.3.2 Règles impératives du droit international

Le message de 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale correspondait, s'agissant de la question des limites matérielles à la révision constitutionnelle, à l'état de la doctrine majoritaire de l'époque⁴³.

Déjà à cette date, certains auteurs considéraient l'ensemble du droit international public, qu'il soit contraignant ou dispositif, comme une limite au droit constitutionnel⁴⁴. Le Conseil fédéral, tant à propos de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable» que dans son message relatif à la mise à jour de la Constitution, a cependant explicitement refusé de se rallier à ce point de vue.

Depuis l'entrée en vigueur de la mise à jour, certains auteurs ont suggéré de reconnaître, à côté du *jus cogens* décrit dans le message du Conseil fédéral, d'autres normes du droit international en tant que limites matérielles à la révision constitutionnelle.

Le professeur Yvo Hangartner, en particulier, est d'avis qu'il faut inclure dans la notion de «règles impératives du droit international» au sens de l'art. 139, al. 2, Cst. également les «normes internationales impératives de facto» (*faktisch zwingende Bestimmungen*), c'est-à-dire les traités internationaux de portée importante (*erhebliche Tragweite*) qui ne peuvent pas être dénoncés ou desquels un retrait n'est possible que dans une mesure limitée, ainsi que les traités internationaux de portée importante formellement dénonçables mais qui sont devenus, de fait, non dénonçables⁴⁵. De l'avis de Hangartner, le caractère impératif de ces normes est d'une nature analogue au caractère impératif du *jus*

³⁸ FF 2006 869, 877.

³⁹ BO E 2006, 545ss.

⁴⁰ Hangartner, *supra* note 33, n° 34.

⁴¹ Voir Aldo Lombardi, *Vorbemerkungen zu Art. 138-142*, in: St Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, n° 9 et les références citées.

⁴² André Grisel, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, ZBl 1987, 377ss, 386. Voir également les références citées chez Robert Baumann, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, Zürich/Basel/Genf 2002, p. 288 note 1316.

⁴³ Message 1996, p. 453, ainsi que les références doctrinales mentionnées dans le message relatif à l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable», FF 1994 III 1482.

⁴⁴ Voir les auteurs cités dans le message concernant l'initiative populaire «pour une politique d'asile raisonnable», FF 1994 III 1471, 1482, à savoir: Olivier Jacot-Guillarmod, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, ZSR 1985, I. Hb., p. 416s; Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3^e éd., Zurich 1993, p. 298; Yvo Hangartner, *Völkerrecht und Landesrecht*, in: Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, FS zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern/Stuttgart/Wien 1993, p. 675ss.

⁴⁵ Hangartner, *supra* note 33, n° 29.

cogens: puisqu'elles ne peuvent être dénoncées, la Suisse ne peut se soustraire à leur application, dans la même mesure qu'elle ne peut se soustraire au *jus cogens*.

S'agissant plus particulièrement des traités non dénonçables en fait, Hangartner précise qu'il s'agit de conventions qui, en raison de leur importance, sont devenues, de fait, non dénonçables, auxquelles il ne peut être apporté de réserve après coup et dont la modification par voie de renégociation est exclue dans un avenir prévisible. De telles difficultés existent en particulier pour les accords conclus au niveau mondial présentant une grande importance, également pour la Suisse. Tel serait le cas de l'accord OMC⁴⁶.

Luzius Wildhaber, écrivant au moment du débat sur la validité de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable, a défendu la même opinion⁴⁷.

Comme déjà mentionné plus haut, le Conseil fédéral a explicitement refusé d'adopter cette conception dans ses messages relatifs aux initiatives «pour les animaux» et «pour des naturalisations démocratiques».

En dehors de l'avis défendu par Hangartner et Wildhaber, un certain nombre d'autres d'auteurs plaident également en faveur d'une interprétation extensive des limites matérielles à la révision constitutionnelle, au-delà du *jus cogens* reconnu par la communauté internationale. Ainsi, selon Giovanni Biaggini, appuyé par Häfelin / Haller, la notion de «règles impératives du droit international» figurant dans la Constitution ne renvoie pas au *jus cogens* tel que déterminé par la communauté internationale, mais plutôt à une notion suisse de *jus cogens*, laquelle pourrait inclure d'autres obligations que celles reconnues au niveau international⁴⁸. Les auteurs concernés ne précisent cependant pas quelles obligations pourraient être concernées. René Rhinow, pour sa part, est d'avis que l'ancrage, dans le texte constitutionnel, des normes impératives du droit international n'empêche pas la reconnaissance, par l'Assemblée fédérale, d'autres limites matérielles à la révision constitutionnelle, qui ne seraient pas consacrées explicitement dans la Constitution⁴⁹. Ces auteurs ne se prononcent cependant pas sur le problème particulier posé par les traités internationaux non dénonçables en fait ou en droit.

A l'inverse des opinions mentionnées ci-dessus, d'autres auteurs se prononcent contre l'idée d'une extension des limites matérielles à la révision constitutionnelle. Ainsi, Aldo Lombardi est d'avis qu'une initiative populaire contraire au droit international non impératif doit être considérée comme valide. Si un tel texte est adopté par le peuple et les cantons, cet auteur propose, dans un premier temps, de tenter d'éviter le conflit direct avec le droit international, soit par une interprétation conforme, soit par une entrée en vigueur différée jusqu'au moment où le traité peut être dénoncé ou modifié; dans un second temps, si ces options s'avèrent impraticables, la Suisse pourrait accepter de violer le droit international et d'engager sa responsabilité internationale; elle s'exposerait alors, le cas échéant, à des demandes de dommages-intérêts ou à des contre-mesures de la part des autres Etats parties⁵⁰. La ligne défendue par Lombardi est proche de celle exprimée dans le rapport de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public sur les relations entre le droit international et le droit interne (voir ci-après, n° 4.2.1). De son côté, Pierre Tschannen souligne que l'opinion selon laquelle la notion de *jus cogens* devrait se voir conférer une portée autonome, spécifique au droit interne suisse, est contraire à la volonté claire du constituant⁵¹. Selon Robert Baumann, l'Assemblée fédérale devrait renoncer à développer la notion de *jus cogens* au-delà des normes reconnues par la communauté internationale⁵². Il motive cette opinion par le fait qu'il n'existe, au-delà du noyau dur du droit international, pas de motif suffisant pour limiter la liberté du peuple et des cantons de se prononcer sur des propositions de révisions constitutionnelles⁵³. S'agissant plus particulièrement de la question des traités internationaux non dénonçables, Baumann souligne que la validité d'obligations contractées «pour l'éternité» est sujette à caution⁵⁴.

⁴⁶ Yvo Hangartner, *Rechtsprobleme des Schächtverbots*, in: AJP/PJA 9/2002 p. 1022ss, 1034.

⁴⁷ Wildhaber, *supra* note 33, p. 299.

⁴⁸ Giovanni Biaggini, *Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft*, AJP/PJA 6/99, p. 722ss, 728; Häfelin / Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6^e éd., Zürich/Basel/Genf 2005, p. 513s, n° 1756.

⁴⁹ René Rhinow, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrecht*, Basel/Genf/München 2003, p. 564, n° 3191.

⁵⁰ Aldo Lombardi, *supra* note 41, n° 12.

⁵¹ Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bern 2004, p. 532 n° 25.

⁵² Baumann, *supra* note 42, p. 280, n° 364: «Soweit Volksinitiativen betroffen sind, sollte aber die Bundesversammlung auf eine Fortentwicklung, welche die Ungültigerklärung einer Volksinitiative zur Folge hätte, verzichten zu Gunsten eines Abstimmungsentscheid von Volk und Ständen als obersten Organen im Verfahren der Verfassungsrevision».

⁵³ *Idem*, p. 290, n° 375.

⁵⁴ *Idem*, p. 291, n° 377.

3.3.3 Autres limites matérielles

Depuis plusieurs décennies, une partie de la doctrine défend l'idée selon laquelle il existerait, en dehors de l'inexécutabilité et de la contrariété avec le droit international, impératif ou non, d'autres limites matérielles à la révision constitutionnelle. Parmi les exemples les plus souvent mentionnés, on trouve certains droits fondamentaux, la structure fédérative, la séparation des pouvoirs ainsi que l'idée d'Etat de droit⁵⁵. Cependant, cette opinion semble être de moins en moins favorisée par la doctrine, les auteurs récents s'intéressant surtout aux limites découlant du droit international⁵⁶.

4 Synthèse et appréciation des options envisageables

4.1 Critère de l'inexécutabilité

Au sujet de l'inexécutabilité, la pratique des autorités apparaît stable et bien fixée. Clairement, elle n'inclut que les cas d'inexécutabilité de fait, qui correspondent à une impossibilité physique de mettre en œuvre l'initiative. L'inexécutabilité juridique ne constitue en revanche pas un motif d'invalidité. Dès lors, la notion d'inexécutabilité ne laisse guère de marge de manœuvre. Cette condition de validité fait en outre partie du droit constitutionnel non écrit, le Conseil fédéral et les Chambres n'ayant pas jugé utile de la mentionner dans le texte tant elle paraissait aller de soi. Toutefois, s'il fallait y inclure l'impossibilité juridique engendrée par la violation de certains traités internationaux non dénonçables, cette condition ne pourrait plus être définie comme allant de soi. Son absence dans le texte constitutionnel ne se justifierait plus.

La notion d'inexécutabilité, telle qu'elle est comprise dans le droit actuel, ne peut donc être modifiée, à moins de procéder à une révision constitutionnelle. Or, si la Constitution devait être modifiée, il serait sans doute plus judicieux, pour des raisons de clarté conceptuelle du texte, d'agir au niveau de la définition du droit international constitutif d'une limite matérielle à la révision constitutionnelle, comme développé ci-dessous.

4.2 Critère de la violation des règles impératives du droit international

4.2.1 Statu quo

Au sujet du droit international, la pratique actuelle des autorités fédérales semble également claire. Seules les normes internationales reconnues comme appartenant au *jus cogens* au sens de l'art. 53 de la Convention de Vienne constituent une limite matérielle à la révision constitutionnelle. Le Conseil fédéral et les Chambres fédérales ont expressément rejeté plusieurs propositions d'y ajouter le droit international en général, ou les traités internationaux non dénonçables, ou encore les «normes internationales impératives de facto», autrement dit les traités importants non dénonçables en fait ou en droit.

Cette solution ne résout pas tous les problèmes engendrés par une initiative contraire au droit international. Toutefois, l'importance de cette problématique doit être relativisée. Le droit actuel n'est, en effet, pas dépourvu de moyens pour faire face à de tels conflits.

Au titre de ces moyens existant en droit actuel, on mentionnera en premier lieu la possibilité, consacrée définitivement lors de la mise à jour de la Constitution, de n'invalider une initiative que partiellement (art. 139, al. 2, Cst.). Si seule une partie d'une initiative populaire est contraire au *jus cogens*, que sa séparation ne porte pas atteinte à une disposition centrale de l'initiative, et que la partie qui subsiste forme un tout cohérent qui puisse encore correspondre à la volonté des initiants, alors l'Assemblée fédérale peut décider de n'invalider que la partie problématique tout en laissant subsister

⁵⁵ Pour d'autres exemples, ainsi qu'un panorama de la doctrine défendant ces thèses, voir Luzius Wilhaber, BV Komm., n° 39ss ad art. 118 BV 1874. Egalement Aldo Lombardi, *Vorbemerkungen zu Art. 192-195*, in: St Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genève 2002, n° 5.

⁵⁶ Voir notamment Tschannen, *supra* note 51, p. 533s n° 28.

le reste du texte⁵⁷. Cette solution permet à la fois d'éviter le conflit avec le droit international et de préserver au mieux les droits populaires.

En second lieu, l'Office fédéral de la justice et la Direction du droit international public ont, dans une publication commune sur les rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, mis en évidence les moyens offerts par l'ordre constitutionnel pour résoudre les problèmes d'harmonisation du droit international et du droit interne, en particulier dans le cas d'initiatives populaires susceptibles de violer le droit international⁵⁸. Tout d'abord, l'initiative populaire doit être interprétée de manière conforme au droit international. Si une telle interprétation conforme n'est pas possible, une solution envisageable consisterait à prévoir une entrée en vigueur différée de l'initiative, jusqu'au moment où la contrariété avec le droit international serait éliminée par la dénonciation ou la modification du traité. Si cette manière de faire est impraticable, par exemple dans le cas d'un traité conclu pour une durée indéterminée et non dénonçable, il reste, en dernier recours, la possibilité pour la Suisse d'accepter sa responsabilité internationale et d'en assumer les conséquences.

Même s'il ne prévoit pas d'autres limites matérielles que les règles impératives du droit international et l'inexécutabilité, le droit actuel n'est donc pas dépourvu de solutions pour faire face aux problèmes posés par une initiative populaire contraire ou difficilement compatible avec les obligations internationales de la Suisse.

4.2.2 Autres solutions envisageables

La reconnaissance du *jus cogens* en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle repose, essentiellement, sur deux arguments de nature différente. Le premier, de nature matérielle, concerne l'importance fondamentale des normes en cause: il s'agit de garanties tellement basiques qu'aucun Etat de droit digne de ce nom peut envisager de ne pas s'y conformer. Le second, de nature formelle, se fonde sur l'impossibilité pour les Etats de se soustraire à ces règles, même en dénonçant les traités qui les garantissent. Or, il est vrai que si l'on met l'accent sur cet argument de nature formelle, il est possible de défendre l'opinion selon laquelle les traités non dénonçables, en fait et/ou en droit, en particulier s'ils contiennent des dispositions importantes, devraient également constituer une limite matérielle à la révision constitutionnelle. Il se poserait alors la question de savoir si cette extension des limites matérielles à la révision constitutionnelle pourrait se faire simplement par le biais de l'interprétation de la notion de «règles impératives du droit international», ou si une modification constitutionnelle serait nécessaire.

A cet égard, on relèvera que plusieurs auteurs estiment que les dispositions constitutionnelles traitant des limites matérielles à la révision, telles qu'elles sont formulées aujourd'hui, laissent la porte ouverte à une extension de ces limites sans modification du texte constitutionnel, soit en interprétant plus largement qu'à l'heure actuelle la notion de «règles impératives du droit international», soit en reconnaissant l'existence de limites matérielles non écrites.

Cependant, le Conseil fédéral a, récemment, clairement rejeté cette solution, défendue notamment par Hangartner et Rhinow⁵⁹. De plus, depuis l'invalidation de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable», le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale s'en sont toujours tenus à une interprétation étroite de la notion de *jus cogens*.

Si l'on souhaite introduire les traités internationaux non dénonçables en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle, une modification de la Constitution serait donc la solution la plus proche de la pratique actuelle des autorités fédérales.

Une telle modification constitutionnelle pourrait revêtir plusieurs formes.

- La première solution envisageable serait de préciser, dans la Constitution, que les traités internationaux non dénonçables en fait et/ou en droit constituent une limite matérielle à la révision

⁵⁷ FF 1994 III 1471, 1487s, à propos de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable»; la possibilité d'une invalidation partielle a cependant été écartée dans ce cas, au motif que la partie contraire au *jus cogens* concernait justement l'un des principaux objectifs des auteurs de l'initiative. Voir également Hangartner, *supra* note 33, n° 37 et les références citées.

⁵⁸ *Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse*, Publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, du 26 avril 1989, JAAC 53.54 (1989), spécialement p. 471ss.

⁵⁹ Message concernant l'initiative populaire «Pour une conception moderne de la protection des animaux», FF 2004 3077, 3088; message relatif à l'initiative populaire fédérale «pour des naturalisations démocratiques», FF 2006 8481, 8490.

constitutionnelle, au même titre que les règles impératives du droit international. Dans cette hypothèse, un certain nombre de questions devraient être résolues.

Il s'agira tout d'abord de savoir si seuls les traités non dénonçables en droit seront concernés, ou également les traités non dénonçables en fait. On relèvera à cet égard que la détermination du caractère dénonçable ou non d'un traité international ne va pas sans poser un certain nombre de difficultés. D'une part, la portée des clauses de dénonciation figurant dans certains traités n'est pas toujours très claire. De plus, l'existence d'une clause de dénonciation ne signifie pas encore forcément que le traité concerné pourra être dénoncé facilement; dans certains cas en effet, une dénonciation du traité aurait des conséquences négatives si importantes que celui-ci doit être considéré comme non dénonçable en fait. D'autre part, la portée de l'absence d'une clause de dénonciation dans un traité n'est pas non plus toujours claire. Une partie de la doctrine défend en effet l'opinion qu'il ne peut pas exister de traités conclus *ad aeternam*, autrement dit que tout traité est, juridiquement, toujours dénonçable, même en l'absence d'une clause expresse de dénonciation⁶⁰. Ainsi, les Pactes I et II des Nations-Unies ne contiennent pas une telle clause. Or, ces deux Pactes contiennent de nombreuses normes qui ne font pas partie du *jus cogens*. Dès lors, selon ce courant doctrinal, leur dénonciation doit rester possible, ce d'autant que, dans la mesure où des dispositions du *jus cogens* y figurent, celles-ci ne perdront pas leur validité même en cas de dénonciation, compte tenu de leur nature impérative.

Ensuite, il faudra déterminer si seuls les traités prévoyant des dispositions importantes doivent constituer une limite matérielle à la révision constitutionnelle, compte tenu du fait que les traités non dénonçables en droit peuvent concerner des objets d'importance mineure comme le tracé d'une frontière.

Dans le même ordre d'idées, il convient de souligner que la plupart des traités non dénonçables qui pourraient être érigées en limites matérielles à la révision constitutionnelle ont échappé ou échapperont au référendum obligatoire prescrit par l'art. 140, al. 1, let. b Cst., et n'ont été ou ne seront soumis qu'au référendum facultatif. Cela signifie que, dans le meilleur des cas – si le référendum est demandé et aboutit – seul le peuple se sera prononcé sur ces textes. Leur légitimité démocratique est donc inférieure à celle d'une modification constitutionnelle soumise à la double majorité du peuple et des cantons. Dès lors, il paraît problématique d'opposer de tels traités à la liberté du peuple et des cantons de se prononcer sur des propositions de modifications constitutionnelles.

Il découle de ces incertitudes que l'extension des limites matérielles à la révision constitutionnelle aux traités non dénonçables en droit et/ou en fait ne résoudrait pas nécessairement toutes les difficultés. Les problèmes seraient simplement déplacés: au lieu de se poser au niveau de la détermination du contenu du *jus cogens*, ils se poseraient au niveau de la détermination du caractère non dénonçable ou non d'un traité.

- Une deuxième solution possible, qui permettrait de résoudre, en tout cas en partie, les problèmes mis en évidence dans les paragraphes précédents, serait d'énumérer individuellement, dans les dispositions constitutionnelles traitant des limites matérielles, les traités que l'on souhaite ériger en de telles limites. Une telle liste pourrait notamment contenir la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte II des Nations-Unies. Cette énumération exhaustive pourrait être complétée par une clause précisant que seuls les traités ayant été soumis au référendum obligatoire pourront, à l'avenir, être ajoutés à la liste.

Cette solution soulèverait elle aussi un certain nombre de problèmes. D'une part, l'établissement d'une telle énumération exhaustive s'avèrera certainement difficile, dans la mesure où le choix des traités destinés à figurer sur cette liste relèvera plus de considérations politiques que juridiques. Selon quels critères faut-il faire la distinction entre les traités pouvant constituer une limite matérielle à la révision de la Constitution et les autres? Par exemple, faudra-t-il y inscrire les accords de Schengen / Dublin? Qu'en sera-t-il de l'accord OMC? D'autre part, une clause prévoyant que, pour les nouveaux traités, seuls ceux soumis au référendum obligatoire pourront être inscrits dans une telle liste, créerait une inégalité entre les nouveaux traités, pour lesquels cette exigence du référendum obligatoire s'appliquerait, et les anciens traités, qui y échapperaient.

⁶⁰ Baumann, *supra* note 42, p. 291, n° 377; Lombardi, *supra* note 41, n° 12.

En dehors de ces difficultés de concrétisation, l'adjonction de nouvelles limites matérielles à la révision constitutionnelle, comme envisagé dans les deux hypothèses qui précèdent, soulève une objection plus fondamentale. On ne voit pas, en effet, de motif suffisamment convaincant pour justifier que l'on refuse au constituant la possibilité d'adopter une norme contraire aux règles du droit international, alors qu'une telle compétence est admise en ce qui concerne le législateur. Celui-ci peut en effet adopter une loi fédérale contraire au droit international (non impératif), sans que celle-ci puisse faire l'objet d'une sanction judiciaire. En revanche, une loi fédérale contraire aux règles impératives du droit international ne sera pas appliquée. Dès lors, dans le cas de la violation des règles impératives du droit international, le parallélisme entre les compétences du constituant et celle du législateur est assuré. Tel ne serait plus le cas si les limites matérielles étaient étendues pour inclure le droit international non impératif.

- La troisième solution envisageable serait d'introduire dans la Constitution une disposition du genre de celle envisagée par la CRC-E dans le cadre de l'initiative parlementaire «suppression de carences dans les droits populaires», à savoir une disposition reconnaissant à l'Assemblée fédérale le droit de prendre des mesures en cas d'adoption, par le peuple et les cantons, d'une initiative populaire contraire au droit international. Ces mesures pourraient inclure la dénonciation du traité ou, si celle-ci s'avère impossible ou très difficile, l'absence de mise en œuvre de l'initiative. Cette solution présenterait l'avantage d'une plus grande flexibilité, et permettrait également de répondre aux difficultés pratiques qui ont surgi à propos de la mise en œuvre de l'initiative pour l'internement à vie des délinquants très dangereux. On peut cependant lui opposer les arguments déjà évoqués, à l'époque, dans le rapport de la CIP-E, à savoir qu'il peut paraître inopportun de conférer à l'Assemblée fédérale la compétence de discuter, voire de mettre en cause, le résultat d'une votation populaire.

4.3 Autres limites matérielles

La reconnaissance de certains principes constitutionnels fondamentaux en tant que limite matérielle à la révision constitutionnelle a toujours été rejetée très clairement par les autorités fédérales. Cette solution se heurte au surplus à l'objection fondamentale selon laquelle il n'existe pas de hiérarchie à l'intérieur de la Constitution. Par ailleurs, même si l'existence de telles normes intangibles au sein du droit constitutionnel devait être admise d'un point de vue théorique, il resterait très difficile de développer les critères objectifs nécessaires à la détermination des normes devant faire l'objet d'un tel statut privilégié.

5 Notre conclusion

On le constate, les diverses solutions envisagées engendreraient toutes un certain nombre de difficultés, tant pratiques que théoriques. Il est vrai que le système actuel présente lui aussi des défauts, comme le démontrent les difficultés de mise en œuvre de l'initiative pour l'internement à vie des délinquants particulièrement dangereux. Cependant, les problèmes posés par le système actuel paraissent, sous bien des aspects, moins importants que ceux qui seraient soulevés par une modification dans le sens des solutions esquissées ci-dessus.

En effet, pour la plupart des cas, le droit actuel fournit déjà des instruments permettant de résoudre, de manière pragmatique, les cas de tensions ou de conflits directs entre une initiative populaire et le droit international. Au surplus, il convient de ne pas perdre de vue qu'en une cinquantaine d'années, seule une poignée d'initiatives ayant abouti posait des problèmes importants de compatibilité avec le droit international et que la plupart ont été rejetées par le peuple et les cantons. Pour celles qui ont été adoptées, une solution pragmatique était possible⁶¹.

Au surplus, il n'existe pas de motif suffisamment impératif pour conférer à l'Assemblée fédérale le pouvoir d'empêcher le constituant de modifier la Constitution dans le sens où il le souhaite.

Par conséquent, pour maintenir l'équilibre actuel entre les impératifs de respect du droit international et des droits populaires, nous sommes de l'avis qu'il est préférable de renoncer à une extension des limites matérielles à la révision de la Constitution. En dépit des difficultés pouvant surgir dans certains

⁶¹ Voir les cas de l'initiative pour un internement à vie des délinquants très dangereux ainsi que l'initiative sur les Alpes.

cas, il est juridiquement plus opportun de poursuivre la pratique actuelle qui consiste à chercher à concilier, de cas en cas, la volonté populaire et le respect de nos obligations internationales.

Addendum: voir aussi à ce sujet le rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2010 2067) et le rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011 (FF 2001 3401)